

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

JULIO - SEPTIEMBRE 2003



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 47, julio-septiembre 2003

La Revista Jurídica del Notariado no se identifica
con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

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

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

Gráficas Minaya, S.A., C/ Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

Consejo de Redacción:

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Juan-Francisco Delgado de Miguel

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Alvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José-Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Ángel Pérez Fernández
D. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

Consejo General del Notariado
Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º
28010 MADRID
Tf. 913 087 232
Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org

SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS DOCTRINALES

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: “El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código civil al régimen del Derecho de consumo”.....	9
CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier: “La ley foral navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables”.....	65
MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: “Sociedad limitada nueva empresa (Ley 7/2003, de 1 de abril)”.....	85
RODRÍGUEZ LÓPEZ, M. ^a del Carmen: “La escribanía y la génesis del documento concejil”.....	109
SAURA BALLESTER, Francisco: “Sobre las disposiciones testamentarias que dificultan el tráfico jurídico. Repaso a una vieja cuestión”.....	125

PRÁCTICA NOTARIAL

MARÍN CALERO, Carlos: “Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa”	211
POU AMPUERO, Felipe: “Manifestación del estado civil”.....	277

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

HISPÁN CONTRERAS, Francisco: “Algunos comentarios que sugiere la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de junio de 2003”.	285
--	-----

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: “Orígenes del notariado latino en Italia y en España”.....	305
--	-----

EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN: DEL ESQUEMA TRADICIONAL DEL CÓDIGO CIVIL AL RÉGIMEN DEL DERECHO DE CONSUMO

CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ

Doctora en Derecho

Profesora Asociada

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: **I.** INCIDENCIA DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LA FASE DE FORMACIÓN DEL CONTRATO: EL DEBER DE INFORMACIÓN. **II.** EL DEBER DE INFORMACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL. **III.** EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN LOS DERECHOS ITALIANO Y FRANCÉS. **IV.** SUPUESTOS EN LOS QUE LA LEY IMPONE EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN. **A)** Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. **B)** Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo. **C)** Ley 21/1995, de 6 de julio, Reguladora de los Viajes Combinados. **D)** Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, modificada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE en materia de contratos a dis-

tancia y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias. **E)** Ley 42/1998, de 15 de diciembre, de Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles. **V.** ¿OFERTA VINCULANTE?: OFERTA, OBLIGACIÓN PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN Y CONTENIDO MÍNIMO DEL DOCUMENTO INFORMATIVO. RÉGIMEN DE LA OFERTA. **A)** El carácter vinculante de la oferta. **a.** *Predeterminación legal del plazo de vigencia de la oferta.* **b.** *Falta de determinación legal del plazo de vigencia de la oferta.* **c.** *Predeterminación voluntaria del plazo de vigencia de la oferta.* **d.** *Excepciones al carácter vinculante de la información contenida en la oferta.* **B)** Oferta y contenido mínimo del documento informativo. **VI.** EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN. **A)** Vicios del consentimiento y contenido mínimo. **B)** Otras consecuencias del incumplimiento.

I. Incidencia de la normativa de protección al consumidor en la fase de formación del contrato: el deber de información

En los últimos años, la doctrina (1) ha destacado la importante influencia ejercida por el principio de protección de los consumidores en el Derecho civil actual. Ese principio aparece consagrado en el artículo 51 CE y desarrollado, entre otras, por la Ley 20/84, de 18 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que en su artículo 1.1 dice que “*tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico*”.

Se ha elaborado una abundante legislación protectora de los consumidores que gira en torno a la idea del “contratante débil”, protegido frente al fuerte mediante la técnica del derecho o ley semi-imperativa –derogable en favor del contratante débil, y no a favor del fuerte–; de esta manera, el principio de autonomía contractual, recogido en el artículo 1.255 C.c., resulta gradualmente limitado por la aparición de esas nor-

(1) Entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE: “Trascendencia del principio de protección de los consumidores en el Derecho de obligaciones”, *ADC*, 1994-I, pp. 31-90, y “Las nuevas coordenadas del Derecho de la contratación”, *AC*, 1994, pp. 243 y ss.; GARCÍA CANTERO: “Integración del Derecho de consumo en el Derecho de obligaciones”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 13, 1992, pp. 37 y ss.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: “¿Una nueva doctrina general del contrato?”, *ADC*, 1993, pp. 1707 y ss.

mas de *ius cogens* tendentes a restablecer el desequilibrio que se crea entre las partes en los contratos con consumidores (2).

Se pretende reforzar la posición del consumidor por distintos medios: asegurando su debida información, concediendo un derecho de arrepentimiento, imponiendo la obligación de documentar el contrato, señalando su contenido mínimo, etc. Como dice acertadamente BERCOVITZ, “todas estas medidas han supuesto un reto para la doctrina, que se ha visto obligada a revisar temas tradicionales y a profundizar en ellos: forma del contrato, perfección del contrato, vicios del mismo, causa del contrato, buena fe contractual, contratos vinculados o conexos...” (3). Nosotros fijaremos nuestra atención en la obligación precontractual de información.

La fase precontractual carece de una especial atención en los Códigos decimonónicos, pues el legislador partió de una concepción individualista del contrato conforme a la cual los dos contratantes partían de una inicial situación de igualdad; de ahí que no resultase necesaria la imposición a ninguno de ellos de un deber de información tendente a garantizar la correcta formación del consentimiento. Sin embargo, la propia estructura del mercado actual, dominado por la ley de la oferta, ha propiciado la existencia de un importante sector de la contratación en el que uno de los contratantes –el consumidor– se halla en una situación de inferioridad frente al otro contratante –el empresario o profesional–. Esta situación se hace patente ya en la fase precontractual, pues existe un importante dese-

(2) Este aumento de normas imperativas (o semi-imperativas) en el campo de la contratación ha sido mirado con recelo por muchos autores, como AVILÉS GARCÍA (“Ordenamiento comunitario y reformas del Derecho de la contratación en España”, *Noticias de la Unión Europea*, 1996, núm. 134, p. 31), quien considera que “lo que ya no parece aceptable es que a través de la noción de consumo y de Derecho de los consumidores se pueda estar dando carta de naturaleza a una intervención desmesurada de los poderes públicos y administrativos en algunos de los ámbitos en los que el propio mercado sería el encargado de imponer sus propias reglas y criterios”. PANTALEÓN PRIETO (“Bromas y veras sobre un siglo de Derecho civil”, en *El Derecho español en el siglo XX*, Macial Pons, Madrid, 2000, p. 170) no duda en expresar su preocupación ante lo que denomina “tentación de imperatividad”, esto es, “ante la ciega confianza que el legislador «proconsumerista» parece mantener en el poder protector del contratante débil por medio de las reglas imperativas o prohibitivas, frente a la libertad contractual; en el paternalismo frente a la autonomía privada; en el férreo puño de la ley, frente a la mano invisible del mercado. La experiencia de la legislación arrendaticia urbana debería haber enseñado que una regulación imperativa acaba muchas veces perjudicando precisa y gravemente los intereses de clase de personas a las que el bienintencionado legislador pretendía proteger”. En sentido similar se manifiesta LE TOURNEAU con las siguientes palabras: “Ciertamente el consumidor de base merece ser protegido, contra sí mismo y contra los otros. Pero todos los ciudadanos no deben ser tratados de la misma manera; el igualitarismo es la caricatura de la igualdad. A situación diferente, norma diferente, tal debe ser la consigna en esta materia. De una manera más general, parece urgente devolver a los sujetos del derecho el sentido de su propia responsabilidad, abandonando el infantilismo jurídico en el cual son hoy en día frecuentemente confiados” (“De l’allègement de l’obligation de reinsegnement ou conseil”, *Recueil Dalloz*, p. 101).

(3) “Derecho de Consumo. Panorama actual”, *Aranzadi civil*, núm. 2 (abril 2000), p. 12.

equilibrio informativo entre las partes; de ahí que el legislador haya impuesto al empresario el deber de informar al otro contratante sobre ciertos aspectos del futuro contrato. Como ha señalado GÓMEZ CALLE, “una de las partes (aquella sobre la que pesa el deber de información) posee mayor información que la otra y además obtenerla le supone menores costes que los que tendría que soportar el otro contratante para acceder a ella. No hace falta decir que habitualmente los costes de información sobre un producto son menores para el que lo ofrece (que es quien está en condiciones de conocer sus características, modo de funcionamiento, etc.) que para el que demanda su adquisición. Pero, además, el carácter profesional de un contratante frente al carácter profano del otro genera una confianza legítima en este último en ser informado por el profesional, en su calidad de experto, acerca del objeto y condiciones del contrato” (4).

En definitiva, se ha pasado del silencio del Código sobre la fase precontractual a una situación en la que se juridifica esta fase previa, al haber ido apareciendo un gran número de leyes especiales dedicadas a la protección de los consumidores, en las que se regulan los requisitos precisos para proporcionar al consumidor una adecuada información precontractual (5). Es lo que GHESTIN denominó “multiplicación de obligaciones precontractuales de información impuestas por la ley” (6) derivadas del hecho de configurar dicha información como “piedra angular sobre la cual se asienta una correcta contratación” (7).

(4) “Los deberes precontractuales de información”, *La Ley*, Madrid, 1994, p. 12.

(5) DE LA HAZA DÍAZ: *El contrato de viaje combinado. La responsabilidad de las agencias de viajes*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 96.

(6) *Traité de Droit civil. Le formation du contrat*, 3.^a ed., LGDJ, París, 1993, p. 585.

(7) Vid. MORRONGO MARTÍN: *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coordinado por BOTANA GARCÍA y RUIZ MUÑOZ, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 327. Esta misma idea aparece recogida por el fundamento jurídico primero de la SAP de Zaragoza de 30 de octubre de 1993, en los siguientes términos: “Con referencia a la legislación anterior, la doctrina científica había establecido en el ámbito contractual un deber genérico de información, bien en relación al principio de buena fe consignado en el artículo 1.258 C.c., bien con base al dolo principalmente aludido en su artículo 1.269 –de modo particular con referencia al dolo reticente–, bien como obligación accesoria deducida del artículo 1.097, bien a veces con indicación de algún concreto precepto que imponía una cierta obligación de previa información, dejando siempre algunos contratos en los que esta obligación derivada de su propia naturaleza, como es el caso del seguro, pero este deber informativo quedaba subordinado siempre al hecho de que la parte que debiera recibirla no fuera experto en la materia o que simplemente el punto sobre el que era debida la información pudiera ser con facilidad descubierto por cualquier hombre desplegando una diligencia ordinaria, en cuyos supuestos cesaba tal obligación; quizá esta materia puede entenderse que ha sufrido una cierta variación con la promulgación de la Constitución, en cuyo texto, como en otras de moderna redacción, como la de Portugal, se establece un precepto dedicado a sentar unos principios básicos de defensa de los consumidores, que es el artículo 51, que de modo principal ha inspirado la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19-7-1984, en cuyo artículo 1, d), se establece que

También se imponen deberes de información en la fase de ejecución del contrato. Tal información se refiere fundamentalmente al modo de empleo de los productos o servicios. En estos casos no se persigue la correcta formación del consentimiento, sino que el consumidor obtenga los datos suficientes para poder utilizar de forma óptima el producto o servicio de que se trate.

Centraremos nuestro estudio en la obligación precontractual de información refiriéndonos en primer lugar a la normativa del Código civil, para ocuparnos después de las leyes especiales que regulan esta materia (8).

II. El deber de información en el Código civil

A pesar de que nuestro Código civil no contempla de manera expresa el deber de información entre las partes en la fase precontractual, la

uno de los derechos básicos de los consumidores es el de recibir correcta información, siempre, como es obvio, delimitada subjetivamente por la definición que del mismo se recoge en el artículo 1, párrafos 2 y 3, preceptos que a su vez han inspirado multiplicidad de disposiciones generalmente de rango inferior tendentes a asegurar la aplicación de este derecho informativo, de modo especial en el ámbito de ciertas instituciones en las que la desigualdad de conocimientos entre los contratantes o en los que esa situación de inferioridad del consumidor es con facilidad comprobable, como es el caso de los contratos bancarios, entre otros varios que podrían citarse”.

(8) La SAP de Zaragoza (sección 5.ª) de 11 de diciembre de 1998, en su Fundamento de Derecho primero, tras destacar la importancia alcanzada en los últimos tiempos por la obligación de información, señala: “en comprobación de la importancia de este deber informativo, como autónomo e independiente, de configuración propia, alejado de otras figuras afines en las que en principio descansó, como la del dolo omisivo, o el del principio de buena fe o lealtad contractual –art. 1.258 C.c.–, sea suficiente con citar algunas disposiciones que lo regulan, de modo particular respecto de los médicos [art. 10.5 de la Ley General de Sanidad de 26 de abril de 1986, art. 14, h) de la Ley sobre Extracción y Trasplante de Órganos, de 27 de octubre de 1979, artículo 2.2 de la Ley de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988, etc.] y también otros órdenes de la actividad humana de especial trascendencia en este orden informativo, como es por ejemplo el Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero, por el que se regula la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles, de sus equipos y componentes, o el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, en cuanto la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, por citar sólo dos de los más importantes”. No nos referiremos a estas normas en el presente trabajo, sino sólo a la normativa protectora de los consumidores con rango legal, concretamente a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU); la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (LCC); la Ley 21/1995, de 6 de julio, Reguladora de los Viajes Combinados (LVC); la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), modificada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias, y a la Ley 42/98, de 15 de diciembre, de Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles (LDAT).

doctrina se ha cuestionado si cabe mantener la existencia de una obligación de información de alcance general entre los contratantes.

A estos efectos, es importante destacar con ROJO AJURIA (9) un dato crucial: “la importantísima evolución, y el cambio sustancial, que ha habido de la concepción decimonónica de los tratos preliminares, reflejada en los códigos, a la cada vez mayor valoración de la buena fe en las relaciones precontractuales en las últimas décadas”. A continuación, y citando a GALGANO, comenta que esta evolución resulta complicada porque se plantean dos problemas: encontrar el punto de equilibrio entre el deber de información y el derecho a la reserva, y trazar los límites entre el deber de información que grava a una parte y la carga de autoinformación que incumbe a la otra.

Las reflexiones sobre esta cuestión se han hecho fundamentalmente con motivo del estudio del dolo omisivo o reticencia dolosa (callar consciente de un contratante cuando la ley o la buena fe le obligan a manifestarse) (10) del error —especialmente al analizar el requisito de la excusabilidad (11)—, y del tratamiento de la garantía por vicios ocultos de la cosa vendida (12). Pero tampoco han faltado en los últimos años estudios

(9) *El dolo en los contratos*, Civitas, Madrid, 1994, p. 263.

(10) QUIÑONERO CERVANTES (“El dolo omisivo”, *RDP*, 1979, pp. 353 y ss.) considera que existe un deber de información derivado del principio de buena fe y que se refiere a las circunstancias del negocio, y cuya ocultación dolosa puede dar lugar a la anulación de aquél. ROJO AJURIA (ob. cit., pp. 254 y ss.) considera que “el problema del dolo omisivo ha de estudiarse en el contexto de la existencia, fuente y sanciones de la obligación precontractual de información, y no a la inversa. No se puede pretender resolver el problema de la obligación precontractual de información en sede de dolo vicio, como dolo omisivo, porque los fundamentos históricos, éticos, económicos y jurídicos, no son coincidentes. Es cierto que el dolo vicio puede plantearse como una de las posibles sanciones por violación de la obligación de información (...). Pero también es cierto que el dolo vicio no es, ni tiene por qué ser, la única sanción del incumplimiento del deber de información”.

(11) La jurisprudencia viene exigiendo el requisito de la excusabilidad del error. Entiende que es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. Mediante la exigencia de este requisito, se persigue privar de protección a quien lo ha padecido cuando el error aducido se basa en la culpa de quien lo alega. MORALES MORENO (*El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988, p. 229) estima que “la buena fe impone a las partes ciertos deberes de conducta durante los tratos (previos). Entre ellos el de colaborar con el otro contratante para evitar el error en que espontáneamente pudiera incidir. El hecho de no haber desplegado esa conducta puede permitir imputar el error a la otra parte, aunque no haya sido provocado por ella. Si el error (el denominado error vicio) se refiere a un defectuoso conocimiento de la realidad que presupone el contrato, el deber de colaboración consiste en suministrar información para desvelarlo o evitarlo. Se concreta, pues, en un deber de información en torno a los hechos relacionados en el contrato”.

(12) MORALES MORENO (“El dolo como criterio de imputación de la responsabilidad del vendedor por los defectos de la cosa”, *ADC*, 1982, pp. 591 y ss.) considera que la responsabilidad del vendedor por los daños y perjuicios provocados al comprador por los defectos de la cosa se construye tomando como fundamento el deber de informar de aquél, que se basa en el artículo 1.486 C.c., y en la admisibilidad del dolo omisivo.

monográficos dedicados a la obligación precontractual de información (13).

Sostiene ORTÍ VALLEJO (14) la inexistencia en sede general de contratos y, en el marco del Código civil, de una obligación precontractual de información con carácter general. La afirmación de que exista tal obligación, en su opinión, tropieza con el inconveniente de una normativa que parte del postulado liberal de la igualdad-libertad de los contratantes. Considera que “sólo se puede llegar a afirmar tal obligación general si, como se ha fundamentado en Francia, se parte de una situación especial de desequilibrio, como acontece en la relación del profesional con el consumidor, el primero conocedor a la perfección del producto y servicio y el segundo un profano que, frente a aquél, casi se podría afirmar que es una incapaz”.

También se muestra partidaria de esta tesis GARCÍA RUBIO (15), para quien “en el Derecho español no existe un deber general de informar al otro contratante, sino que, por el contrario, en el ámbito de las relaciones negociales, cada parte ha de preocuparse de su propio interés y, en consecuencia, tiene el deber de autoinformarse”. Ahora bien, en su opinión, no cabe duda de que “pueden aislarse determinadas situaciones en las que el principio de la buena fe y la necesaria valoración ética de la conducta de los negociantes que de aquél se deriva les obliga a darse información y comunicaciones correctas sobre los elementos del futuro contrato”.

A juicio de Díez-PICAZO (16), en la fase precontractual “no hay entre los interesados una verdadera relación jurídica, pero sí una evidente relación social o, como dicen los alemanes, un “contacto social”. Pues bien, por el hecho de relacionarse o de entrar en contacto las partes asumen unos determinados deberes. Quedan obligadas a comportarse con la buena fe necesaria y a observar en los tratos la lealtad que exigen las convicciones éticas imperantes. Estos deberes de veracidad y de buena fe pueden tener un alcance muy diverso. Por ejemplo, veracidad de las informaciones que se suministran, diligencia en responder, secreto”.

LLOBET I AGUADO (17) considera que, aunque la obligación de información carece de una regulación unitaria en nuestro ordenamiento jurí-

(13) Como ejemplo, cabe citar los siguientes: GÓMEZ CALLE: ob. cit.; LLOBET I AGUADO: *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996; PÉREZ GARCÍA: *La información en la contratación privada*, Instituto Nacional de Consumo, 1990.

(14) *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SALAS HERNÁNDEZ, Civitas, Madrid, 1992, p. 407.

(15) *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 47 y 48.

(16) *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, 4.^a ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 271.

(17) Ob. cit., pp. 10 y 37.

dico, puede considerarse ínsita en el mismo como manifestación del principio de buena fe *in contrahendo*, que está implícita en la regulación del dolo como vicio del consentimiento. Por esta razón, no cabe hablar de una autonomía de la obligación de información, sino que debe reconducirse a la teoría de los vicios del consentimiento o de los vicios ocultos.

Distinta es la opinión de SANTOS MORÓN (18), quien se muestra favorable a la existencia de obligaciones precontractuales de información entre los sujetos que entablan negociaciones, no sólo en el ámbito de la contratación con consumidores, sino en todo tipo de contratación. Esta obligación encuentra su fundamento en el principio de buena fe. Dicho principio genera obligaciones de comportarse lealmente también en la fase previa a la celebración del contrato (arts. 7.1 y 1.258 C.c.).

Para GÓMEZ CALLE (19), el principio general de la buena fe consagrado en el artículo 7.1 C.c. “genera deberes de conducta leal entre las partes, no sólo en la ejecución del contrato —como expresamente establece el art. 1.258 C.c.—, sino también en la etapa previa a su celebración, integrando las previsiones legales sobre este punto. Entre tales deberes se encuentra el de información”.

Exista o no una obligación general de informar que permita un tratamiento independiente y autónomo, o bien sólo casos puntuales en que quepa apreciar su existencia, en lo que sí coincide la doctrina es a la hora de señalar su fundamento: la buena fe, bien en base a la aplicación analógica a la fase precontractual del artículo 1.258 C.c. (20), a la aplicación directa del artículo 7.1 C.c., del que se deriva que la buena fe debe presidir en todo momento la actuación de las partes (21), o a la eficacia de la buena fe como principio general del Derecho (22).

La buena fe aplicada a la fase precontractual permite imponer un modelo de conducta donde los futuros contratantes habrán de actuar conforme a criterios de lealtad, confianza y cooperación, lo que justifica el

(18) *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, cit., p. 143. Citando a MORALES MORENO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1-B, dirigidos por ALBALADEJO, Edersa, Madrid, 1993, p. 307), señala que con carácter general la buena fe obliga a los sujetos que entablan negociaciones a suministrar información sobre los hechos a que se refiere el contrato que van a celebrar, con el fin de evitar el posible error en que pueda incurrir la otra parte contratante.

(19) Ob. cit., p. 18.

(20) GARCÍA RUBIO: ob. cit., p. 41; ALONSO PÉREZ: “La responsabilidad precontractual”, *RCDI*, 1971, p. 916; ASÚA GONZÁLEZ: *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Vizcaya, 1989, p. 253.

(21) GÓMEZ CALLE: ob. cit., pp. 12 y 18.

(22) Díez-PICAZO: “Prólogo” a la obra *Principio general de la buena fe*, de WIEACKER, 1982, p. 12.

deber de información entre ellos. En este sentido es preciso recordar que tanto el artículo 1.258 C.c. como el 7.1 C.c. acogen un concepto de la buena fe en sentido objetivo, lo que en palabras de la STS (Sala 1.ª) de 8 de julio de 1981 supone la “exigencia de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena”. La STS de 8 de junio de 1994 dice que “la buena fe contractual es eficaz en cuanto a que debe concurrir en los vendedores, y les impone ser veraces en la aportación de las realidades concurrentes en las cosas o bienes que transmiten”.

Pero el problema no es sólo el de señalar si existe o no un verdadero deber precontractual de información. El problema verdaderamente arduo es el de dar contenido a esa genérica obligación de información (23).

Creemos –con GÓMEZ CALLE (24)– que habrá que considerar como determinantes de la existencia del deber de información, y de su mayor o menor amplitud las características propias de cada parte (su experiencia, conocimientos, etc.), el deber de autoinformarse de cada una de ellas, el tipo de relación que les une (confianza, profesional, etc.) y los caracteres del contrato de que se trate (sus riesgos o su complejidad). En torno a estas cuestiones es importante tener en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre los vicios del consentimiento, especialmente la relativa al requisito de la excusabilidad del error (25) y al carácter oculto del vicio, a efectos de la obligación de saneamiento en la compraventa (26).

En definitiva, la obligación precontractual de información consituye una exigencia general que tiene su fundamento en el principio general de buena fe. Guiada por este principio, la legislación protectora de los consumidores ha dado un salto cualitativo y ha regulado específicamente este deber.

(23) ROJO AJURIA: ob. cit., p. 263.

(24) Ob. cit., pp. 86 y ss.

(25) Vid. MORALES MORENO: *El error...*, cit., pp. 218 y ss.

(26) A título de ejemplo, cabe citar la STS de 12 de junio de 1997, que desestimó la demanda de rescisión de un contrato de compraventa de un restaurante por carecer de licencia de apertura a nombre del vendedor porque el comprador “pudo conocer la situación mediante unas gestiones previas que no revisten complejidad, sin que realizase actividad alguna tendente a la regularización del negocio”. La SAP de Badajoz de 13 de febrero de 1997 consideró que no podía calificarse como vicio oculto de la vivienda adquirida la existencia de ruidos y vibraciones originados por la música de una discoteca colindante, pues los actores debían conocer o, cuando menos, suponerlos, ya que residieron durante algún tiempo a escasos metros de ella.

III. El deber precontractual de información en los Derechos italiano y francés

La cuestión de la existencia de un deber precontractual de información basado en la buena fe y establecido con carácter general por el Código civil también se ha planteado en el Derecho italiano. Su legislador ha sancionado explícitamente en el Código civil de 1942 un deber de comportamiento acorde con la buena fe en todos los estadios de la vida del contrato. El artículo 1.375 *Codice*, relativo a la ejecución del contrato, establece que “*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*”; particulares aplicaciones de este principio de buena fe en la ejecución del contrato son los artículos 1.358 y 1.460.2 *Codice* (27). El artículo 1.366 *Codice*, relativo a la interpretación del contrato, dispone que “*Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede*”. Y en la fase de formación del contrato y durante los tratos previos tampoco falta la exigencia del comportamiento conforme a la buena fe, dispuesto en el artículo 1.337 *Codice*: “*Trattative e responsabilità precontrattuale*”. “*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*”. Como norma fundamental en esta materia debemos también aludir al artículo 1.775 *Codice*, que impone al deudor y al acreedor el deber de comportarse “*secondo la regola della correttezza*” (28). Esta disposición, situada en sede de obligaciones, es claramente aplicable al contrato (29). Sobre este trasfondo normativo originario se ha introducido, en el ámbito de los contratos celebrados entre un consumidor y un profesional, el artículo 1.469 bis *Codice*, que declara abusiva la cláusula que, contra la buena fe, determina, en perjuicio del consumidor

(27) Artículo 1.358 *Codice*: Comportamento delle parti nello stato di pendenza. “*Colui che si è obbiato o che ha alineato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte*”.

Artículo 1.460 *Codice*. Eccezione d'inadempimento. “*Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto*”.

Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede.”

(28) BETTI (*Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, pp. 91 y ss.) considera diferente el contenido del deber de buena fe y el de “correttezza”. Atribuye al primero el contenido de un deber positivo de cooperación y al segundo un deber negativo de respeto a los intereses de la otra parte. Sin embargo, MUSIO (*La buona fede nei contratti dei consumatori*, Edizioni Scietifiche Italiane. Napoli. 2001, p. 20) considera que se trata de dos deberes equivalentes y señala que la jurisprudencia se decanta por la equiparación.

(29) MUSIO: ob. cit., pp. 19 y 20.

un significativo desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato (30).

En el Código civil italiano de 1865, aunque no existía un principio general asimilable a la regla del actual artículo 1.337 *Codice*, la doctrina y la jurisprudencia admitían la culpa *in contrahendo* de quien rompiese injustificadamente los tratos previos o introdujese culpablemente una causa de invalidez en el contrato. El Código civil de 1942 sanciona expresamente la figura del ilícito *in contrahendo*, que tiene lugar cuando un sujeto causa culpablemente la invalidez del contrato (artículo 1.338 *Codice*: “Conoscenza delle cause d’invalidità”. “*La parte che, consocendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa d’invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all’altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confitado, senza sua colpa, nella validità del contratto*”), e introduce una regla general que disciplina la actividad de las partes durante la fase que precede a la perfección del contrato (art. 1.337 *Codice*) (31).

Algunos autores consideran que no ha cambiado prácticamente nada con la introducción de los artículos 1.337 y 1.338 *Codice* respecto a la situación existente durante la vigencia del *Codice* de 1865, pues el artículo 1.337 *Codice* sólo pone fin a la discusión sobre la posibilidad de sancionar el comportamiento de quien, iniciados los tratos previos, los interrumpiese sin justa causa, y el artículo 1.338 *Codice* sanciona la conducta de quien omita la obligación de informar a la otra parte sobre la existencia de una causa de invalidez del contrato, cuestiones que ya estaban admitidas doctrinal y jurisprudencialmente. Por lo tanto, sólo a estos campos concretos se extiende la aplicación de tales preceptos (32).

Este planteamiento ha llevado a la doctrina a cuestionarse si el artículo 1.337 *Codice* introduce o no con carácter general el deber de información derivado de la buena fe.

Un sector considera que el deber de información establecido en el artículo 1.338 *Codice* ejerce una función limitativa de la regla de conducta impuesta por el artículo 1.337 *Codice*, en la medida en que sólo existe obligación de informar de las cuestiones a que se refiere el primer precepto citado: la existencia de una causa de invalidez del contrato

(30) Este precepto se introdujo por la Ley de 6 de febrero de 1996, núm. 52 de transposición de la directiva 93/13/CEE, a su vez modificado por la Ley de 21 de diciembre de 1999, núm. 526. A diferencia del ordenamiento italiano, que ha realizado la transposición de la directiva citada mediante la modificación del Código civil, en el nuestro tal transposición se ha llevado a cabo mediante una ley especial, concretamente la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

(31) MUSIO: ob. cit., p. 26.

(32) ALBERICI: “Il dovere precontrattuale di buona fede”, en *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1095.

(arts. 1.418 y siguientes *Codice*). En este sentido se manifiesta D'AMICO (33), para quien la única lectura sistemática idónea para justificar la coexistencia entre los artículos 1.337 y 1.338 *Codice* es la siguiente: de la cláusula general del artículo 1.337 *Codice* el legislador ha expulsado la obligación de información introduciéndola en el artículo 1.338 *Codice*, cuya función sería, por tanto, reducir el contenido del deber de informar. Desde este planteamiento, REALMONTE (34) niega la existencia de un deber genérico de información derivado del artículo 1.337 *Codice*, y estima que únicamente existe obligación de informar sobre la existencia de causas de invalidez del contrato (art. 1.338 *Codice*) o en aquellos casos en que las leyes lo imponen expresamente.

En contra de este razonamiento, otros autores hacen una interpretación amplia del artículo 1.337 *Codice* y consideran que este precepto contiene una cláusula general de buena fe que debe aplicarse a cualquier actuación de las partes previa a la perfección del contrato (35). Se trata, dice MUSIO, de una cláusula general en la que se contemplan todos los comportamientos que se puedan derivar de la buena fe entre las partes en la fase precontractual, como es el deber de información. De ahí que pueda ser invocada para calificar como incorrecto el abuso de la posición de fuerza de una de las partes en las negociaciones (36). El deber de información ha de cumplirse, no sólo para dar a conocer a la otra parte la existencia de alguna causa de invalidez del contrato, sino para todas las cuestiones que se deriven de tal regla de comportamiento. En definitiva, el artículo 1.337 constituye la base normativa de una obligación precontractual general de información (37).

Esta polémica no se plantea respecto a la regulación del Código civil francés, dado que en él no existe, como tampoco en el español, una cláusula general que imponga la buena fe durante la fase precontractual. Como Código inspirado en el individualismo propio de la época codificadora, el legislador francés concibió el contrato como un acuerdo de voluntades donde la partes se hallan en igualdad de condiciones, sin que ninguna tenga que asistir a la otra, lo que hace innecesario imponer ningún deber de información a las partes. Las distintas cuestiones que se pudieran plantear necesariamente se resuelven en torno a la existencia de vicios del

(33) "Regola di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 151.

(34) Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nella attività di intermediazioni mobiliare, en *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, t. 2, Milano, 1994, p. 956.

(35) FERRI, L.: *Lezioni sul contratto*, Bologna, 1982, p. 63.

(36) Ob. cit., pp. 96 y 97.

(37) GRISI: *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, pp. 79 y ss.

consentimiento (38). A pesar de todo, también la doctrina francesa hace descansar en la buena fe el fundamento del deber precontractual de información como principio que ha de presidir el comportamiento de las partes en esta fase (39). Señala GUESTIN que la obligación de informar estará delimitada por dos presupuestos: el tipo de contrato ante el que nos hallemos y la desigualdad entre las partes contratantes (40).

Tanto la doctrina francesa como la italiana han destacado la importante evolución experimentada por el deber de información en función de la mayor tutela al consumidor. Tal evolución se concreta en un incremento de las obligaciones precontractuales de información impuestas por la ley como medio para recuperar el equilibrio entre las partes en las relaciones contractuales con consumidores (41).

Principal impulsor de esta evolución es el Derecho comunitario, que con sus normas protectoras de los consumidores ha permitido unificar los criterios legislativos en la materia que tratamos. Prueba de ello la hallamos en las distintas normas de transposición de las Directivas comunitarias en el Derecho italiano y francés.

Concretamente, en el Derecho italiano se impone la obligación precontractual de información —como veremos que sucede en el Derecho español—, entre otras normas, en el artículo 22 de la Ley de 19 de febrero de 1992, n. 1992 de *Credito al consumo*; el artículo 9 del Decreto legislativo de 17 de marzo de 1995, n. 111, de *Attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed circuiti "Tutto compreso"*; el artículo 2 del Decreto legislativo de 9 de noviembre de 1998, n. 427, de *Attuazione della direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili*; el artículo 3 del Decreto legislativo de 22 de mayo de 1999, n. 185, de *Attuazione della direttiva 97/7/CEE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*.

El *Code de la consommation* francés va más allá, pues impone la obligación precontractual de información con carácter general a los profesionales en los contratos celebrados con un consumidor o usuario. El artículo L. 111-1 establece que todo profesional que venda bienes o preste

(38) MESTRE: "Des limites de l'obligation de renseignement", *Rev. Tr. Dr. Civ.*, 1986, pp. 339 y 340.

(39) PICOD: "Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat", *LGDT*, París, 1989, p. 14.

(40) GUESTIN: ob. cit., p. 615.

(41) GUESTIN: ob. cit., p. 585. CHARDIN: "Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté", *LGDJ*, París, 1988, pp. 147 y ss.; BONJEAN: "Le droit à l'information du consommateur", en *L'information en droit privé*, 1978, pp. 249 y ss.; PIGNATARO: *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, pp. 133 y 134.

servicios deberá, antes de la celebración del contrato, permitir que el consumidor conozca las características esenciales del bien o servicio.

Artículo L. 111-1. “*Tout professionnel vendeur de bien ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service.*”

Este artículo, primero del *Code de la consommation*, se sitúa dentro del capítulo primero (*Obligation générale d'information*) del título primero (*Information des consommateurs*) del libro primero (*Information des consommateurs et formation des contrats*), lo que pone de manifiesto la importancia que el legislador francés atribuye a esta obligación.

El artículo L. 111-3 establece que este precepto será de aplicación sin perjuicio de las disposiciones más favorables a los consumidores que someten determinadas actividades a reglas especiales relativas a la información al consumidor. Entre esas normas se hallan las siguientes:

— Los artículos L. 121-18 y 121-19, relativos a la información precontractual que se ha de facilitar en las ventas a distancia.

— Los artículos L. 121-61, L.121-62, L. 121-63, reguladores de la información que debe constar en la oferta de *contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé*.

— Los artículos L. 311-8, L. 311-10, L. 311-11 y L. 311-12, que se refieren a la oferta de contrato de crédito al consumo.

— Y la Ley núm. 92-645, de 13 de julio de 1992, *Loi fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours*, que en sus artículos 15 y 16 regula la obligación precontractual de información en el contrato de viaje combinado.

En consecuencia, debemos destacar que en estos ordenamientos se aprecia, como en el español, un notable incremento de la atención prestada por el legislador a la fase precontractual.

IV. Supuestos en los que la Ley impone el deber precontractual de información

A) Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El artículo 13 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) consagra con carácter general el derecho a la información de los consumidores, exigiendo que ésta sea “*veraz, eficaz y suficiente*”. Tras indicar que la información debe versar sobre las carac-

terísticas esenciales de los bienes, productos y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios, señala otros extremos, que se enumeran sin carácter taxativo. Su texto es el siguiente:

Artículo 13 LGDCU: “*Los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales y, al menos, sobre las siguientes:*

- a) *Origen, naturaleza, composición y finalidad.*
- b) *Aditivos autorizados que, en su caso, lleven incorporados.*
- c) *Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial si la tienen.*
- d) *Precio completo o presupuesto, en su caso, y condiciones jurídicas y económicas de adquisición o utilización, indicando con claridad y de manera diferenciada el precio del producto o servicio y el importe de los incrementos o descuentos, en su caso, y de los costes adicionales por servicios, accesorios, financiación, aplazamiento o similares.*
- e) *Fecha de producción o suministro, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.*
- f) *Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.”*

Por su parte, el artículo 8 LGDCU impone el carácter vinculante de la información suministrada, para evitar que el consumidor resulte defraudado, a consecuencia del incumplimiento por su contraparte, de las condiciones ofrecidas o anunciadas en la publicidad. Es lo que se ha denominado **integración publicitaria del contrato**, que viene a significar que el consumidor puede exigir el cumplimiento del contenido de la oferta, promoción y publicidad, aunque no figure en el clausulado del contrato celebrado:

Artículo 8 LGDCU: 1. “*La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.*

2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.”*

Como nos dice GÓMEZ CALERO (42), “la base normativa necesaria para fundamentar la integración estaba ya presente en el C.c. (arts. 1.258

(42) Régimen jurídico del contrato de viaje combinado, Dykinson, Madrid, 1997, p. 76.

y 1.283), y ha sido actualizada cuando se han dado situaciones en las que el consumidor o usuario, adquirente de productos o servicios, ha recibido menos (en cantidad o calidad) de lo que públicamente le había sido ofrecido o prometido". En efecto, pese a no hallarse regulada en el Código civil, la integración publicitaria del contrato ya se planteó antes de la promulgación de la LGDCU, con base en sus artículos 1.258 y 1.283 C.c., en las SSTs de 14 de junio de 1976, 27 de enero de 1977, 9 de febrero de 1981 y 14 de noviembre de 1984. También después de la LGDCU se ha planteado la integración publicitaria del contrato, tomando como fundamento la normativa del Código civil; así ha ocurrido con la STS de 26 de junio de 1999, en la que nuestro Alto Tribunal admite la resolución del contrato solicitada por el comprador en base al artículo 1.124 C.c. por incumplimiento de las condiciones previstas en un folleto publicitario emitido por el promotor-vendedor.

Por lo que se refiere al cumplimiento de la obligación de información, dispone el artículo 26 LGDCU que el demandado podrá liberarse de responsabilidad si consta o acredita "*... que se han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exigen la naturaleza del producto, servicio o actividad*". En definitiva, la información ha de extenderse, no sólo a los extremos enumerados en cada caso por la ley o norma correspondiente, sino también a todos aquellos aspectos que sean precisos según la naturaleza del producto, servicio o actividad. Por eso, cuando se ha producido un daño, el mero cumplimiento de todas las exigencias reglamentariamente impuestas relativas a la información que se ha de proporcionar al consumidor no produce la exoneración de responsabilidad (43).

El artículo 8 LGDCU establece que el contenido de la "*oferta, promoción y publicidad*" de los productos, actividades y servicios son exigibles por los consumidores aunque no figuren en el contrato celebrado. Esto nos lleva a plantear la diferencia entre la publicidad y la información precontractual. Como expone con gran claridad ORTÍ VALLEJO (44), la publicidad también constituye información precontractual, pero se diferencian:

(43) A esta cuestión se refiere la SAP de Asturias de 14 de enero de 1994, al señalar en su fundamento jurídico 4.º que "de conformidad con las normas generales de los artículos 7.1 y 1.258 C.c., y las contenidas en la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la oferta obliga a la empresa ofertante, no sólo al cumplimiento de lo estrictamente prometido —la concertación de la póliza del seguro colectivo—, sino también al cumplimiento de todas las obligaciones accesorias o complementarias que de tal compromiso puedan derivarse conforme a la buena fe, al uso y a la Ley".

(44) *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SALAS HERNÁNDEZ, Civitas, Madrid, 1992, pp. 409 y 410.

- 1.º Por el contenido y finalidad de ambos tipos de información. La obligación de información se dirige directamente a transmitir al consumidor el conocimiento necesario para poder prestar un consentimiento reflexivo y claro. En cambio, la publicidad persigue, como dice la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), “promover la contratación” y no es lo mismo informar para promover la contratación, que informar para contratar. Por eso no se exige que la información publicitaria sea completa en el sentido de que informe de todo lo necesario para contratar.
- 2.º Por el requisito de la objetividad. La información debe ser objetiva, no así la publicidad, que puede ser interesada, sectaria, subjetiva, lo que no impide que sea veraz.
- 3.º Por su diferente naturaleza jurídica. La información del consumidor constituye una obligación de todo empresario que coloca un producto en el mercado y un derecho del consumidor; sin embargo, la publicidad constituye un derecho de los empresarios, que pueden ejercer o no y, correlativamente, no constituye un derecho de los consumidores.
- 4.º Por sus destinatarios. Mientras que el destinatario de la publicidad es el público en general, los destinatarios del deber de información son únicamente los consumidores y usuarios interesados en adquirir un producto o servicio.
- 5.º Por el ámbito de protección. La obligación de información al consumidor protege primordialmente a éste. Sin embargo, las normas que reglamentan la publicidad, aunque tutelan al consumidor, indudablemente, también persiguen proteger la competencia en el mercado, es decir, proteger a los empresarios entre sí.

Por todo ello, podemos señalar con PASQUAU LIAÑO (45) que “el control de la publicidad no es un asunto exclusivo del llamado «Derecho de consumo». Dicho de otro modo: no es sólo el interés del consumidor lo que ha de tutelarse frente a la actividad publicitaria abusiva o incorrecta, sino también, particularmente, el interés de los competidores”.

MORRONGO MARTÍN (46) distingue entre oferta, publicidad y promoción: “Con carácter general –señala este autor–, se entiende que quedan incluidas dentro del término promoción tanto la oferta como la publicidad, pero por buscarle algún sentido que no sea redundante con los ante-

(45) *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SALAS HERNÁNDEZ, Civitas, Madrid, 1992, p. 142.

(46) Ob. cit., p. 328.

riores (oferta y publicidad), se dice que la promoción sirve para recoger todas aquellas acciones de las que puede servirse una empresa para comunicarse con su mercado, con un objetivo comercial. Nada impide que la oferta realice una función promocional y que, por ello mismo, se difunda en el mercado por actos de publicidad. Sin embargo, el acto publicitario no tiene por qué ser necesariamente una oferta, con independencia de que en algunos casos pueda serlo o pueda estar destinado a difundir una campaña de promoción”.

La existencia de estas diferencias entre información y publicidad no nos pueden hacer perder de vista los importantes puntos de unión entre ellas. En consecuencia, a la hora de analizar la publicidad, no podemos olvidar el derecho de información al consumidor. Sólo así se podrá evitar que la publicidad origine desinformación o confusión, es decir, engaño, “en su intento de persuadir u orientar interesadamente la libertad de decisión económica del consumidor”. Por otra parte, y como una manifestación de la “función social” de la libertad de empresa, puede “gravarse” el derecho a la actividad publicitaria con una “carga” de información mínima sobre determinadas cualidades esenciales del producto o servicio anunciado (47).

B) Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo

El artículo 16 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (LCC) (48), impone al empresario que ofrezca un crédito la obligación de informar de todas las condiciones de éste en un documento, que califica de “oferta vinculante” (49). Sin embargo, esta Ley no impo-

(47) PASQUAU LIAÑO: ob. cit., p. 143.

(48) Artículo 16 LCC: “El empresario que ofrezca un crédito a un consumidor estará obligado a entregarle antes de la celebración del contrato, si el consumidor así lo solicita, un documento con todas las condiciones del crédito, como oferta vinculante, que deberá mantener durante un plazo mínimo de diez días hábiles desde su entrega, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a él”.

(49) El TJCE, en sentencia de 23 de marzo de 2000, destaca la importancia del deber de información y declara que el objetivo de la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, “se limita casi exclusivamente a la información del deudor principal acerca del alcance de su compromiso”. Los hechos fueron los siguientes: El Sr. Siepert se constituyó en fiador a favor de una fábrica de cerveza hasta una cantidad máxima de 90.000 DEM. La citada fianza garantizaba el reembolso de los préstamos que la fábrica había concedido a una tercera persona para la apertura de un restaurante y no tenía relación alguna con la actividad profesional del fiador. Al Sr. Siepert no se le informó de su derecho de revocación, tal como disponía el artículo 7 de la Ley sobre Crédito al Consumo de 17 de diciembre de 1999, que adaptó al Derecho interno alemán la Directiva 87/102/CE. Dicho artículo prevé que la declaración de voluntad mediante la cual un consumidor celebra un contrato de crédito sólo surtirá efecto si este último no la ha revocado en

ne tal obligación con carácter general, sino sólo si el consumidor lo solicita. Por otra parte, se garantiza la vigencia de las condiciones ofrecidas durante un plazo mínimo de diez días hábiles desde la entrega del documento, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables al empresario. A diferencia de las otras leyes a las que después nos referiremos, en ésta no se señala un contenido mínimo para el documento informativo.

Puesto que se habla de "documento", parece evidente la exigencia de que la información conste por escrito.

Además de este documento informativo, el artículo 17 LCC exige que en la publicidad exhibida en los locales comerciales se haga siempre referencia al coste del crédito, y se mencione expresamente la Tasa Anual Equivalente (TAE) mediante un ejemplo representativo. En este caso ya no estamos ante un extremo que deba constar en la oferta de contrato, sino sólo en la publicidad. Por lo tanto, si en el contrato que se celebra consta una TAE diferente a la contenida en la publicidad, cabe la integración del contrato con este dato, siempre que fuese más favorable al consumidor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 LGDCU.

Por su parte, el artículo 19 LCC establece la información que se debe proporcionar al consumidor cuando se concede un crédito en cuenta corriente, siempre que no se trate de una cuenta en tarjeta de crédito.

el plazo de una semana a partir de la fecha en que haya recibido la notificación procedente del prestamista, en la cual le informe de la existencia del derecho de revocación y de las condiciones de su ejercicio. A pesar de la falta de información, y con motivo de una entrevista mantenida en junio de 1994 con un empleado de la fábrica de cerveza, el fiador puso en conocimiento de ésta que revocaba su declaración de fianza. Puesto que el deudor principal no cumplió sus obligaciones, la fábrica de cerveza resolvió los préstamos que le había concedido y le demandó, siendo condenado a pagar cierta cantidad. Más tarde se condenó también al fiador al pago de la misma cantidad.

El fiador, Sr. Siepert, interpuso recurso contra la sentencia. El Tribunal planteó la cuestión prejudicial ante el TJCE, preguntando si el contrato de fianza celebrado en garantía del reembolso de un crédito, cuando ni el fiador ni el beneficiario del crédito hayan actuado en el marco de su actividad profesional, se encuentra comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de consumo. En su fallo, el TJCE mantiene que queda excluido de tal ámbito. Entre otros argumentos, señala que "debe considerarse que, en razón de sus objetivos, que se limitan casi exclusivamente a la información del deudor principal acerca del alcance de su compromiso, y habida cuenta de que no contiene disposición alguna que ofrezca una protección adecuada al fiador, cuyo interés primordial radica en conocer la solvencia del beneficiario del crédito para poder apreciar la probabilidad de que llegue a exigírsele el reembolso de éste, la Directiva no está destinada a aplicarse a los contratos de fianza".

C) Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados.

El contrato de viajes combinados es, según la Exposición de Motivos de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados (LVC), “el que tiene por objeto (...) los servicios mínimos que debe comprender [el viaje] y que junto con el transporte y/o alojamiento abarca también aquellos otros servicios turísticos no accesorios de éstos que constituyen una parte significativa del viaje combinado”.

Estos contratos presentan ciertas peculiaridades que hacen especialmente necesaria la protección al consumidor: el contrato se puede celebrar con el organizador o con el detallista, pero no existe una relación jurídica con los prestadores directos de los servicios (50). Como dice RUIZ MUÑOZ (51), éstos se relacionan jurídicamente con los organizadores y se constituyen en auxiliares del obligado principal, lo que representa una de las principales fuentes de problemas en este tipo de intercambios. En efecto, el servicio no se presta por la persona que contrató con el usuario, sino por otra persona distinta, lo que produce una gran inseguridad para quien se encuentra en un lugar, generalmente alejado de su residencia, y ante unas personas que son los obligados directos a prestar los servicios (transportistas, hoteleros, etc.) y otras que son los obligados formalmente a prestarlos (agencias de viajes y organizadores). Esto origina importantes dificultades a los consumidores, que quieren ver resueltos sus problemas durante el viaje.

El artículo 3 LVC (52) exige al detallista o, en su caso, al organi-

(50) Como ideas previas debemos señalar que, según la Disposición adicional 2.^a LVC, tanto el organizador como el detallista deben tener la consideración de Agencias de Viajes, de conformidad con la normativa administrativa existente sobre este punto. Como indica la misma denominación, el organizador es quien organiza todo el desarrollo del viaje, mientras que el detallista es quien se limita a desempeñar una labor de intermediación entre el consumidor y el organizador. Según el artículo 2, apartados 2 y 3 LVC: “A los efectos de la presente Ley se entenderá por:

2. «Organizador»: la persona física o jurídica que organice de forma no ocasional viajes combinados y los venda u ofrezca a la venta directamente o por medio de un detallista.

3. «Detallista»: la persona física o jurídica que venda u ofrezca a la venta el viaje combinado propuesto por un organizador.”

Los sujetos contratantes son el organizador del viaje y el adquirente. El detallista sólo actúa como intermediario.

(51) *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coordinado por BOTANA GARCÍA y RUIZ MUÑOZ, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 280.

(52) Artículo 3 LVC: 1. “El detallista o, en su caso, el organizador deberá poner a disposición de los consumidores un programa o folleto informativo que contenga por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado y que deberá incluir una clara y precisa información sobre los siguientes extremos:

- a) Destinos y medios de transporte, con mención de sus características y clase.
- b) Duración, itinerario y calendario del viaje.
- c) Relación de establecimientos de alojamiento, con indicación de su tipo, situación, cate-

zador, que pongan a disposición del consumidor un programa o folleto informativo, que califica de oferta, que debe hacer referencia “*clara y precisa*” a los extremos indicados en el mismo, relativos a la descripción del viaje organizado (letras a-d), precio y condiciones de pago (letra e), número mínimo de inscripciones en cada caso (letra g) y toda otra información útil al consumidor, como las cláusulas aplicables a posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje (letra h). Entre estos extremos no figura el plazo mínimo de validez de la oferta.

Además, en su párrafo 2, este precepto (art. 3 LVC) determina que la información contenida en el folleto informativo será vinculante para el organizador o detallista del viaje combinado, salvo que se den las circunstancias previstas en este mismo precepto, a las que después me referiré.

D) Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, modificada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE en materia de Contratos a Distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias (LOCM).

La LOCM dedica el capítulo II del título III a las ventas a distancia, que se definen en el artículo 38.1 en los siguientes términos: “*Se consi-*

goría o nivel de comodidad y sus principales características, así como su homologación y clasificación turística en aquellos países que exista clasificación oficial.

d) El número de comidas que se vayan a servir.

e) La información de índole general sobre las condiciones aplicables a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de pasaportes y de visados y las formalidades sanitarias necesarias para el viaje y la estancia.

f) Precio del viaje combinado y precio estimado de las excursiones facultativas, el importe o el porcentaje del precio que deba pagarse en concepto de anticipo sobre el precio total y el calendario para el pago de la parte del precio no cubierta por el anticipo desembolsado, así como las condiciones de financiación que, en su caso, se oferten.

g) Si para la realización del viaje combinado se necesita un número mínimo de inscripciones y, en tal caso, la fecha límite de información al consumidor en caso de anulación.

h) Cláusulas aplicables a posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje.

i) Nombre y domicilio del organizador del viaje combinado, así como, en su caso, representación legal en España.

j) Toda información adicional y adecuada sobre las características del viaje ofertado.

2. La información contenida en el programa-oferta será vinculante para el organizador o el detallista del viaje combinado, salvo que concurran algunas de las siguientes circunstancias:

a) Que los cambios en dicha información se hayan comunicado claramente por escrito al consumidor antes de la celebración del contrato y tal posibilidad haya sido objeto de expresa mención en el programa-oferta.

b) Que se produzcan posteriormente modificaciones, previo acuerdo por escrito entre las partes contratantes”.

deran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, siempre que su oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el vendedor". En este tipo de contratación resulta especialmente importante contar con la precisa información antes de la perfección del contrato, dado que el consumidor celebra un contrato que recae sobre un objeto que no percibe de forma directa e inmediata, lo que propicia la existencia de posibles diferencias entre las características del objeto recibido y las del que se esperaba recibir, según las expectativas creadas por la publicidad.

La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, al regular las ventas a distancia, en sus artículos 38 a 48 tuvo en cuenta la primera Propuesta de Directiva relativa a los contratos a distancia presentada por la Comisión el 20 de mayo de 1992, pero no el texto definitivo de la Directiva 97/7/CEE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. La transposición de esta normativa se ha llevado a cabo mediante la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE en materia de contratos a distancia y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias. Como se señala en su Exposición de Motivos, "es justo destacar que los puntos fundamentales de la norma comunitaria, tales como el derecho de desistimiento, la prohibición de envíos no solicitados, el pago mediante tarjeta o el deber de información ya estaban incorporados, por lo que la Directiva ya se hallaba transpuesta en sus más importantes aspectos desde el mismo momento de su publicación. Quedaban, no obstante, por incorporar otras previsiones de importancia secundaria, junto con algún otro aspecto importante, como es el derecho de resolución para el caso de incumplimiento del deber de información, lo que ha obligado a modificar la mayoría de las normas que se ocupan de la materia".

Dice el artículo 39.1 LOCM (53) que "*en todas las propuestas de con-*

(53) Artículo 39 LOCM: Propuesta de contratación.

"1. *En todas las propuestas de contratación deberá constar, inequívocamente, que se trata de una oferta comercial. Concretamente, en el caso de comunicaciones telefónicas, deberá precisarse explícita y claramente, al principio de cualquier conversación con el comprador, la identidad del vendedor y la finalidad comercial de la llamada.*

2. *La utilización por parte del vendedor de las técnicas de comunicación que consistan en un sistema automatizado de llamada sin intervención humana o el telefax necesitará el consentimiento previo del consumidor.*

3. *En todo caso, deberán cumplirse las disposiciones vigentes sobre condiciones generales de contratación, protección de los menores y respeto a la intimidad. Cuando se utilicen datos*

tratación deberá constar, inequívocamente, que se trata de una oferta comercial”.

El artículo 40 LOCM (54) especifica las menciones que deben constar en la información precontractual: identidad del proveedor, características esenciales del producto, precio –incluidos los impuestos–, los gastos de transporte, forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución, plazo de validez de la oferta, existencia de un derecho de desistimiento o resolución, etc. (55) El número de menciones exigido ahora es mayor que el que se recogía en el artículo 40 LOCM en la redacción dada por la Ley 7/1996, de 15 de enero. La razón de esta ampliación se encuentra en la necesidad de adecuar el nivel de protección a los consumidores proporcionado por nuestra legislación con el otorgado por la normativa comunitaria, y en este punto era mayor la del artículo 4.1 de la Directi-

personales procedentes de fuentes accesibles al público para la realización de comunicaciones comerciales, se proporcionará al destinatario la información que señala la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de diciembre, de protección de Datos de Carácter Personal, y se ofrecerá al destinatario la oportunidad de oponerse a la recepción de las mismas.”

(54) Artículo 40 LOCM: Información previa.

“1. Antes de iniciar el procedimiento de contratación y con la antelación necesaria, el vendedor deberá suministrar al consumidor, de forma veraz, eficaz y suficiente, la siguiente información:

- a) La identidad del vendedor y su dirección*
- b) Las características esenciales del producto.*
- c) El precio, incluidos todos los impuestos.*
- d) Los gastos de entrega y transporte, en su caso.*
- e) La forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución.*
- f) La existencia de un derecho de desistimiento o resolución, o su ausencia en los contratos a que se refiere el artículo 45.*
- g) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica.*
- h) El plazo de validez de la oferta y del precio.*
- i) La duración mínima del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de suministro de productos destinados a su ejecución permanente o repetida.*
- j) Las circunstancias y condiciones en que el vendedor podría suministrar un producto de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor, cuando se quiera prever esta posibilidad.*
- k) En su caso, indicación de si el vendedor dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.*

2. La información contenida en el apartado anterior, cuya finalidad comercial debe ser indudable, deberá facilitarse al comprador de modo claro, comprensible e inequívoco, mediante cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado, y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar.”

(55) Sobre la interpretación de este artículo en consonancia con la necesidad de proporcionar una información “eficaz y suficiente” al consumidor (art. 13 LGDCU), *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y LEGUINA VILLA, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 698-703.

va 97/7/CEE que la del artículo 40 LOCM (56). Además, ahora se añade una inciso que no se hallaba en la redacción inicial de este precepto, y que se ha tomado del artículo 4.1 de la Directiva 97/7/CE. Tal inciso recoge la exigencia de que la información precontractual se proporcione “*con la antelación necesaria*”. Al no fijarse un plazo fijo, deberá valorarse según las circunstancias del caso, si es adecuada o no la antelación con que se realice.

A diferencia del artículo 16 LCC, que fija un plazo mínimo de validez de la oferta de diez días hábiles desde su entrega, en el artículo 40 LOCM no se fija de manera taxativa. Sin embargo, sí se exige que conste el plazo en la oferta de venta a distancia. Por lo tanto, deberá señalarlo el vendedor-oferente.

El artículo 40.2 LOCM recoge de manera casi textual el artículo 4.2 de la Directiva 97/7/CE (57), al disponer, como también hacía el antiguo artículo 39.1 LOCM, que en la información previa ha de constar inequívocamente que su objetivo es de carácter comercial. Como novedad se añade, de acuerdo con la citada norma comunitaria, que la información

(56) Artículo 4.1 Directiva 97/7/CE. Información previa. “1. *Previamente a la celebración de cualquier contrato a distancia, y con la antelación necesaria, el consumidor deberá disponer de la información siguiente:*

a) *Identidad del proveedor y, en caso de contratos que requieran el pago por adelantado, su dirección.*

b) *Características esenciales del bien o del servicio.*

c) *Precio del bien o del servicio, incluidos todos los impuestos.*

d) *Gastos de entrega, en su caso.*

e) *Modalidades de pago, entrega o ejecución.*

f) *Existencia de un derecho de resolución, salvo en los casos mencionados en el apartado 3 del artículo 6.*

g) *Coste de utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica.*

h) *Plazo de validez de la oferta o del precio.*

i) *Cuando sea procedente, la duración mínima del contrato, cuando se trate de contratos de suministro de productos o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida.”*

Artículo 40 LOCM (redactado por la Ley 7/1996, de 15 de enero): Contenido de las propuestas. “La oferta de venta a distancia deberá incluir, al menos, los siguientes extremos:

a) *Identidad del proveedor.*

b) *Características especiales del producto.*

c) *Precio y, en su caso, debidamente separados, los gastos del transporte.*

d) *Forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución.*

e) *Plazo de validez de la oferta.”*

(57) Artículo 4.2 Directiva 97/7/CE. Información previa. “2. *La información contemplada en el apartado 1, cuya finalidad comercial debe resultar inequívoca, deberá facilitarse al consumidor de modo claro y comprensible, mediante cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, y deberá respetar, en particular, los principios de buena fe en materia de transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar según la legislación nacional de los diferentes Estados miembros, como los menores.”*

precontractual “deberá facilitarse al comprador de modo claro, comprensible e inequívoco, mediante cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado, y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar”. En definitiva, igual que sucedía antes de la reforma de la LOCM, en la regulación de las ventas a distancia aparece una nota que la diferencia de los demás supuestos en que la ley impone un deber precontractual de información, que consiste en que no se exige la plasmación por escrito de dicha información, ya que se admite cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada.

Ahora bien, el artículo 47 LOCM (58) exige, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva a que nos estamos refiriendo, una confirmación de la información precontractual por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor, en cualquier otro soporte duradero adecuado a la técnica de comunicación empleada y en la lengua utilizada en la propuesta de contratación. Tal confirmación versará sobre la información señalada en el artículo 40 y la información y documentos que se especifican en el artículo 47 LOCM: las condiciones y modalidades de ejercicio de los derechos de desistimiento y revocación, la dirección del establecimiento del vendedor donde el comprador puede presentar sus reclamaciones, los servicios de posventa y garantías comerciales existentes y, en caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año, las condiciones de rescisión del contrato. Además, deberá proporcionarse un documento de desistimiento o revocación, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes.

(58) Artículo 47 LOCM: Información. “1. Además de la información señalada en el artículo 40, el consumidor deberá haber recibido, a la ejecución del contrato, las siguientes informaciones y documentos:

a) Información escrita sobre las condiciones y modalidades de ejercicio de los derechos de desistimiento y resolución, así como un documento de desistimiento o revocación, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere.

b) La dirección del establecimiento del vendedor donde el comprador pueda presentar sus reclamaciones.

c) Información relativa a los servicios de posventa y a las garantías comerciales existentes.

d) En caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año, las condiciones de rescisión del contrato.

2. La información a que se refiere el apartado anterior deberá facilitarse por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor, en cualquier otro soporte duradero adecuado a la técnica de comunicación empleada y en la lengua utilizada en la propuesta de contratación.”

El artículo 47.1, principio LOCM, dice que “... *el consumidor deberá haber recibido [esta confirmación] a la ejecución del contrato...*”. Esta previsión está tomada del artículo 5.1 de la Directiva 97/7/CEE, que dispone que esta confirmación deberá realizarse “*a su debido tiempo durante la ejecución del contrato y, a más tardar, en el momento de la entrega cuando se trate de bienes, a menos que se haya facilitado ya la información al consumidor antes de la celebración del contrato, bien sea por escrito o sobre cualquier otro soporte duradero disponible que sea accesible para él*”. Partiendo de este precepto, entendemos que dicha confirmación puede realizarse en la fase precontractual o en la fase contractual, y en este segundo caso debe hacerse antes de la ejecución de la obligación de entrega del bien objeto del contrato.

El artículo 44 LOCM, inspirado en el artículo 6.1 de la Directiva 97/7/CEE (59), prevé la existencia de un derecho de desistimiento a favor del consumidor, que podrá ejercitarse en el período de siete días hábiles sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. Si el proveedor no ha cumplido con la obligación que impone el artículo 47 LOCM, es decir, proporcionar al consumidor la confirmación de las informaciones a que nos hemos referido, por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero, el plazo para desistir será de tres meses, que se contarán desde el día en que se entregó el bien. Si la información contemplada en el artículo 47 LOCM se facilita en el citado plazo de tres meses, el período de siete días hábiles para el ejercicio del derecho de desistimiento comenzará a contarse a partir de ese momento. Cuando el comprador ejerza su derecho a resolver el contrato por incumplimiento del deber de

(59) Artículo 6.1 Directiva 97/7/CEE: Derecho de resolución. “1. *Respecto a todo contrato negociado a distancia, el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. El único gasto que podría imputarse al consumidor es el coste directo de la devolución de las mercancías al proveedor.*

A efectos del ejercicio de dicho derecho, el plazo se calculará:

— *en el caso de los bienes, a partir del día de recepción de los mismos por el consumidor, cuando se hayan cumplido las obligaciones contempladas en el artículo 5;*

— *por lo que respecta a los servicios, a partir del día de celebración del contrato o a partir del día en que se hayan cumplido las obligaciones contempladas en el artículo 5 si éstas se han cumplido después de la celebración del contrato, siempre que el plazo no supere el plazo de tres meses mencionado en el párrafo siguiente.*

Quando el proveedor no haya cumplido las obligaciones a que se refiere el artículo 5, el plazo será de tres meses. Dicho plazo comenzará a correr:

— *para los bienes, a partir del día en que los reciba el consumidor,*

— *para los servicios, a partir del día de la celebración del contrato.*

Si la información contemplada en el artículo 5 se facilita en el citado plazo de tres meses, el período de siete días laborables al que se hace referencia en el párrafo primero comenzará a partir de ese momento.”

información que incumbe al vendedor, no podrá éste exigir que aquél se haga cargo de los gastos de devolución del producto.

Antes de la reforma de la LOCM operada por la Ley 47/2002, BOTANA GARCÍA (60), tras señalar que nuestra LOCM no regulaba el derecho de desistimiento del comprador como sanción por incumplimiento de la obligación precontractual de información, consideraba que “el régimen más adecuado para el caso de incumplimiento de la obligación de suministrar las menciones informativas que deben facilitarse al consumidor que celebra un contrato a distancia es el previsto en la propia Directiva comunitaria. El contrato no se anula, pero se retrasa el *dies a quo* para el comienzo del plazo del ejercicio del derecho de desistimiento hasta el momento en que se disponga de dicha información, con un plazo máximo de tres meses. La LOCM deberá adoptar esta solución dado que el artículo 6.1 de la Directiva permite poco margen de maniobrabilidad”. También subraya JUSTE MENCÍA (61) que la Directiva otorga gran importancia al suministro de la información al conectar su régimen con el plazo para desistir: si aquélla no se ajusta a lo establecido, éste se amplía notablemente.

Sobre esta cuestión queremos puntualizar que la sanción que se recoge en el artículo 6 de la Directiva, y ahora también en el nuevo artículo 44 LOCM, no se refiere de forma expresa a la infracción del deber precontractual de información, sino a la infracción del deber de confirmar por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero la información precontractual que se supone ya facilitada, cuestión que ya trasciende la fase precontractual y se sitúa generalmente en la fase de perfección o en la de ejecución del contrato. Examinemos detenidamente esta cuestión. Los preceptos que regulan el deber de información precontractual son los artículos 39 y 40 LOCM, que se refieren a la información que se ha de proporcionar “antes de iniciar el procedimiento de contratación”. El artículo 47 LOCM se refiere a la información que el consumidor “deberá haber recibido a la ejecución del contrato”. Por lo tanto, son dos obligaciones conectadas, pero distintas. La imposición de un deber precontractual de información persigue la correcta formación del consentimiento, mientras que la imposición de deberes de información en la fase posterior a la perfección del contrato persigue que el comprador obtenga los datos necesarios para utilizar de forma óptima el producto y pueda ejercitar adecuadamente los derechos que se deriven de la venta (como el de desistimiento).

(60) *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, cit., p. 235, y “Los contratos a distancia y la protección de los consumidores”, *EC*, 1998, núm. 46, p. 76.

(61) “Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario europeo (Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997)”, *La Ley*, 1997-6, p. 1620.

La confirmación de la obligación precontractual generalmente se cumplirá en la fase que discurre entre la perfección y la ejecución del contrato. Digo generalmente porque también cabe, como hemos visto que prevé el artículo 5.1 de la Directiva 97/7/CEE, que *“se haya facilitado ya la información al consumidor antes de la celebración del contrato, bien sea por escrito o sobre cualquier otro soporte duradero disponible que sea accesible para él”*, en cuyo caso no es necesaria una nueva confirmación por escrito en la fase de ejecución del contrato. Concluyendo, quiero destacar que la sanción prevista por el artículo 44 LOCM, consistente en la ampliación del plazo para desistir concedido al comprador, no se aplica sin más por infracción del deber precontractual de información, sino sólo cuando tal información precontractual no se ha confirmado, ya sea antes o después de la perfección del contrato (fase contractual).

El artículo 65.1, letra ñ), LOCM dispone que *“el incumplimiento de las obligaciones que la regulación de las ventas a distancia impone en materia de información y documentación que se debe suministrar al consumidor (...)”* constituye una infracción grave que acarrea la imposición de la multa prevista en el artículo 68.2 LOCM. Se trata de una sanción de carácter administrativo y, por tanto, independiente de las consecuencias que se puedan derivar en el ámbito contractual.

F) Ley 42/98, de 15 de diciembre, de Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles.

La Ley 42/98, de 15 de diciembre, de Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles (LDAT), es la que regula con mayor detenimiento el deber precontractual de información.

El artículo 8 LDAT (62) establece la obligación del profesional que

(62) Artículo 8 LDAT: Información general.

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.4 de la presente Ley, está prohibida la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno con la denominación de multipropiedad o cualquier otra que contenga la palabra propiedad.

2. El propietario, el promotor o cualquier persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno, que se proponga iniciar la transmisión de estos derechos, deberá editar, de acuerdo con la normativa que, en su caso, apruebe la Comunidad Autónoma competente en materia de consumo, un documento informativo con el carácter de oferta vinculante, que entregará gratuitamente, después de haber sido archivado en el Registro de la Propiedad correspondiente, a cualquier persona que solicite información. En tal documento se mencionarán los siguientes extremos:

a) Identidad y domicilio del propietario o promotor y de cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de los derechos de aprovechamiento por turno.

b) La naturaleza real o personal de los derechos que van a ser objeto de transmisión, con

se dedique a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno de editar un documento informativo, que se califica como oferta vincu-

indicación de la fecha en que, según lo que resulte de la nota del Registro de la Propiedad al pie de la escritura reguladora, se ha de extinguir el régimen.

c) Si la obra está en construcción, indicación de la fecha límite para su terminación, también según lo que resulte de la escritura reguladora, e indicación de la fecha estimada de extinción del régimen, calculada sobre la fecha límite de la terminación de la obra.

d) Descripción precisa del inmueble sobre el que se ha constituido el régimen y de su situación, y si la obra está concluida o se encuentra en construcción.

e) Servicios comunes de los que podrá disfrutar el adquirente y las condiciones de este disfrute.

f) Instalaciones de uso común a las que el titular puede tener acceso y, si procede, condiciones para ese acceso, con indicación expresa de su importe o de las bases para su determinación.

g) Indicación, en su caso, de la empresa de servicios que se hará cargo de la administración, con expresión de su denominación y sus datos de inscripción en el Registro Mercantil.

h) Precio medio de los derechos de aprovechamiento por turno y precio de los que lo tengan más alto. Asimismo, el importe de la primera cuota anual que deberá satisfacerse por la utilización de las instalaciones y servicios comunes, o su estimación, y el procedimiento de cálculo de las futuras anualidades.

i) Información sobre el número de alojamientos susceptibles de aprovechamiento por turno y del número de turnos por alojamiento.

j) Información sobre los derechos de desistimiento y de resolución unilateral que tendrá el adquirente, expresando el tiempo de que dispondrá, según esta Ley, para ejercitarlo, que no tendrá a su cargo ningún gasto por el ejercicio del mismo, e indicación de la persona y domicilio a quien deberá comunicarse, si se ejercita. Si la obra está en construcción, indicación del aval o del seguro constituido para garantizar la terminación de la misma.

k) Si existe o no la posibilidad de participar en un sistema de intercambio y, en caso positivo, el nombre, denominación o la razón social del tercero que se va a hacer cargo del servicio, haciéndose mención del documento que, con carácter anual, expedirá dicho tercero acreditando la participación del régimen en el programa de intercambio. El documento, firmado por el representante legal de la empresa de intercambio, expresará que el contrato del adquirente o titular del derecho de aprovechamiento con la empresa de intercambio es un contrato independiente y distinto del contrato que vincula al adquirente con el promotor o propietario del régimen de aprovechamiento por turno. En el documento se hará constar además la cuota de participación como socio en el programa de intercambio y las cuotas de intercambio correspondiente.

En el documento se expresará además el número total de socios afiliados al programa de intercambio, así como el número de regímenes que participen en dicho programa y una reseña general sobre el funcionamiento del sistema. El documento expedido por la sociedad de intercambio se incorporará y formará parte integrante del documento informativo previsto en este artículo.

3. *El propietario, el promotor o cualquier persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno deberá también, de acuerdo con la normativa que, en su caso, apruebe la Comunidad Autónoma competente en materia de consumo, informar al adquirente sobre cómo puede solicitar información genérica y gratuita acerca de los derechos que, en general, le asisten en los organismos y a los profesionales oficiales siguientes, indicando la dirección y teléfono de los más próximos al lugar donde se encuentre el inmueble sobre el que se ha constituido el régimen:*

Oficinas de turismo.

Instituto Nacional de Consumo.

Organismo de las Comunidades Autónomas competentes en materia de turismo y consumo.

Oficinas Municipales de Consumo.

lante, y que deberá ser entregado a cualquier persona que solicite información. Además, se prohíbe que en la promoción o contratación relativa a tales derechos se emplee la denominación “multipropiedad” o cualquier otra palabra que contenga el término propiedad (63).

El artículo 8.2 LDAT hace recaer la obligación sobre *“el propietario, el promotor o cualquier persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno”*. Bastaría que una de estas personas emitiese el consiguiente documento informativo para considerar cumplida la obligación de información (64). Además, para garantizar el cumplimiento de este deber, se ordena el archivo del documento informativo en el Registro de la Propiedad correspondiente.

Este documento debe tener un contenido mínimo, que se señala en ese mismo precepto, y que hace referencia a la descripción del inmueble sometido al régimen de aprovechamiento por turno, a los servicios e instalaciones comunes disponibles, a la existencia o no de servicio de intercambio, al precio de los derechos de aprovechamiento por turno e importe de las cuotas anuales que deberán pagarse por el mantenimiento y servicios del inmueble, a los datos de la inscripción del régimen de aprovechamiento por turno en el Registro de la Propiedad y a los derechos de desistimiento y de resolución del contrato que el artículo 10 LDAT atribuye al adquirente.

Registradores de la Propiedad.

Notarios.

Todo ello sin perjuicio de la información que puedan prestar los Colegios Profesionales de Arquitectos, Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, Administradores de Fincas, Abogados, Notarios y Registradores.

4. *El propietario, el promotor o cualquier persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno deberá tener también, de acuerdo con la normativa que, en su caso, apruebe la Comunidad Autónoma competente en materia de consumo, a disposición de las personas a quienes proponga la celebración del contrato, un inventario completo de todos los muebles, instalaciones y ajuar con que cuente el alojamiento y en el que conste el valor global del mismo.*

5. *Toda publicidad, incluido el documento informativo a que se refiere el apartado 2 del presente artículo, promoción u oferta relativa a derechos de aprovechamiento por turno, ha de indicar los datos de inscripción del régimen en el Registro de la Propiedad, expresando la titularidad y cargas, advirtiendo que aquél debe consultarse a efectos de conocer la situación jurídica de la finca y el íntegro contenido del régimen de aprovechamiento por turno”.*

(63) El nombre multipropiedad es engañoso –dice NÚÑEZ NÚÑEZ (“Reflexiones acerca de la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 38, abril-junio 2001, p. 136)– “porque expresa más de lo que contiene”.

(64) SÁNCHEZ HERNÁNDEZ y DIÉGUEZ OLIVA: *Multipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la Ley sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno*, Civitas, Madrid, 2000, p. 254.

La LDAT es, de las leyes que estamos exponiendo, la que prevé con mayor detenimiento la sanción por incumplimiento del deber precontractual de información. En sentido estricto, es la única que prevé tal sanción, ya que la LOCM, como hemos expuesto, en realidad no regula una sanción por incumplimiento del deber precontractual de información, sino del deber de confirmar la información precontractual que se supone ya proporcionada (arts. 44 y 47 LOCM). El artículo 10.2 LDAT (65) establece que si el adquirente “no hubiera resultado suficientemente informado por haberse contravenido la prohibición del artículo 8.1, o incumplido alguna de las obligaciones de los restantes apartados de ese mismo artículo”, podrá resolver el contrato celebrado en el plazo de tres meses, a contar desde la fecha del contrato, sin que se le pueda exigir el pago de pena o gasto alguno si no se le entrega el documento informativo, si no se incluye la información preceptiva, o si es inexacta. Creemos que, para que se pueda pedir la resolución del contrato tomando como fundamento el artículo 10.2, párrafo 1 LDAT, no basta que se haya incumplido alguna

(65) Artículo 10 LDAT: Desistimiento y resolución del contrato.

“1. El adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de diez días, contados desde la firma del contrato, para desistir del mismo a su libre arbitrio. Si el último día del mencionado plazo fuese inhábil, quedará excluido del cómputo, el cual terminará el siguiente día hábil. Ejercitado el desistimiento, el adquirente no abonará indemnización o gasto alguno.

2. Si el contrato no contiene alguna de las menciones o documentos a los que se refiere el artículo 9, o en el caso de que el adquirente no hubiera resultado suficientemente informado por haberse contravenido la prohibición del artículo 8.1, o incumplido alguna de las obligaciones de los restantes apartados de ese mismo artículo, o si el documento informativo entregado no se correspondía con el archivado en el Registro, el adquirente podrá resolverlo en el plazo de tres meses, a contar desde la fecha del contrato, sin que se le pueda exigir el pago de pena o gasto alguno.

En el caso de que haya falta de veracidad en la información suministrada al adquirente, éste podrá, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubiera podido incurrir el transmitente y sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, instar la acción de nulidad del contrato conforme a lo dispuesto en los artículos 1.300 y siguientes del C.c.

Completada la información antes de que expire el citado plazo, el adquirente podrá desistir dentro de los diez días siguientes al de la subsanación, según lo establecido en el apartado 1 de este artículo.

Transcurridos los tres meses sin haberse completado la información y sin que el adquirente haya hecho uso de su derecho de resolución, éste podrá igualmente desistir dentro de los diez días siguientes al de expiración del plazo, según lo establecido en el citado apartado 1 de este artículo.

3. El desistimiento o resolución del contrato deberá notificarse al propietario o promotor en el domicilio que a estos efectos figure necesariamente en el contrato. La notificación podrá hacerse por cualquier medio que garantice la constancia de la comunicación y de su recepción, así como de la fecha de su envío. Tratándose de desistimiento, será suficiente que el envío se realice antes de la expiración del plazo.

Si el contrato se celebra ante notario en el caso del artículo 14.2, el desistimiento deberá hacerse constar en acta notarial. Ésta será título hábil para reinscribir el derecho de aprovechamiento a favor del transmitente.”

de las obligaciones que impone el artículo 8 LDAT –por ejemplo, falta alguno de los extremos que se señalan como contenido mínimo–, sino que es preciso que tal incumplimiento haya provocado una efectiva falta de información en el consumidor. Así lo apuntan, a nuestro juicio atinadamente, QUESADA SÁNCHEZ Y RUIZ-RICO RUIZ (66), que consideran que no debe realizarse una interpretación literal de esta causa de resolución, sino integradora con la idea de que el fundamento de la facultad de resolución está en que el consumidor debe estar en condiciones de reflexionar para decidir. “Por ello –concluyen estos autores–, si en algún momento falta algún dato que legitimaría para resolver el contrato, pero en dicho contrato se alude de alguna manera al dato que falta en la información previa (o puede deducirse), no parece que sea indebida una interpretación de dicha información como adecuada a nuestros efectos (aunque en puridad no lo sea: se puede defender que dicha información no se dispuso en su momento, que era previo al contrato, como pretende la LDAT, que por ello debe permitirse la resolución). Pese a la literalidad de la Ley, parece que en tal caso no debiera permitirse resolver, pues el consumidor goza de toda la información que necesita para reflexionar y formarse opinión acerca de lo ofertado”.

El mencionado artículo 10.2 LDAT añade que, en caso de falta de veracidad de la información suministrada, el adquirente también podrá instar “*la acción de nulidad del contrato conforme a lo dispuesto en los artículos 1.300 y siguientes del Código civil*”. Aunque el texto habla de acción de nulidad parece que debe entenderse referido a la acción de anulabilidad; en opinión de SANTOS MORÓN, probablemente por dolo. Señala también esta autora que la referencia expresa a esta posibilidad era innecesaria, porque ya se desprende de las reglas generales (67).

Sin embargo, para QUESADA SÁNCHEZ y RUIZ-RICO RUIZ (68), “parece abrirse camino una causa especial de anulabilidad por dolo (parece estarse pensando en esa falta de veracidad provocada por dolo), en la información previa al contrato a la hora de suministrar información al consumidor, dolo que, como se puede comprobar, no sería el descrito en el

(66) *Multipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la Ley sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno*, cit., p. 243.

(67) Ob. cit., p. 150. En opinión de MUNAR BERNAT (*Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, cit., p. 315), de esta manera se viene a tipificar la falta de veracidad en la información como contenido del dolo como vicio del consentimiento, “lo cual sin duda permitirá despejar las dudas que hasta ahora se habían manifestado en la jurisprudencia”.

(68) Ob. cit., p. 353. La opinión de estos autores parece cercana a la de VISINTINI, que en su obra sobre la reticencia en la formación de los contratos mantiene que constituye una “causa autónoma” de anulación del contrato (VISINTINI: *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padua, 1972, p. 121).

artículo 1.269 C.c., pues no está encaminado a afectar al consentimiento contractual, sino que se refiere a la información previa, con lo que estamos en otro plano bastante distinto: es un plano previo al contrato, pero que puede afectar al mismo (...)"'. La introducción de esta nueva causa de anulabilidad por dolo no impide, en opinión de estos autores, la aplicación de las reglas generales del Código civil sobre los supuestos típicos de anulabilidad.

En nuestra opinión, no hay motivo para estimar que existe una causa especial de anulabilidad por dolo, sino una mera remisión a la normativa del Código civil sobre la anulabilidad provocada por los vicios del consentimiento. Sólo cuando exista algún vicio del consentimiento provocado por la falta o insuficiencia de la información facilitada, que afecte realmente al consentimiento contractual, será posible la impugnación del contrato por vía de las reglas generales de la contratación.

El plazo para impugnar el contrato será el de cuatro años que señala el artículo 1.301 C.c.

El artículo 10.2, párr. 4.º, LDAT admite la posibilidad de desistir del contrato, si la información incompleta que se dio en un primer momento no es completada antes de que transcurran tres meses desde la fecha del contrato. Tal desistimiento deberá producirse dentro de los diez días siguientes al de la subsanación del defecto de información.

Si transcurren esos tres meses sin que se haya completado la información y sin que el adquirente haya ejercitado su derecho de resolución, éste puede todavía desistir en los diez días siguientes al de expiración de tal plazo, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 10 LDAT. Este precepto regula, además, el derecho a desistir del contrato en el plazo de diez días desde su celebración, sin necesidad de alegar causa alguna para ello. Por lo tanto, si el adquirente estima que la información no es veraz o es incompleta siempre le queda la posibilidad de optar por este recurso, aunque el período de tiempo para su ejercicio sea limitado (diez días desde la firma del contrato).

El desistimiento o la resolución del contrato se deben notificar por el consumidor al propietario o promotor en el domicilio que a estos efectos figure en el contrato. No se exige forma concreta, únicamente que se haga por algún medio que garantice la constancia de la comunicación y de su recepción, así como de la fecha de su envío.

Debe tenerse en cuenta que esta regulación no impide la aplicación del artículo 8 LGDCU, cuando sea procedente (69). En definitiva, ante

(69) Por ejemplo: el artículo 10.2 LDAT no comprende el supuesto de que el documento informativo oferte algo que no se recoja en el contrato, es decir, el caso de discordancia entre información precontractual y contrato definitivo en perjuicio del consumidor. Realmente

un incumplimiento de los deberes precontractuales de información, el consumidor podrá: resolver el contrato en el plazo de tres meses (art. 16.2 LDAT), desistir del contrato en el plazo de diez días (art. 10.1 LDAT), ejercitar la acción de anulabilidad en el plazo de cuatro años (art. 10.2, *in fine*, LDAT y 1.301 C.c.), o exigir al empresario que ejecute el contrato de acuerdo con la información precontractual que se le ha facilitado (art. 8 LGDCU).

V. ¿Oferta vinculante?: oferta, obligación precontractual de información y contenido mínimo del documento informativo. Régimen de la oferta

Como hemos expuesto, en algunas leyes protectoras de los consumidores se utiliza como medio para obtener tal protección lo que se ha llamado “la técnica de las ofertas vinculantes”. En efecto, el artículo 16 LCC establece la obligación de redactar un documento con el carácter de oferta vinculante –pero no en todo caso, sino sólo si el consumidor lo solicita– y no señala su contenido mínimo. El artículo 3.2 LVC y el artículo 8 LDAT obligan a editar un documento informativo, que tendrá el carácter de oferta vinculante y señalan su contenido mínimo. Por su parte, el artículo 39.1 LOCM dispone que en las propuestas de contratación debe constar inequívocamente que se trata de una oferta comercial y el artículo 40 LOCM indica su contenido mínimo.

La similitud existente entre estos preceptos nos lleva a estudiar: a) qué sentido tiene la expresión “oferta vinculante”, y b) qué contenido debe tener el documento informativo para constituir una oferta.

A) El carácter vinculante de la oferta.

En cuanto a la primera cuestión, se han mantenido distintas opiniones. SANTOS MORÓN (70), al comentar el artículo 3 LVC, considera que en rigor no era necesario señalar ese carácter vinculante, pues “la propia naturaleza de la oferta contractual implica que, una vez aceptada, su contenido forma parte del contrato celebrado”. En definitiva, si se dice que el documento informativo tiene el carácter de oferta, ya no es necesario señalar que tiene carácter vinculante, pues toda oferta lo es.

no estaríamos ante un supuesto de incumplimiento del artículo 8.2 LDAT si el documento se ha emitido con todas las menciones que señala este precepto. En este caso acudiríamos al artículo 8 LGDCU.

(70) Ob. cit., p. 145 y “El folleto o programa informativo y la forma del contrato de viajes combinados”, *EC*, núm. 42, 1997, p. 34.

Para MARTÍNEZ ESPÍN (71), cuando la LVC habla de oferta vinculante se refiere a que el contenido de la oferta se integra en el contrato y pasa a formar parte del mismo. “La oferta contractual –señala este autor– puede revocarse hasta el momento de su aceptación, salvo que el oferente se haya obligado a mantenerla durante cierto período de tiempo.”

ALFARO ÁGUILA-REAL (72), estudiando el artículo 16 LCC, estima que no es correcto técnicamente calificar la oferta como vinculante, ya que toda oferta de contrato lo es; y si no lo es, no estaremos ante una verdadera oferta. Por ello considera más adecuado entender que el precepto se refiere a que la oferta tiene carácter irrevocable.

Por el contrario, otros autores se cuestionan si, a pesar de la letra de la ley, puede hablarse de verdadera oferta vinculante. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ y DIÉGUEZ OLIVA (73) examinan esta materia en relación a la LDAT. Parten de los requisitos que deben concurrir en la oferta: precisión en cuanto a los términos que constituyen la oferta, es decir, debe contener todos los requisitos del futuro contrato, e intención del oferente de quedar obligado y vinculado contractualmente, en caso de aceptación de la oferta. En su opinión, las menciones que, según el artículo 8.2 LDAT, deben constar en el documento informativo no son suficientes para entender que constan en la oferta todos los requisitos del futuro contrato y, por tanto, el folleto que sólo cumpla los mínimos datos informativos contenidos en el artículo 8.2 LDAT no constituye una verdadera oferta. Pero, además, no les parece que sea la voluntad del oferente, promotor, propietario o cualquier persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno, la de quedar vinculado contractualmente, sin más, ante la aceptación de un sujeto que hubiese solicitado información sobre esos derechos. ¿Cuál es, en su opinión, la verdadera naturaleza del documento informativo? Estiman que la verdadera naturaleza y el fin que ha de cumplir este documento es el de informar. Su contenido tiene fuerza vinculante, pero no como oferta contractual, sino como parte de la oferta y promoción de los derechos de aprovechamiento por turno, a efectos del artículo 8 LGDCU.

Como premisa para estudiar las diferentes cuestiones que se plantean debemos partir del concepto de oferta y de sus requisitos. La STS de 2 de febrero de 1990 dice que “la oferta en sentido técnico consiste en una declaración de voluntad dirigida por una de las partes a la otra con el fin

(71) *El contrato de viaje combinado*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, pp. 146 y 147.

(72) “Observaciones críticas al Proyecto de Ley de Crédito al Consumo”, *RDBB*, 1994, núm. 56, p. 1040.

(73) *Ob. cit.*, p. 262.

de concluir un contrato una vez se reciba la aceptación". GÓMEZ LAPLAZA (74) señala los siguientes requisitos: debe ser completa, debe haber intención de vincularse si sobre ella recae aceptación, debe ser una declaración de voluntad dirigida al o a los destinatarios (recepticia) y reconocible por éstos, y no exige forma determinada, aunque puede imponerse por disposición legal o por acuerdo de los contratantes.

Sobre la duración o caducidad de la oferta, la doctrina no mantiene una postura unánime. Para algunos autores, toda oferta lleva en sí, al menos implícitamente, un plazo de mantenimiento. Si no se ha establecido ningún plazo, habrá que entenderla vigente por todo el tiempo que la buena fe o los usos (art. 1.258 C.c.) impongan, según la naturaleza del contrato. En contra de este planteamiento, otros autores sostienen que, antes de que el contrato esté perfeccionado, la oferta puede ser retirada en cualquier momento, es decir, es revocable.

Como excepción, el oferente puede renunciar a su derecho a revocar la oferta. Por eso, nos dice Díez-PICAZO (75) que "en la oferta irrevocable hay verdadera renuncia o privación del derecho o facultad de revocar que el proponente tiene, por lo cual cualquier manifestación del oferente que quiera dejar sin efecto la oferta, cuando se hace en contradicción de la promesa de irrevocabilidad, resulta ineficaz. De esta suerte, si se produce una aceptación efectiva, aunque el oferente haya manifestado su voluntad de dejar ineficaz la oferta, existe contrato".

Cuando decimos que una oferta se mantiene o tiene carácter vinculante durante cierto período de tiempo caben dos interpretaciones, no excluyentes entre sí, sobre los efectos de tal vinculación:

a) Cabe entender que se trata de una oferta irrevocable, de forma que la fijación de un plazo afecta a la posición del proponente que, durante el plazo mínimo señalado en la oferta, no puede retirarla ni modificarla. Tal interpretación favorece al posible aceptante, que cuenta, durante cierto período de tiempo, con una oferta inamovible.

b) También se puede considerar que la fijación de un plazo de mantenimiento de la oferta sólo persigue señalar el período durante el cual es válida la aceptación del destinatario. Una vez transcurrido el período señalado, carece de validez la aceptación. Desde este punto de vista, la fijación de un plazo de vigencia de la oferta favorece fundamentalmente al oferente, dado que se limita el tiempo durante el cual puede emitirse la aceptación, pero él puede revocar su oferta en cualquier momento. En cierto modo, también beneficia al posible aceptante, puesto que conocer

(74) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1.º B, dirigidos por ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART, Edersa, Madrid, 1993, pp. 58-67.

(75) *Fundamentos...*, cit., p. 296.

el plazo durante el que ha de tomar su decisión (aceptar o no) aporta mayor seguridad jurídica que dejarlo indefinido y pendiente de fijación en virtud de las circunstancias del caso.

Se trata, en definitiva, de dos aspectos de la misma cuestión (76).

La cuestión a dilucidar es la de si los preceptos legales a que nos referimos, al hablar de oferta vinculante, se refieren o no a oferta irrevocable, y en caso de que no sea así, cuál es su sentido. Siguiendo a COCA PAYERAS (77), distinguiremos en este punto diversas hipótesis, tomando como criterio la predeterminación o no del plazo de vigencia de la oferta. Dentro de los supuestos en que se determina un plazo, cabe distinguir dos casos: aquellos en que tal predeterminación se hace por disposición legal y aquellos en los que se hace por el oferente.

a. Predeterminación legal del plazo de vigencia de la oferta.

En ciertos supuestos, la ley no sólo establece la vinculación de la oferta, sino que además fija un plazo mínimo de vigencia; así sucede en el artículo 6.1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que dispone: ***“La solicitud de seguro no vinculará al solicitante. La proposición del seguro por el asegurador vinculará al proponente durante el plazo de quince días”***. La doctrina mercantilista (78) no duda en considerar que estamos ante un supuesto de oferta irrevocable. El plazo se fija a favor del tomador del seguro, y por ello podrá ampliarse por el asegurador, pero no acortarse. Una vez transcurridos los quince días o el plazo más amplio concedido por el asegurador, deberá entenderse que la propuesta pierde sus efectos, salvo que el asegurador la quiera prorrogar en forma expresa o tácita. En definitiva, es la misma ley la que impone la irrevocabilidad durante cierto tiempo.

Esta consecuencia también nos parece razonable en el caso del artículo 16 LCC. Recordemos que este precepto dispone que ***“el empresario que ofrezca un crédito a un consumidor estará obligado a entregarle antes***

(76) Vid. MORENO QUESADA: “La oferta de contrato”, *RDN*, 1956, núms. 13-14, pp. 222 y 223.

(77) *Comentarios al Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 448 y 449.

(78) SÁNCHEZ CALERO: *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, dirigido por SÁNCHEZ CALERO, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 140 y autores citados en la n. 10 de la misma p.; ALFARO ÁGUILA-REAL: “Comentario a la STS de 2 de febrero de 1990”, en *CCJC*, enero-marzo 1990, núm. 22, p. 308. En la doctrina civilista cabe citar a COCA PAYERAS (ob. cit., p. 448), que lo menciona como ejemplo de predeterminación legal del plazo para no revocar la oferta. GÓMEZ LAPLaza (ob. cit., p. 8) se muestra más cauta y dice que en este caso se establece el mantenimiento de la oferta durante un plazo fijado legalmente como medio de defensa del destinatario.

de la celebración del contrato, si el consumidor así lo solicita, un documento con todas las condiciones del crédito, como **oferta vinculante, que deberá mantener durante un plazo mínimo de diez días hábiles desde su entrega**, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a él". El hecho de que se imponga el mantenimiento de la oferta y se señale un plazo, sumado a la finalidad de la norma –protección de los consumidores–, nos lleva a considerar que estamos ante una oferta irrevocable (79).

Sobre esta cuestión debemos referirnos al artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, elaborada en Viena el 11 de abril de 1980 y ratificada por Instrumento de 17 de julio de 1990, que dispone:

"1. La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación.

2. Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:

a) Si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o

b) Si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta."

DÍEZ-PICAZO (80), comentando este artículo, señala que "entre los tratadistas del Derecho continental europeo y, sobre todo, entre los autores alemanes, se ha entendido que la oferta en que el oferente fija al destinatario un plazo para la aceptación constituye un supuesto de oferta irrevocable, por considerar que en la fijación del plazo de espera para la aceptación se encuentra implícita la idea de irrevocabilidad durante ese plazo. Probablemente con mejores argumentos, la tesis del Derecho anglosajón ha sido justamente la contraria. El hecho de fijar un plazo para la aceptación significa someter a caducidad la posición del destinatario de la oferta, una vez transcurrido el plazo, pero no significa, por lo menos por sí solo, que el proponente limite su poder de revocar". La fórmula que se adopta en el artículo 16 trata de conciliar las dos posiciones, de forma que el mero señalamiento del plazo para la aceptación no hace por sí solo la oferta irrevocable, salvo que en el señalamiento del plazo fijo se pueda encontrar una voluntad o una objetiva declaración del carácter firme de la oferta durante el plazo fijado.

(79) En este sentido, SANTOS MORÓN: *Curso...*, cit., p. 145.

(80) *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998, pp. 176 y 177.

Por lo tanto, se considera dato determinante, aunque no único a favor de la irrevocabilidad, el señalamiento de un plazo. Para estimar que la oferta es irrevocable debe existir una voluntad en tal sentido, que en el artículo 16 LCC creemos que se deduce de la finalidad de la norma y de su propio tenor literal.

b. Falta de predeterminación legal del plazo de vigencia de la oferta.

A diferencia de la LCC, ni la LVC ni la LDAT señalan plazo de vigencia de la oferta, aunque las dos se refieren a la existencia de ofertas vinculantes (81). ¿Puede entenderse que estamos ante casos de ofertas irrevocables por disposición de la ley aunque no se haya fijado plazo?

Como apunta COCA PAYERAS (82), “es en las situaciones de falta de predeterminación de plazo que se plantea agudamente la cuestión de la retirada o desistimiento”. GÓMEZ LAPLAZA (83), al plantearse con carácter general qué sucede cuando se ha emitido una oferta irrevocable, pero sin fijar un plazo de duración, considera que “en principio, podría cuestionarse su verdadero carácter irrevocable, pues no parece dudoso que este tipo de ofertas requieren la fijación de un límite a su eficacia temporal. Por ello, si de la naturaleza del asunto o de lo usos no puede deducirse aquél, parece que, aplicando analógicamente el artículo 1.128, habría de dejarse a la determinación de los Tribunales”.

MORENO QUESADA (84) estima que si se renuncia a la facultad de revocar sin fijar un término de duración, esa renuncia es válida mientras dure la vigencia de la oferta. Pero si también la oferta se ha hecho sin plazo de opción, la oferta y por tanto la cláusula de irrevocabilidad estarán vigentes durante el tiempo que ha de considerarse implícito en toda oferta.

Ni el artículo 3 LVC ni el artículo 8.2 LDAT fijan un plazo de vigencia de la oferta. Tampoco establecen, como sucede en el artículo 16 LCC, la obligación del oferente de mantener la oferta durante cierto período de tiempo. Sólo se dice en el artículo 3.2 LVC que “*la información contenida en el programa-oferta será vinculante para el organizador o detallista del viaje combinado...*”, y en el artículo 8.2 LDAT, que deberá editarse “... *un documento informativo con el carácter de oferta vinculante...*” Quizá fuera preferible, *de lege ferenda*, haber establecido en estos supuestos la existencia de ofertas irrevocables, pero no ha sido así. Nos

(81) Vid. más arriba las notas 53 y 63.

(82) Ob. cit., p. 449.

(83) Ob. cit., p. 84.

(84) Ob. cit., p. 221.

parece más adecuado para interpretar estos artículos acudir a su finalidad: establecer una obligación precontractual de información. Su fin último es proteger a los consumidores para que conozcan de la forma más completa posible las condiciones del futuro contrato y pueda tener lugar una formación adecuada del consentimiento contractual. Además, se pretende que las condiciones –el contenido– de la oferta permanezcan en el contrato definitivo. Por lo tanto, la información contenida en la oferta es vinculante. Si el destinatario de la oferta la acepta, su contenido vincula al oferente y el consumidor puede exigir las prestaciones ofertadas si las establecidas en el contrato son menos favorables.

En definitiva, creemos que cuando se califica la oferta como vinculante sin señalar un plazo, únicamente se pretende el mantenimiento de la vigencia de su contenido como medio de defensa de su/s destinatario/s. No se añade una mayor protección para el consumidor que la que ya se deriva del régimen general de la oferta, que por definición y para que tenga el carácter de tal ya es vinculante. Sobre esta cuestión, señala el Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de febrero de 1990, para un supuesto de contrato de seguro, que es requisito esencial de la oferta la vinculación del oferente. Sin embargo, puntualiza certeramente ALFARO ÁGUILA-REAL (85), “lo característico de la oferta contractual no es su carácter vinculante para el que la emite, sino su aptitud para vincularlo si sobre ella recae la aceptación”. Además, y ahí es donde se halla el verdadero instrumento para hacer realidad la protección a los consumidores sobre vinculación del contenido de la oferta, el artículo 8 LGDCU les permite exigir las condiciones y garantías ofrecidas en ella, aunque no figuren expresamente en el contrato celebrado y, en consecuencia, obtener una prestación acorde con lo ofrecido en la información precontractual, exigiendo el mantenimiento del contenido de la oferta.

Por lo que se refiere a la posible revocación, y siempre que el oferente no hubiera manifestado de manera expresa su voluntad de reputarla irrevocable, habrá que aplicar el régimen general, y por ello la oferta podrá ser revocada en cualquier momento. Ahora bien, hemos de tener en cuenta que, tratándose de ofertas al público (las más frecuentes en la contratación con consumidores), “puesto que la oferta ha suscitado una expectativa en un círculo muy amplio de personas, la revocación debe destruir esa expectativa con la misma amplitud, es decir, extendiéndose a la totalidad del círculo afectado. Es exigible, por ello, que la revocación se haga en la misma forma y con la misma publicidad con que hubiera sido hecha la oferta” (86).

(85) *Comentario...*, cit., p. 308.

(86) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 290.

Si el oferente no ha señalado un plazo máximo de vigencia de la oferta para aceptar, se plantea la cuestión de determinar cuál es el período de tiempo durante el cual ha de estimarse válida la aceptación emitida por el destinatario de la oferta. Ante el silencio del Código sobre este punto, nuestra doctrina ha mantenido dos posturas: bien que el oferente debe retirar su oferta, y si no lo hace así, siempre que no concurra otra causa de extinción, su vigencia puede ser indefinida y la aceptación, cualquiera que sea el momento en que se realice, perfeccionaría el contrato; o bien que, a falta de señalamiento del plazo por el oferente, habrá que acudir para fijarlo a lo que es normal en el uso de los negocios, teniendo en cuenta la naturaleza y circunstancias de la oferta, que deberán apreciarse en cada caso por los tribunales. Estas mismas soluciones son aplicables a las ofertas de viajes combinados y de derechos de aprovechamiento por turnos realizadas sin plazo máximo de vigencia.

También a las ventas a distancia reguladas en la LOCM. El artículo 39.1 LOCM no califica la oferta de vinculante. Sólo exige que conste inequívocamente en todas las propuestas de contratación que se trata de una oferta comercial, pero no era necesaria ninguna precisión más: su carácter vinculante se fundamenta en la atribución del carácter de oferta y la integración de las condiciones de la oferta en el contrato definitivo dispuesta por el artículo 8 LGDCU.

c. Predeterminación voluntaria del plazo de vigencia de la oferta.

Sobre esta cuestión son muy diversos los sistemas seguidos por las distintas leyes que estamos examinando. En la oferta de contrato sometida a la LVC y a la LDAT el oferente puede señalar o no el plazo de vigencia de la oferta; y si lo fija, es libre para determinar su duración (87). Para las ventas a distancias, el legislador no señala un plazo fijo de vigencia de la oferta, pero sí exige al oferente la predeterminación voluntaria del plazo, pues entre las menciones que deben figurar en la información precontractual señala *“el plazo de validez de la oferta y del precio”* (art. 40.1.h LOCM). Si se trata de un contrato sometido a la LCC, se señala un plazo mínimo y por eso el oferente puede fijar un plazo, no inferior pero sí superior, al señalado en el artículo 16 LCC.

(87) La disposición adicional primera, I, 1.º LGDCU, establece que, a los efectos previstos en el artículo 10 bis de ese mismo cuerpo legal, tendrán la consideración de abusivas *“las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual...”*. Este precepto no es aplicable a los supuestos que estudiamos, que son aquellos en que la oferta se realiza por el profesional (que es quien redacta el documento informativo), sino que se refiere a los casos en que el empresario señala el plazo para aceptar o rechazar una oferta realizada por la otra parte.

El problema surge cuando se establece el plazo de vigencia de la oferta, pero sin señalar si durante el mismo cabe o no la revocación: ¿es un plazo de irrevocabilidad o es sólo un plazo para que se realice una aceptación válida?

Si se trata de un contrato sometido al ámbito de la LVC o de la LDAT, creemos que cabe trasladar la opinión de MORENO QUESADA, quien, con relación al régimen general de la oferta en el Código civil, considera que el simple establecimiento de un plazo de vigencia de la oferta no implica una renuncia al derecho de revocar en ese tiempo, sino que habrá que atender para determinarlo al tenor de la oferta, dejando esta apreciación, por ser una cuestión de hecho, a la consideración del juez, “sin olvidar la circunstancia de que esta renuncia, por ser materia de interpretación restrictiva, ha de resultar, como dice el Tribunal Supremo, clara y terminante, “sin que sea lícito deducirla de expresiones de dudosa significación ni de párrafos fragmentarios de un documento” (88).

En el mismo sentido se manifiesta GÓMEZ LAPLAZA, que se plantea esta cuestión al comentar el artículo 1.262 C.c. En su opinión, el mero establecimiento de un plazo de vigencia de la oferta “no tiene por qué suponer en todos los casos la limitación del poder de revocación por parte del oferente, aunque será lo más habitual” (89).

Esta misma conclusión nos parece la adecuada para las ofertas de venta a distancia sometidas a la LOCM, que se refiere sólo a “*plazo de validez de la oferta*”, no a plazo de irrevocabilidad.

Si se trata de un contrato sometido al ámbito de la LCC, el plazo fijado es superior al plazo legal de irrevocabilidad del artículo 16, y del tenor de la oferta no se deduce lo contrario, considero que habrá que estimar que todo plazo es de irrevocabilidad. La opinión contraria, es decir, considerar que sólo es irrevocable durante el plazo mínimo señalado por la ley, y no por el tiempo que lo excede (90), produciría una importante inseguridad jurídica en los destinatarios de la oferta, que confiarían en el carácter uniforme de todo el plazo.

(88) Ob. y loc. ult. cit.

(89) Ob. cit., p. 82. Esta es también la opinión de Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 297.

(90) Por ejemplo, si se fija un plazo de vigencia de la oferta de veinte días, cabría estimar que, durante los primeros diez días hábiles desde la entrega del documento informativo (ex art. 16 LCC), no cabe la revocación, pero después y hasta que finalice el plazo de veinte días sí es libremente revocable.

d. Excepciones al carácter vinculante de la información contenida en la oferta.

Finalmente, queremos referirnos a las excepciones al carácter vinculante de la información contenida en la oferta. No se refieren a esta cuestión la LGDCU, ni la LOCM, ni tampoco la LDAT. Sí lo hace el artículo 3.2 LVC, que dispone que no es vinculante en dos supuestos: 1.º) si se hizo constar en el propio folleto la posibilidad de modificación y se comunica claramente su verificación al consumidor, por escrito, antes de la celebración del contrato, y 2.º) si la modificación se produce mediante acuerdo escrito de las partes contratantes.

En el primer caso nos hallamos todavía en la fase precontractual. Si, como hemos visto, la oferta es revocable y sólo está obligado el oferente a mantener las condiciones contenidas en ella antes de que recaiga la aceptación, como sucede en cualquier otra oferta –siempre que por disposición legal o por declaración del oferente no se establezca su irrevocabilidad–, creemos que esta posibilidad de modificación o de retirada de las condiciones inicialmente ofrecidas es consecuencia de la aplicación de las reglas generales. Lo que añade este precepto como medida protectora de los destinatarios de la oferta es la necesidad de que conste por escrito la posibilidad de que se modifique, y supone que si se da esa advertencia, el consumidor no podrá exigir el cumplimiento de las condiciones contenidas en el documento informativo.

En el segundo supuesto, la modificación se produce tras la celebración del contrato y la falta del carácter vinculante del contenido de la oferta se debe al acuerdo de las partes contratantes. Los motivos por los que cabe esa modificación por parte de la agencia y los derechos que nacen a favor del consumidor se regulan en el artículo 8 LVC (91).

En definitiva, en los dos casos se excluye el carácter vinculante de la oferta y se priva al consumidor de la posibilidad de exigir la integración publicitaria del contrato conforme al artículo 8 LGDCU, dado que ha sido el mismo consumidor, mediante advertencia en la oferta por parte

(91) Artículo 8 LVC: Modificación del contrato: 1. “En el supuesto de que, antes de la salida del viaje, el organizador se vea obligado a modificar de manera significativa algún elemento esencial del contrato deberá ponerlo inmediatamente en conocimiento del consumidor.

2. En tal supuesto, y salvo que las partes convengan otra cosa, el consumidor podrá optar entre resolver el contrato sin penalización alguna o aceptar una modificación del contrato en el que se precisen las variaciones introducidas y su repercusión en el precio. El consumidor deberá comunicar la decisión que adopte al detallista o, en su caso, al organizador dentro de los tres días siguientes a ser notificado de la modificación a que se refiere el apartado 1 de este artículo. En el supuesto de que el consumidor no notifique su decisión en los términos indicados, se entenderá que opta por la resolución del contrato sin penalización alguna.”

del oferente o por acuerdo escrito con el organizador o detallista, quien ha aceptado la modificación de las condiciones ofertadas.

¿Cabe extender estas excepciones al carácter vinculante de la información contenida en la oferta a los demás supuestos no regulados por el artículo 3.2 LVC?

Esto nos lleva a plantear en qué medida es deseable la admisión de un pacto, aunque sea escrito, por el que el empresario empeore las condiciones recogidas en la información precontractual que proporcionó al consumidor. Hemos de tener en cuenta que tal pacto podría tener la consideración de cláusula abusiva, a los efectos del artículo 10 bis LGDCU, por constituir “*la imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor*” (disp. adic. 1.^a, II, núm. 14 LGDCU). Como ha puesto de relieve –acertadamente en nuestra opinión– PASQUAU LIAÑO, “excluir la eficacia vinculante de la publicidad por la regulación contradictoria de sus aspectos en el contrato celebrado supondría dejar en manos del vendedor –o suministrador de servicios– dicha exigibilidad; podría, efectivamente, utilizar la publicidad engañosa como reclamo para la celebración del contrato, y celebrarlo en condiciones diferentes, a lo que normalmente se avendrá el consumidor, quien no querrá perder el tiempo en ir a otro establecimiento a adquirir el mismo producto o servicio” (92).

Sobre esta cuestión es muy significativa la STS de 14 de junio de 1976, que consideró que la integración publicitaria no estaba excluida del contrato de compraventa de una máquina por el hecho de que se uniese a ella una placa en la que constase su rendimiento, placa que por otra parte no era conocida por el adquirente hasta que llegó a su poder. El TS protege al adquirente de la máquina porque, “aun tratándose del mismo modelo, no da el mismo rendimiento que se anunciaba en la propaganda fotográfica y gráfica unida a los autos que cumple la función de una oferta, que vincula al vendedor..., oferta por la que se guió el comprador; sin que afecte al caso lo que diga en cuanto a su rendimiento la placa unida a la máquina, que era desconocida por completo por su adquirente hasta el momento de llegar a su poder, ya que aquél se atuvo exclusivamente, como ocurre siempre en estos casos, a los datos consignados públicamente en la oferta, sin duda con ánimo de captación a través de la propaganda; oferta que no ha sido cumplida”.

Por otra parte, el artículo 16 LCC establece el carácter vinculante de la oferta, “*salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a él [el empresario]*”.

(92) *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, cit., p. 166.

En nuestra opinión, el sentido de este precepto reside en que se permite la revocación de la oferta, si media un cambio extraordinario de las circunstancias en que se realizó ésta y las existentes antes de que finalice el plazo de irrevocabilidad, y siempre que tal cambio no sea imputable al oferente. Por lo tanto, no estamos ante dos causas de revocación –cambio extraordinario de circunstancias y cambio no extraordinario, pero no imputable al empresario–, sino ante una sola en la que han de conjugarse esos requisitos. En este sentido creemos aplicable la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* para valorar qué variación de circunstancias permitirá justificar la revocación.

En los demás supuestos en que exista una oferta irrevocable, ¿cabe mantener que es posible la revocación por cambio de las circunstancias que sirvieron de base para formular la oferta? GÓMEZ LAPLAZA (93), dada la falta de apoyo positivo, estima que, puesto que lo que importa de la oferta irrevocable es la valoración de las circunstancias con el juego de los principios de confianza y autorresponsabilidad, no parece haber inconveniente en estimar que no se puede exigir vinculación al oferente cuando el cambio sustancial de las circunstancias pudiera conocerlo el destinatario. Cosa distinta sería que el cambio fuera previsible y, por ello, el oferente hubiera asumido el riesgo.

B) Oferta y contenido mínimo del documento informativo.

Otra cuestión de gran trascendencia es la de determinar si el folleto informativo tiene siempre el carácter de oferta, o sólo a veces; si esto sucede así, cabe plantearse: ¿cuándo constituye una oferta?, ¿sólo si contiene todas las menciones recogidas en la ley?, ¿sólo es vinculante cuando tiene el carácter de oferta?

Lo primero que hemos de dilucidar es si el documento informativo siempre tendrá el carácter de oferta por imperativo legal, con independencia de su contenido. Nuevamente hemos de volver sobre sus requisitos, concretamente el primero de ellos: el de que la oferta sea completa. Sobre esta cuestión señala DíEZ-PICAZO (94) que “en la doctrina tradicional se solía exigir, para la existencia de una genuina oferta de contrato, que la declaración del oferente fuera completa, de manera que en ella se encontraran determinados los elementos de futuro del contrato, aunque en algunos casos el carácter completo ha sido referido solamente a los llamados elementos esenciales del negocio (...). Para favorecer la celebración de los contratos, el tradicional requisito del carácter completo se

(93) GÓMEZ LAPLAZA: ob. cit., p. 85.

(94) *Fundamentos...*, cit., p. 285.

sustituye modernamente por el más matizado de la “suficiente precisión”. En consecuencia, creemos que sólo cuando el documento informativo contenga todos los elementos esenciales del contrato podrá calificarse como oferta contractual. Cuando no fuese así, creemos con DE LA HAZA DÍAZ (95) que no tendrá el carácter de oferta. Sin embargo, sí será de aplicación el artículo 8 LGDCU en la medida en que tenga el carácter de promoción o publicidad, y, por lo tanto, el contenido de ese documento pasará a integrar el contrato tal como se señala en ese precepto.

Cuestión distinta es la relativa al contenido mínimo señalado por el artículo 40.1 LOCM, el artículo 8 LDAT y el artículo 3 LVC.

GÓMEZ LAPLAZA (96) se pregunta si puede sostenerse que la no inclusión de determinadas menciones privaría a la oferta de su carácter de tal. A su juicio, “la respuesta no es fácil, pues aunque pudiera considerarse que en tales casos no reuniría el requisito de ser completa, las consecuencias que de ello pudieran derivarse no parecen aceptables respecto de la protección del consumidor. En efecto, el supuesto oferente no quedaría vinculado a pesar de la declaración de aceptación del consumidor al cual le puede interesar el contrato. Parece preferible entender que existe oferta y, si hay aceptación, contrato, permitiendo, en su caso, al consumidor, y sólo a él, la impugnación de modo fácil y sin gastos”.

Para DE LA HAZA DÍAZ (97), “cuando falte información sobre cualquiera de los extremos que legalmente deben constar en el folleto publicitario, pudiéndose considerar, sin embargo, que en tal folleto constan los elementos necesarios para que pueda ser considerado oferta contractual, porque se concretan sus elementos esenciales y porque contiene los datos necesarios para que el consumidor sepa qué está contratando, la agencia quedará vinculada”. Ello no impide que la falta de información sobre cualquiera de los extremos del artículo 3.1. LVC, con independencia de que aludan o no a elementos esenciales, genere responsabilidad para la agencia (98).

(95) Ob. cit., p. 108. Continúa señalando esta autora, con relación a la LVC, que si la persona que desea contratar el viaje combinado acude directamente a la agencia de viajes para informarse sobre tal elemento esencial que no consta en el folleto informativo y contrata con la agencia, la información contenida en el folleto se puede considerar que ha pasado a formar parte de la oferta contractual y vinculará a la agencia como si desde el primer momento hubiera contenido la oferta contractual. Si el cliente, tras informarse del elemento contractual que no figuraba en el folleto informativo, no concluye el contrato de viaje combinado con la agencia, no cabe hablar de vinculación de ésta, pero si el cliente demuestra que se le ha causado algún perjuicio (cosa rara) podrá pedir su reparación tratándose de responsabilidad extracontractual.

(96) Ob. cit., p. 106, n. 124.

(97) Ob. cit., p. 105.

(98) DE LA HAZA DÍAZ (loc. ult. cit.) señala, a título enunciativo, ciertos extremos que no pueden ser calificados como elementos esenciales en una oferta de viaje combinado: la indicación de la categoría o situación de los alojamientos que se van a utilizar, su clasificación turís-

SANTOS MORÓN (99) considera que el folleto que, conteniendo los elementos esenciales, omite alguno de los extremos que deben constar con carácter obligatorio por mandato del artículo 3 LVC, es equiparable a una oferta de contrato, si bien vulnera ese precepto. En definitiva, se produce un incumplimiento del deber precontractual de información por parte de la agencia detallista o de la organizadora.

En mi opinión, si el folleto contiene los elementos esenciales del contrato definitivo, tendrá el carácter de oferta. Pero si, a pesar de contener tal información sobre sus elementos esenciales, omite la información sobre otros extremos que, sin tener carácter esencial, deben constar por imperativo legal en el documento informativo, ese folleto o documento informativo mantiene su carácter de oferta, por ser completo, pero se producirá un incumplimiento del deber precontractual de información, lo que dará lugar a las consecuencias que examinaremos más adelante, y será de aplicación el artículo 8 LGDCU.

Si el folleto informativo tiene el carácter de oferta, porque contiene la información suficiente sobre los elementos esenciales del contrato, tendrá tal consideración aunque el anunciante manifieste que carece de ella, porque “la calificación jurídica de una manifestación y las consecuencias que ésta produce no pueden quedar al arbitrio de una de las partes, en este caso, el oferente, por las expectativas que genera en la otra” (100).

VI. El incumplimiento de los deberes precontractuales de información

Se incumple la obligación de información cuando no se entrega el documento informativo, se omiten en todo o en parte los extremos señalados por la ley como contenido mínimo de la información precontractual o alguno de éstos es inexacto, es decir, la información suministrada, siendo completa, no se ajusta totalmente a la realidad.

Como hemos visto, sólo la LOCM y la LDAT prevén expresamente las consecuencias que se derivan del incumplimiento del deber precontractual de información. Por ello, en los demás supuestos, habrá que acudir a la LGDCU y ante cualquier vacío de ésta remitirnos al régimen general del Código civil. Examinemos cuáles son las consecuencias que se derivan de la aplicación de ese régimen.

tica, el número de comidas que se van a servir, la información sobre los pasaportes o formalidades sanitarias, el calendario para pagar el precio aplazado...

(99) *El folleto o programa informativo...*, cit., p. 28.

(100) DE LA HAZA DÍAZ: ob. cit., p. 106.

A) Vicios del consentimiento y contenido mínimo.

Puesto que la obligación precontractual de información persigue la formación correcta del consentimiento del contratante, el consumidor podrá solicitar la anulación del contrato cuando la falta o el defecto de la información haya viciado ese consentimiento por error o dolo. Además, cabe exigir la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el consumidor.

A estas cuestiones se refiere la SAP de Córdoba de 14 de diciembre de 1993, que resolvió el recurso interpuesto por los actores contra una entidad bancaria sobre reclamación de cantidad, por considerar que no habían sido suficientemente informados sobre la cuantía de ciertas comisiones. Dice la sentencia que “el problema que se plantea es el de la posible nulidad de la convención, la cual sólo puede ser originada por defecto de información que haya determinado el consentimiento viciado por error o dolo. El error ha de ser relevante y excusable, notas que no se dan en los demandantes, de profesión abogado e ingeniero; sólo versa sobre la cuantía de la comisión de devolución que no esperaban fuera tan exagerada; no existe dolo en el demandado cuando las circulares del Banco de España (...) sólo exigen que en el tablón de anuncios se aluda a que las tarifas estén a disposición de quien las pida”.

También se afronta en la SAP de Barcelona de 13 de marzo de 2000. El demandante reclamaba a la entidad bancaria demandada una indemnización por los daños y perjuicios que, como consumidor, se le habían irrogado como consecuencia de la información suministrada por la entidad bancaria, a raíz de la oferta pública de adquisición de valores previa a su exclusión de cotización en el mercado bursátil. El demandante estima que los hechos dan origen a responsabilidad extracontractual de la demandada como consecuencia del incumplimiento del deber de información, pues considera que esa falta de información ha viciado su consentimiento. El Juzgado de 1.^a Instancia admite la demanda. La sentencia es recurrida en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que estima el recurso y desestima la demanda, por apreciar que no existió conducta engañosa o inveraz que hubiera conformado un consentimiento viciado en el accionista demandante. Considera que la información suministrada por la entidad bancaria fue la correcta, pues fue formulada en las condiciones legalmente autorizadas.

Cabe plantearse si la omisión de cualquiera de los extremos que deben ser mencionados obligatoriamente en el documento informativo permite apreciar ya la existencia de dolo o de un error relevante.

Con relación a la posible existencia de dolo, dice el artículo 1.269 C.c. que “*hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte*

de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho". La doctrina ha señalado como requisitos del dolo "el comportamiento engañoso (elemento objetivo), el ánimo de engañar para obtener la declaración –*animus decipiendi*– (elemento subjetivo), la producción del engaño o error y que éste determine la declaración" (101). El comportamiento engañoso puede ser positivo (actuación engañosa) o negativo (omisión). En este caso se habla de reticencia dolosa, que consiste en "el callar consciente de un contratante cuando según la ley o la buena fe le es obligado manifestarse" (102), y, como apunta ALBALADEJO, "el simple silencio, para constituir una conducta dolosa, requiere que exista, por la razón que sea, un deber de informar" (103).

En los casos que estudiamos ciertamente existe un deber de informar, y por ello, la omisión de alguna de las informaciones que exige la ley puede constituir, en principio, un comportamiento engañoso determinante de la existencia de dolo. Pero, además, es precisa una intención de engañar para obtener la declaración. La exigencia de este requisito nos lleva a rechazar la posibilidad de que la omisión de alguna de las menciones exigidas por la ley determine una presunción a favor de la existencia de este vicio del consentimiento, pues tal elemento subjetivo requiere, valga la redundancia, una intención del sujeto. Puede omitirse alguna mención sin que exista intención de engañar por parte del oferente. Por todo ello, estimamos con ROJO AJURIA que no todo incumplimiento de una obligación de información implica la existencia de un dolo vicio, porque no siempre presupondrá la existencia del *animus decipiendi* (104).

En cuanto a la posible existencia de error vicio, recordemos que éste ha de ser esencial o relevante –de forma que sin él no se habría emitido la declaración de voluntad (art. 1.266 C.c.)– y excusable. Sólo cuando concurren estos requisitos existe error vicio. En consecuencia, la mera omisión de cualquiera de las menciones exigidas por la ley no determina necesariamente la existencia de este vicio en la declaración de voluntad. Sólo cuando se omita alguna de tales menciones y esas omisiones sean relevantes podremos decir que hay error vicio (105).

(101) ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, t. I, 15.^a ed., Bosch, Barcelona, 2002, p. 618.

(102) MORALES MORENO: *Comentarios al Código civil...*, cit., p. 387.

(103) Ob. cit., p. 620.

(104) Ob. cit., pp. 282 y 302.

(105) Sin pronunciarse a favor de una u otra postura, SANTOS MORÓN (*El folleto o programa informativo...*, cit., p. 29) sugiere que cabe mantener "que la omisión de la información relativa a alguno de los extremos enumerados en el artículo 3 LVC no necesariamente va a determinar la existencia de un error relevante. Ahora bien, si el fundamento de la imposición legal de un deber precontractual de información es el garantizar la correcta formación del consentimiento del consumidor, podría entenderse que el legislador ha considerado todos y cada uno de los aspectos relacionados con el artículo 3 LVC como de importancia decisiva para que

En definitiva, aunque la ley señale un contenido mínimo para el documento informativo, la omisión de alguno de esos extremos obligatorios no permite entender en todo caso que el contratante haya sufrido un error o dolo que permita invalidar el consentimiento. Sólo concurrirán estos vicios de la voluntad cuando efectivamente se cumplan todos los requisitos que exigen tales figuras, y para su valoración deberán tenerse en consideración las circunstancias del caso. Además, hemos de tener en cuenta el artículo 26 LGDCU, que dispone que ha de informarse sobre aquellos extremos que sean precisos según la naturaleza del producto o servicio. Todo ello deberá ponderarse a la hora de valorar la posible existencia de vicios del consentimiento.

B) Otras consecuencias del incumplimiento.

El consumidor podrá acudir al artículo 8 LGDCU en aquellos casos en que la omisión de la información que exige la ley pueda ser equiparada a la falta de certeza de la misma. SANTOS MORÓN (106) pone el siguiente ejemplo: “piénsese en el supuesto en que no se hace constar en el folleto informativo editado por una agencia de viajes que el precio de las excursiones proyectadas en el lugar de destino ha de abonarse por separado y no está incluido en el importe global. O en el supuesto en que la empresa que comercializa derechos de aprovechamiento por turno no hace constar en el documento informativo correspondiente que, una vez adquirido el derecho, deberá pagarse anualmente cierta cantidad a la empresa encargada del mantenimiento del inmueble. O también, en el supuesto en que en la oferta de venta a distancia no se hace referencia a los gastos de transporte del bien a adquirir. Tanto en un caso como en otro la falta de información ocasiona el mismo resultado que si la información relativa al precio fuese incierta o inexacta: el consumidor creerá que el importe total del viaje, el precio global del derecho de aprovechamiento por turno o el importe a abonar por la adquisición del bien es inferior al real”.

También cabe la posibilidad de ejercitar la facultad resolutoria del artículo 1.124 C.c., siempre que se den los presupuestos necesarios para ello; así se admitió por el TS en su sentencia de 26 de junio de 1999, que apreció la resolución del contrato en base al artículo 1.124 C.c. por in-

el consumidor pueda efectuar una adecuada elección. Desde este punto de vista, el error que recaiga sobre cualquiera de los extremos que deben ser obligatoriamente mencionados en el programa informativo constituiría un error relevante y legitimaría al consumidor a ejercitar la acción de anulabilidad del contrato”.

(106) *Curso...*, cit., p. 149.

cumplimiento del contenido del folleto publicitario. Los hechos fueron los siguientes: Una sociedad promotora en sus folletos publicitarios ofreció la venta de unas viviendas en construcción; en tales folletos constaba que se instalarían en las mismas determinados servicios y calidades y una piscina que se construiría en el espacio ubicado entre los dos bloques de la urbanización. Don César D. suscribió el oportuno contrato de compraventa, en el que se estipuló que el precio se pagaría a plazos. El contrato contemplaba muy someramente las calidades y las características del inmueble, pero sin hacer referencia alguna a la construcción de la piscina, según la sociedad promotora, porque la fecha de finalización de la citada piscina no se podía concretar en el momento de la firma del mismo, habida cuenta de que ésta pertenecía a las dos fases de la urbanización, y en el momento de la firma del contrato se pactó verbalmente con el actor, así como con el resto de los compradores, siendo admitido en ese momento sin ningún tipo de objeción. Pero para el comprador fue determinante el contenido de los impresos de propaganda difundidos por la empresa promotora.

A la entrega de los pisos resultó que los elementos y servicios de la vivienda del comprador adolecían de ciertas deficiencias y, además, la piscina no se había construido. Por todo ello, D. César D. formuló demanda contra la sociedad promotora, en la que solicitaba la resolución de la venta y la condena a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta de la adquisición, más los intereses legales correspondientes, a lo que se opuso la demandada, al tiempo que formulaba reconvencción sobre reclamación del pago de los plazos del precio que habían quedado insatisfechos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó totalmente la demanda y desestimó la reconvencción. La Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto por la demandada, lo que posteriormente ratificó el Tribunal Supremo tras resolver el correspondiente recurso de casación.

El TS tiene como hecho acreditado, no revisable en casación, que “ambas partes pactaron la entrega de una vivienda con las calidades especificadas y recogidas en los folletos publicitarios”, y que “para la adquisición de la vivienda fue determinante la publicidad proporcionada al comprador”. En consecuencia, se estima como cuestión fáctica la integración del contrato de compraventa de la vivienda con los extremos anunciados en los folletos publicitarios. En la fundamentación jurídica de la sentencia no hace ninguna manifestación sobre el particular. Sólo declara carente de toda base la alegación que hizo la parte recurrente-venDEDORA en torno a la infracción de los artículos 1.091 y 1.278 C.c., por estimar que fue precisamente esta parte la que no se atuvo a la obligatoriedad de cumplir lo convenido en el contrato, pero en el fundamento

jurídico 4.º se afirma que “es innegable que el comprador se encontraba facultado en orden a instar la resolución de aquél (el contrato de compraventa), en los términos establecidos en el artículo 1.124 C.c.” (107).

También cabe pedir el resarcimiento de los daños causados por culpa *in contrahendo* como consecuencia del incumplimiento del deber precontractual de información (108), sin olvidar que el consumidor también puede ejercitar su derecho de desistimiento en los términos señalados en cada caso, ya que para el ejercicio de tal facultad no se precisa alegar ninguna causa justificativa (109).

Además el incumplimiento puede dar lugar a sanciones de carácter administrativo. También cabe la posibilidad de aplicar el artículo 4 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, si la información contenida en la publicidad puede calificarse como engañosa (110).

(107) Vid. BLANDINO GARRIDO: “El carácter vinculante del folleto publicitario y la resolución del contrato derivada de su incumplimiento (Comentario a la Sentencia del TS de 26 de junio de 1999)”, *Rev. de Derecho Patrimonial*, 2000-1, núm. 4, p. 217.

(108) Como es sabido, es muy discutida la cuestión del fundamento de la responsabilidad precontractual. Básicamente cabe distinguir dos tesis: la contractualista, que sostiene la naturaleza contractual de esta responsabilidad, y la extracontractualista, que considera que su fundamento se halla en el artículo 1.902 C.c.

(109) Artículos 44 LOCM, 9.4 LVC y 10 LDAT. La LCC no concede al consumidor el derecho de desistimiento. ANDREU MARTÍ (*Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, cit., p. 452) se lamenta de tal omisión, pues considera que la concesión de este derecho habría generado importantes beneficios, especialmente en la lucha contra las cada vez más habituales situaciones de sobreendeudamiento.

(110) Artículo 4 LGP: “*Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.*”

Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.”

Vid. CORRAL GARCÍA: “La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad”, *AC*, 2000-4, pp. 399 y ss.

Bibliografía

- ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. I, 15.^a ed., Bosch, Barcelona, 2002.
- ALBERICI: "Il dovere precontrattuale di buona fede", en *Rass. dir. civ.*, 1982.
- ALFARO ÁGUILA-REAL: "Observaciones críticas al Proyecto de Ley de Crédito al Consumo", *RDBB*, 1994, núm. 56.
- "Comentario a la STS de 2 de febrero de 1990", *CCJC*, enero-marzo 1990, pp. 590 y ss.
- ALONSO PÉREZ: "La responsabilidad precontractual", *RCDI*, 1971.
- ANDREU MARTÍ: *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coordinado por BOTANA GARCÍA y RUIZ MUÑOZ, Mc Graw Hill, Madrid, 1999.
- ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Vizcaya, 1989.
- AVILÉS GARCÍA: "Ordenamiento comunitario y reformas del Derecho de la contratación en España", *Noticias de la Unión Europea*, 1996, núm. 134, pp. 29 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Derecho de consumo. Panorama actual", *Aranzadi civil*, núm. 2 (abril 2000).
- *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y LEGUINA VILLA, Tecnos, Madrid, 1997.
- BETTI: *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953.
- BLANDINO GARRIDO: "El carácter vinculante del folleto publicitario y la resolución del contrato derivada de su incumplimiento (Comentario a la Sentencia del TS de 26 de junio de 1999)", *Rev. de Derecho Patrimonial*, 2000-1, núm. 4, pp. 215 y ss.
- BONJEAN: "Le droit à l'information du consommateur", en *L'information en droit privé*, 1978.
- BOTANA GARCÍA: "Los contratos a distancia y la protección de los consumidores", *EC*, 1998, núm. 46, pp. 61 y ss.
- *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coordinado por BOTANA GARCÍA y RUIZ MUÑOZ, Mc Graw Hill, Madrid, 1999.
- CHARDIN: "Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté", *LGDJ*, París, 1988.
- COCA PAYERAS: *Comentarios al Código civil*, t. I., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- CORRAL GARCÍA: "La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad", *AC*, 2000-4, pp. 399 y ss.
- D'AMICO: "*Regola di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*", Napoli, 1996.
- DE LA HAZA DÍAZ: *El contrato de viaje combinado. La responsabilidad de las agencias de viajes*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, 4.^a ed., Civitas, Madrid, 1996.
- "Prólogo" a la obra *Principio general de la buena fe*, de WIEACKER, 1982.

- DÍEZ-PICAZO: “¿Una nueva doctrina general del contrato?”, *ADC*, 1993, pp. 1707 y ss.
- *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998.
- FERRI, L.: *Lezioni sul contratto*, Bologna, 1982.
- GALGANO: *Il negozio giuridico*, Milán, 1988.
- GARCÍA CANTERO: “Integración del Derecho de consumo en el Derecho de obligaciones”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 13, 1992, pp. 37 y ss.
- GARCÍA RUBIO: *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.
- GHESTIN: *Traité de Droit civil. Le formation du contrat*, 3.^a ed., LGDJ, París, 1993.
- GÓMEZ CALERO: *Régimen jurídico del contrato de viaje combinado*, Dykinson, Madrid, 1997.
- GÓMEZ CALLE: “Los deberes precontractuales de información”, *La Ley*, Madrid, 1994.
- GÓMEZ LAPLAZA: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1.º B, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, Edersa, Madrid, 1993.
- GRISI: *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.
- JUSTE MENCÍA: “Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario europeo (Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997)”, *La Ley*, 1997-6, pp. 1615 y ss.
- LE TOURNEAU: *De l'allègement de l'obligation de reinsegnement ou conseil*, “Recueil Dalloz”.
- LLOBET I AGUADO, J.: *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE: “Trascendencia del principio de protección de los consumidores en el Derecho de obligaciones”, *ADC*, 1994-I, pp. 31 y ss.
- “Las nuevas coordenadas del Derecho de la contratación”, *AC*, 1994, pp. 243 y ss.
- MARTÍNEZ ESPÍN: *El contrato de viaje combinado*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999.
- MESTRE: “Des limites de l'obligation de renseignement”, *Rev. Tr. Dr. Civ.*, 1986.
- MORALES MORENO: *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988.
- “El dolo como criterio de imputación de la responsabilidad del vendedor por los defectos de la cosa”, *ADC*, 1982, pp. 591 y ss.
- *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1-B, dirigidos por ALBALADEJO, Edersa, Madrid, 1993.
- MORENO QUESADA: “La oferta de contrato”, *RDN*, 1956, núm. 13-14, pp. 107 y ss.
- MORRONDO MARTÍN: *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coordinado por BOTANA GARCÍA y RUIZ MUÑOZ, Mc Graw Hill, Madrid, 1999.
- MUNAR BERNAT: *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coordinado por BOTANA GARCÍA y RUIZ MUÑOZ, Mc Graw Hill, Madrid, 1999.
- MUSIO: *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Edizioni Scietitiche Italiane, Napoli, 2001.

- NÚÑEZ NÚÑEZ: "Reflexiones acerca de la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 38, abril-junio 2001.
- ORTÍ VALLEJO: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SALAS HERNÁNDEZ, Civitas, Madrid, 1992.
- PANTALEÓN PRIETO: "Bromas y veras sobre un siglo de Derecho civil", *El Derecho español en el siglo XX*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- PASQUAU LIAÑO: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SALAS HERNÁNDEZ, Civitas, Madrid, 1992.
- PÉREZ GARCÍA: *La información en la contratación privada*, Instituto Nacional de Consumo, 1990.
- PICOD: "Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat", *LGDT*, París, 1989.
- PIGNATARO: *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.
- QUESADA SÁNCHEZ Y RUIZ-RICO RUIZ: *Multipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la Ley sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno*, Civitas, Madrid, 2000.
- QUIÑONERO CERVANTES: "El dolo omisivo", *RDP*, 1979, pp. 345 y ss.
- REALMONTE: "Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nella attività di intermediazioni mobiliare", en *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, t. 2, Milano, 1994.
- ROJO AJURIA, L.: *El dolo en los contratos*, Civitas, Madrid, 1994.
- RUIZ MUÑOZ: *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coordinado por BOTANA GARCÍA y RUIZ MUÑOZ, Mc Graw Hill, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ CALERO: *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, dirigido por SÁNCHEZ CALERO, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ y DIÉGUEZ OLIVA: *Multipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la Ley sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno*, Civitas, Madrid, 2000.
- SANTOS MORÓN: *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coordinado por BOTANA GARCÍA y RUIZ MUÑOZ, Mc Graw Hill, Madrid, 1999.
- "El folleto o programa informativo y la forma del contrato de viajes combinados", *EC*, núm. 42, 1997, pp. 23 y ss.
- VISINTINI: *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padua, 1972.

LA LEY FORAL NAVARRA PARA LA IGUALDAD JURÍDICA DE LAS PAREJAS ESTABLES (*)

JOSÉ JAVIER CASTIELLA RODRÍGUEZ

Notario

SUMARIO: **I.** EL CONCEPTO DE FAMILIA. **1.** Sociológicas. **2.** Jurídicas. **3.** Psicológica. **II.** LEYES MODIFICADAS. **1.** Usufructo de fidelidad. **2.** Orden de llamamientos a la sucesión legal. **3.** Incapacidad para ser contador-partidor. **III.** LEYES INMODIFICADAS. **1.** Limitaciones derivadas de las segundas nupcias. **2.** Adopción.

Al comentar la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, la primera cuestión que se suscita es la motivación, justificación y necesidad en el Derecho civil foral navarro de tal ley. En un reciente trabajo, NANCLARES VALLE (1) alude, como posi-

(*) El presente artículo es parte de un trabajo más amplio realizado con motivo del 25º aniversario del Foro Nuevo de Navarra, posteriormente actualizado.

(1) NANCLARES VALLE, J., *La adopción por parejas homosexuales en Derecho Navarro, comentario crítico al artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio*, publicado en Aranzadi,

ble motor legislativo, a un “prurito de política legislativa que lleva a los Parlamentos autonómicos a autoafirmarse frente al Estado”. Entiendo que, aparte de ésta, en la cadena de leyes autonómicas sobre esta materia, inciden motivos menos frívolos, pero no por ello más saludables para las respectivas Comunidades autonómicas.

En el caso de Navarra, respecto a la necesidad de la citada ley, hemos de recordar la característica elasticidad del Derecho navarro, a la que aludíamos al comienzo de este trabajo. La concreción de este principio o característica del Derecho civil foral navarro al supuesto que nos ocupa la contempla y estudia ARREGUI GIL (2). Dada la libertad de nuestro Derecho, los que quisieran vivir como pareja estable, sin contraer matrimonio, pueden:

1.º Establecer entre sí los pactos que crean convenientes para ellos, al amparo de las leyes 7 y 8 FN.

2.º Total libertad de disposición *mortis causa*, por vía testamentaria o contractual, conforme a las leyes. Como manifestaciones de la misma:

- Legítima formal, vacía de contenido económico, que permite designar heredero a cualquier persona con total libertad.
- Otorgar testamento de hermandad.
- Otorgar entre sí pactos sucesorios.
- Ordenar su sucesión por medio de fiduciarios comisarios, o establecer la fiducia sucesoria continuada.
- Nombrar herederos de confianza.
- Ordenar legado de usufructo universal.

Es decir, en el orden civil, los navarros tienen una omnímoda libertad, que les permite organizar su vida privada al margen de la institución matrimonial. También es cierto, no obstante, que una equiparación jurídica es cosa distinta a la libertad. El objetivo aquí no es garantizar la libertad de los individuos, sino la igualación de los efectos de las opciones que libremente elijan los mismos. Lo que ocurre es que, al legislar sobre los efectos, se está, se quiera o no, influyendo, mediatizando la de-

2001, p. 1, dice: “la intervención del legislador foral parecía inevitable y más que predecible, siquiera por ese prurito de política legislativa que lleva a los Parlamentos autonómicos a autoafirmarse frente al Estado y frente a las restantes autonomías mediante el ejercicio de su función creadora de normas. Navarra no podía ser menos que Aragón o Cataluña y es previsible que este mismo planteamiento lo asuman otras Comunidades con competencias legislativas propias en materia civil...”.

(2) Cfr. ARREGUI GIL, J., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXXVII, vol. 2.º, pp. 1644 y ss.

cisión libre de esos individuos. Las leyes tienen una indudable eficacia incentivadora o desincentivadora de conductas. Esta que ahora nos ocupa, en la medida en que, según tendremos ocasión de comprobar a lo largo de la exposición, genera agravios comparativos en favor de la pareja estable y en perjuicio del matrimonio, que, no se olvide, es la otra opción, a la hora de decidir cómo organizar la propia vida en esa importantísima faceta que es la familiar, está incentivando la opción pareja estable y desincentivando la opción matrimonio. Esto es algo que no se conoce el primer día de aplicación de una norma, es un efecto de producción lenta, pero inexorable. A través del progresivo conocimiento de la norma, de sus ventajas e inconvenientes, la ciudadanía se va orientando, pidiendo consejo sobre lo más práctico, cómodo y útil y sacando consecuencias. Vamos a intentar desentrañar el conjunto de efectos que ello produce.

La incidencia de la Ley foral de 3 de julio de 2000 en el Derecho civil foral navarro debe examinarse desde varias perspectivas (3). En el orden abstracto de los conceptos, en el concreto de las modificaciones normativas introducidas en las leyes del Fuero Nuevo, en el de las leyes inmodificadas con identidad de razón a las modificadas.

I. El concepto de familia

Hace tiempo que venimos padeciendo un fenómeno que podríamos calificar, sin temor a exageraciones, de terrorismo del lenguaje. Se trata de desvirtuar, degenerar, prostituir determinados conceptos, ligados al ideario que se pretende combatir, a base de utilizar la misma expresión con la que tradicionalmente han sido conocidos, para cosas distintas, cuando no antitéticas, a las que el concepto a combatir significa.

Así viene ocurriendo con el concepto que tradicionalmente se ha expresado con la palabra “amor” y la utilización sistemática de la misma palabra para expresar conceptos distintos, como la expresión “hacer el amor”, con el significado de realizar el acto sexual, con el agravante de la confusión porque, efectivamente, no se trata de cosas totalmente distintas en todos los casos, pero sí en muchos de ellos.

Algo parecido viene ocurriendo con el concepto que expresa la palabra “familia” en la legislación autonómica sobre parejas estables. Es

(3) Como indica VALLET DE GOYTISOLO, J., en *Sociedad de masas y Derecho*, Madrid, 1969, p. 254: “El jurista debe procurar remontarse en el espacio y en el tiempo y ver las cosas por arriba y por abajo, por la derecha y por la izquierda, por delante y por detrás, desde fuera y desde dentro, solas y en relación con las demás, quietas y en marcha, es decir, estática y dinámicamente, desde sus raíces en el pasado y hasta sus proyecciones futuras”.

curioso observar la evolución de los preámbulos de las leyes que regulan esta materia.

La primera, la catalana de 15 de julio de 1998, separa nítidamente la materia que regula, las parejas estables, del Código de familia, distingue la institución matrimonial del fenómeno sociológico de la unión de hecho en continuo aumento, lo cual justifica su regulación, pero separadamente.

La Ley aragonesa de 26 de marzo de 1999 da un paso importante en esta línea de la confusión conceptual al indicar, en el comienzo de su exposición de motivos, que “son muchos los países de la Unión Europea que, de una forma u otra, han ido adaptando sus respectivas legislaciones a este fenómeno convivencial, tendiendo a equiparar, total o parcialmente, a estas parejas con los matrimonios”.

La Foral navarra de 3 de julio de 2000 lleva a su culmen la ceremonia de la confusión conceptual, al iniciar su preámbulo con una referencia al artículo 39 de la Constitución, que indica la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, para manifestar a continuación que “no existe un modelo de familia determinado ni predominante, lo que hace necesaria una interpretación amplia de lo que debe entenderse por tal, consecuente con la realidad social y con el resto del articulado constitucional...”.

Este “sucedáneo foral de matrimonio civil”, en palabras de PULIDO QUECEDE (4), plantea, según este autor, además problemas constitucionales, ya que, en definitiva, regula una modalidad de unión legal, subtipo o forma matrimonial, que se compadece muy mal con las competencias constitucionales que ostenta Navarra en la materia, al ser la regulación de las formas del matrimonio una competencia exclusiva del Estado, conforme al artículo 149-1-8 de la Constitución. De hecho, en la actualidad, se halla en suspenso su eficacia, por impugnación ante el Tribunal Constitucional.

Más “honrada” intelectualmente resulta, en este sentido, la también reciente Ley francesa relativa al Pacto Social de Solidaridad (PACS), de 15 de noviembre de 1999, que introduce una terminología nueva para el fenómeno de nueva regulación, sin pretender integrarlo, a través de las palabras, en la apariencia de legitimidad de las instituciones matrimonial y familiar y diferenciándolo del concubinato.

Centrémonos en las diferencias de los conceptos. Entre el matrimonio y la familia resultante del mismo y las parejas estables existen tres tipos de diferencias que podemos explicar del siguiente modo:

(4) Cfr. PULIDO QUECEDE, M., “El sucedáneo foral del matrimonio civil”, *Diario de Navarra* de 2 de julio de 2000, p. 29.

1. Sociológicas.

— Las llamadas parejas estables son poco numerosas (4 por 100) frente al matrimonio (96 por 100) en la práctica española, al menos hasta 1999 (aunque, todo hay que decirlo, las propias leyes y otros factores de influencia social, que no hace al caso enumerar, tienen un efecto incentivador *nada desdeñable*) (5).

— Las llamadas parejas estables son poco estables, comparadas con el matrimonio, ya que el 50 por 100 de las mismas tiene una duración inferior a los cinco años.

— Las llamadas parejas estables son mucho menos fecundas que el matrimonio.

2. Jurídicas.

— El matrimonio se basa en un compromiso de futuro asumido por los cónyuges, que se concreta en un conjunto de derechos y obligaciones *que permiten al matrimonio y a la familia resultante del mismo cumplir con su función social*. Frente a ello, denominador común en todas las regulaciones de parejas estables es la falta de compromiso. Todas ellas incluyen como causa de extinción la decisión unilateral de cualquiera de los convivientes (6).

(5) Los datos del Instituto Nacional de Estadística respecto de parejas heterosexuales estables son de 30.340 en 1980 (sobre un total de más de diez millones de parejas heterosexuales), de 42.536 en 1985 y 89.501 en 1990. En 1996 pasan a 198.870, lo que supone un 1,65 por 100 del total de parejas heterosexuales. En todos los casos, el resto de parejas heterosexuales son matrimonios. Ello pone de relieve: la práctica inexistencia del fenómeno hasta 1980, la poca entidad del fenómeno en términos absolutos y el crecimiento progresivo desde esta década. Respecto a la explicación de dicha progresión, me parece muy interesante la reflexión de CANTERO NÚÑEZ, F. J., en obra colectiva *Instituciones de Derecho Privado*, Madrid, 2001, t. IV, Familia, vol. 1.º, p. 309, donde dice: "... por todo ello, la tesis sostenida por algunos autores de que el divorcio disminuye el número de uniones libres sólo es exacta en cuanto a aquellas que tienen su causa inmediata en la existencia del previo impedimento de ligamen, pero desde una perspectiva más amplia sus efectos son precisamente los de inclinar a los ciudadanos a la unión libre, al privar al matrimonio de alguno de sus rasgos más propios y esenciales, como es la radicalidad de un compromiso para toda la vida". Si tenemos en cuenta que la introducción del divorcio en España se produce en 1981, el diagnóstico resulta confirmado por la realidad estadística.

(6) La ausencia de compromiso jurídico es destacada por la doctrina como la radical diferencia entre el matrimonio y la unión de hecho. Entre otros, CANTERO NÚÑEZ, F. J., en obra colectiva *Instituciones de Derecho Privado*, Madrid, 2001, t. IV, Familia, vol. 1.º, p. 297; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid, 1996, p. 127, expone esta misma idea así: "... a diferencia de lo que ocurre en el matrimonio, en la unión paramatrimonial la comunidad de vida no es total, en cuanto no incluye la vida futura —asumida en el matrimonio por medio del compromiso—, sino únicamente la pasada y la actual".

— En un orden de ideas menos importante, pero no por ello irrelevante en la práctica (7), el matrimonio está sujeto a un proceso formal de

(7) La Ley foral navarra de parejas estables 6/2000, de 3 de julio, en su artículo 12-2.º, regula el régimen fiscal de las mismas en lo concerniente a los impuestos de sucesiones, transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. En este artículo se modifican doce normas del impuesto de sucesiones que podemos clasificar en dos grupos. Uno de ellos, compuesto por cinco de las normas modificadas, tiene como común denominador el que la alegación del hecho de constituir pareja estable supone un beneficio impositivo. En los otros siete casos, la prueba de dicha condición supone un perjuicio impositivo. Para no alargar la exposición pondré un ejemplo de cada caso.

La modificación del artículo 29-1.º añadiendo la frase "... o miembros de pareja estable" supone un evidente beneficio, ya que en dicha norma se declaran exentas determinadas sucesiones.

La modificación del artículo 40, por el contrario, supone que se extienden también a la pareja estable las presunciones de integración de bienes en la base imponible a la que se aplica el impuesto.

La Ley foral de parejas estables, al definir éstas en su artículo 2, no impone ningún tipo de prueba especial de su existencia, ni impone la inscripción en registro público alguno. Esto resulta lógico, ya que se trata de sancionar una situación de hecho, más que de regular un "matrimonio alternativo". Pero sobre estos hechos quisiera hacer algunas reflexiones y llamar la atención del lector sobre las consecuencias que de los mismos se derivan.

La primera consideración estriba en que, al no existir un medio obligado y normalizado de prueba, la demostración de la condición de pareja estable va a depender, en mucho mayor grado que en el matrimonio tradicional, de la voluntad de los integrantes de la misma que, obviamente, sólo la alegarán cuando les beneficie, en los cinco supuestos que antes señalaba, y, en cambio, va a constituir para la administración tributaria la llamada "prueba diabólica", esto es, de enorme dificultad, en los siete casos en que de la misma se van a derivar consecuencias fiscalmente gravosas para el miembro de la pareja estable.

Se me dirá que este desequilibrio normativo quedará anulado por la doctrina de los actos propios. En efecto, desde el momento en que, por convenirle fiscalmente, una persona alegue su condición de pareja estable del causante, tendrá que pasar por las consecuencias perjudiciales que de tal condición se deriven. Esto es cierto, pero no resuelve todos los casos previsibles, ni siquiera la mayoría. Más bien entiendo que cualquier persona medianamente informada "preparará" la prueba o falta de prueba oportunas, para conseguir el resultado tributario más favorable. Téngase en cuenta que la Ley foral comentada le da medios al respecto. Puede preconstituirse prueba de inmediato, conforme al párrafo segundo del artículo 2, por el simple expediente de declararlo así en documento público, sin necesidad de plazo alguno de convivencia. Puede alegarse o no, a voluntad, y el único medio de prueba fehaciente previsto por la ley depende de la voluntad de los componentes de la pareja estable y, aun existiendo, de no presentarse, será prácticamente imposible colegir su existencia para la administración tributaria.

La situación descrita provoca, por comparación con la resultante del matrimonio, una evidente discriminación en contra de éste, ya que la condición de casado y la prueba del matrimonio son obligadas, oficiales y no dependientes de la voluntad de los cónyuges. Por tanto, no cabe, en el caso de los casados, el margen de "maniobra" fiscal que acabamos de constatar en las parejas estables.

Podemos preguntarnos: Si esto es así, ¿cómo lo han regulado las dos Comunidades autónomas que han precedido a Navarra en la normativa de parejas estables?

En el caso de Cataluña el desequilibrio denunciado queda condicionado al desarrollo normativo de la ley. En efecto, la disposición final primera de la Ley 10/1998, de 15 de julio, establece que la Generalidad regulará por ley el trato fiscal específico que proceda a cada una de

acreditación que hace fehaciente y notoria su existencia, con total independencia de los cónyuges. Por el contrario, las parejas estables pueden acreditarse como tales o disolverse con una “maniobrabilidad” de prueba por parte de los convivientes mucho mayor.

3. Psicológica.

En este punto hay una diferencia radical de actitud entre el conviviente y el cónyuge, en la medida –ya se entiende– en que cada uno de ellos sea consciente de lo que antecede en el apartado anterior. Y la prueba de que suele serlo está, precisamente, en las diferencias sociológicas apuntadas en el apartado primero. Me refiero a la actitud característica del contrayente matrimonial: inversión personal de tiempo, energías, dedicación a la tarea, en definitiva, a la importancia que, en la escala de valores del contrayente matrimonial, tiene el matrimonio y a la apuesta consiguiente por sacarlo adelante: a pesar de las dificultades de convivencia, diferencias de carácter, y en medio de las incomodidades de la maternidad y la paternidad, crianza y educación de los hijos, esfuerzos económicos y un largo etcétera.

Frente a esta actitud, la presumible en el conviviente, que, pudiendo elegir el matrimonio, prefiere la fórmula de la pareja estable, es la de quien no apuesta tanto, no quiere compromiso.

Hay una pregunta insoslayable por muy incómodo que pueda resultar el planteársela: ¿Cuál de estos dos modelos es socialmente más apto para asegurar la renovación generacional de una sociedad, es decir, para procrear, criar y educar hijos?

Abstracción hecha de casos particulares, que los habrá para todos los gustos y tendencias, parece evidente que el modelo matrimonial lleva todas las de ganar. Pues bien, si esto es así, resulta de una frivolidad pasmosa pretender hacer de la igualdad el criterio rector único de la regulación de los efectos de uno y otro tipo de uniones.

las formas de unión a que hace referencia la citada ley, en cuanto al impuesto de Sucesiones y Donaciones, en lo referente a las adquisiciones por título hereditario.

En Aragón, el problema se evita en el artículo 2, párrafos 1.º y 2.º, de la Ley, que regula las parejas estables no casadas. En el párrafo primero se impone como obligatoria la escritura pública, recogiendo el correspondiente contrato de convivencia y en el párrafo segundo se señala que el contrato así formalizado no surtirá efectos frente a terceros mientras no se inscriba en el Registro autonómico especial que al efecto se cree. Con ello se resuelve el problema apuntado, aunque generando otros.

No deja de resultar chocante que una ley cuyo objetivo, según la exposición de motivos, es evitar “discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” y hace de la no discriminación principio normativo en su artículo primero, introduzca en el Ordenamiento navarro una clara discriminación, en perjuicio del matrimonio, respecto de la pareja estable.

Una interpretación sistemática conjunta de los artículos 10 y 39 de la Constitución, relativos al libre desarrollo de la personalidad, a la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos, nos lleva a proteger más al modelo que proteja más integralmente a los hijos. Hay que subrayar que ello no será nunca conculcatorio de la igualdad debida a las personas y de su derecho constitucional al libre desarrollo de su personalidad, ya que el propio artículo 10, cuando define este derecho constitucional del individuo, lo enmarca y limita en el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Pues bien, esos otros, especialmente necesitados de protección, dotados constitucionalmente de un derecho a la protección integral, son los hijos.

Si esto es así, el poder público, para conseguir el objetivo de la protección integral de los hijos, tendrá que promover más el modelo de familia en el que se cumpla más y mejor el mandato constitucional, y discriminar positivamente dicho modelo, sin que ello pueda ser interpretado como discriminación anticonstitucional de los individuos que libremente opten por otro modelo menos protector y, por tanto, menos protegido por los poderes públicos. Es más, si alguno de los modelos de familia resulta inadecuado para el cumplimiento del citado mandato constitucional de protección integral de los hijos, los poderes públicos tendrán la obligación de prohibir dicho modelo, en la medida en que produzca resultados anticonstitucionales.

Es el momento de sacar consecuencias. Las tres leyes autonómicas comentadas, en la medida que hacen, de la equiparación al matrimonio, el eje de la regulación de las parejas estables, están promoviendo, como iguales, modelos que no lo son; están, por tanto, arriesgando la protección integral de los hijos resultantes de esas uniones equiparadas. Uniones elegidas por quienes, amparados en la igualdad de protección legal dispensada por el legislador, cuando no atraídos por una mayor protección, se van progresivamente decantando por este modelo familiar de la pareja estable, frente a lo que sería de desear, en orden al cumplimiento del mandato constitucional de protección integral de los hijos. Un mandato de contenido muy preciso: que el mayor número posible de ellos sea procreado, criado y educado en las condiciones familiares más favorables a la consecución del objetivo constitucional.

Intencionadamente no he querido hacer mención a las parejas homosexuales. Creo que el movimiento *gay* tiene mucho que ver con estas iniciativas legislativas de las parejas estables, pero creo que es preferible, por respeto a los conceptos, separar ámbitos y el de la homosexualidad es, sin duda, un ámbito profundamente diferente.

II. Leyes modificadas

El artículo 11 de la Ley foral 6/2000 regula el régimen sucesorio de las parejas estables, introduciendo en el Fuero Nuevo tres modificaciones:

1. Usufructo de fidelidad.

Se añade un segundo párrafo a la Ley 253 FN, con la siguiente redacción: *“Se considera equiparada a estos efectos a la situación de cónyuge viudo el miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la ley”*.

Es sumamente discutible, y discutido (8), el criterio del legislador de regular esta materia con el afán de igualar en todo caso la pareja estable al matrimonio. De ello he dado cumplida cuenta en el epígrafe anterior, al que me remito. Ahora nos ocuparemos del estudio concreto de los problemas interpretativos que provoca la redacción material de la norma.

Al haberse limitado la ley a modificar únicamente la primera de las leyes que se ocupan del usufructo de fidelidad, dejando intacto el resto de la regulación, diseñada para matrimonio y no para pareja estable, se plantean, entre otras y sin ánimo exhaustivo, las siguientes cuestiones:

- Parece que la Ley 254 FN no tiene sentido aplicarla a la pareja estable, en la que no cabe la situación de separado, subsistiendo la pareja estable. No obstante, el artículo 4-d) y e) de la Ley 6/2000, al regular las causas de disolución de la pareja estable, admite que se den situaciones intermedias: pareja en la que uno de los miembros abandona unilateralmente, pero no notifica fehacientemente al otro (letra d); pareja en la que, habiendo cesado la convivencia, se produce el fallecimiento de uno de sus miembros sin que haya transcurrido un año desde tal cese (letra e). En ambos casos, legalmente subsiste la pareja estable (aunque, presumiblemente, en ninguno de ellos el fallecido tuviera la menor voluntad de conceder derecho sucesorio alguno al sobreviviente). Cabría asimilar estas situaciones a las de separación de hecho, no desde luego de derecho, reguladas en la Ley 254 FN. Sin embargo, el inciso segundo del número 1 de dicha ley concede, por exclusión, en estos casos, el usufructo de fidelidad al cónyuge, léase pareja, del infiel, incumplidor grave de los deberes familiares o autor de atentado contra la vida del otro. Por tanto, cabrá que el miembro de pareja estable, no conviviente, pue-

(8) Cfr. ARREGUI GIL, J., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXXVII, vol. 2.º, pp. 1642 y ss.

da reclamar el usufructo de fidelidad sobre los bienes del premuerto, siempre que en él concurren acumulativamente las siguientes circunstancias:

1. Hallarse en alguno de los supuestos de las letras d) o e) del artículo 6 de la Ley 6/2000.
 2. Concurrir en él alguna de las circunstancias previstas en el número 1 de la Ley 254 FN, a saber, haber sido abandonado por el otro miembro de la pareja, o demostrado la infidelidad, grave incumplimiento de los deberes familiares o atentado contra la vida del otro, por parte del otro miembro de la pareja.
- ¿La Ley 256 FN será aplicable al supuesto de que el premuerto haya constituido pareja estable previamente con descendencia de la misma? ¿Será aplicable al caso de que dicho miembro premuerto, después de un primer matrimonio con descendencia, constituya pareja estable? Argumentos para una contestación afirmativa: la asimilación se hace en la norma inicial y para toda la regulación; el fundamento de la norma, la protección de los hijos de la anterior unión, se da igualmente sean de pareja estable o de matrimonio, al menos con el criterio igualador que es la evidente *mens legislatoris*; en caso contrario se produciría una discriminación aleatoria, tanto de los hijos matrimoniales como de los extramatrimoniales, a todas luces injusta. Argumentos para una contestación negativa: la gran excepción al principio de igualdad con el matrimonio, en la ley de parejas estables navarra, la constituye, precisamente, la regulación sobre segundas nupcias, de la que, según veremos en el apartado siguiente, el legislador excluye la equiparación, al dejar inmodificadas todas las leyes relativas a las limitaciones derivadas de las segundas nupcias, de las que, ésta que comentamos, forma parte. La supuesta discriminación aleatoria no pasa de ser una simple reducción del ámbito material de aplicación de unas limitaciones que el legislador no ve con buenos ojos, limitación, por otra parte, respetuosa con el principio de no discriminación, puesto que afecta por igual a hijos matrimoniales como extramatrimoniales; discriminación no igualitaria se daría solamente en el supuesto de responder positivamente a una pregunta y negativamente a la otra, o viceversa.

De todos modos, la aplicación de cualquiera de los criterios expresados genera un cuadro de efectos prácticos que queda muy lejos de lo deseable, para una solución equilibrada de los intereses en juego.

- Parece evidente que, como tal usufructuario, el miembro de pareja estable sobreviviente tendrá todos los derechos que le otorga la Ley 258 FN, deberá cumplir las obligaciones que le impone la Ley 259 FN y le será de aplicación la Ley 260 FN.
- Más dudosa resulta la aplicación de la Ley 261-3 FN cuando establece como causa de extinción del usufructo de fidelidad el hecho de contraer el usufructuario nuevas nupcias, salvo pacto o disposición en contrario del cónyuge premuerto. La expresión “nuevas nupcias” parece que deberá incluir la pareja estable, pero ello no es seguro en el actual planteamiento de la reforma, ya que, tal como veremos en el apartado siguiente sobre “leyes inmodificadas”, el legislador ha excluido expresamente de la equiparación las ulteriores nupcias y este es un caso. Además, en este caso, la Ley 262-1 FN incide estableciendo la pérdida del usufructo de fidelidad, a petición de los nudo propietarios, si el usufructuario “viviera maritalmente con otra persona”. Parece que la pareja estable está contemplada en el último precepto citado, lo cual excluiría su aplicación en el 261-3. Nótese la diferencia. Aquí es necesario la iniciativa del nudo propietario. ¿Ello significa que el matrimonio extingue automáticamente el usufructo de fidelidad mientras que la pareja estable solamente a instancia del nudo propietario? Si esa es la conclusión estaremos ante una discriminación más en perjuicio del matrimonio o, lo que es lo mismo, ante una incentivación más, desde la ley, para preferir la pareja estable al matrimonio. También cabe entender, y por ello me inclino, que la Ley 261-3.º FN es aplicable indistintamente a las nuevas nupcias o pareja estable y que la Ley 262-1.º FN queda limitada, en su ámbito de aplicación, a los supuestos de convivencia marital que no constituyen pareja estable, bastantes posibles, que no hace al caso ahora enumerar.

2. Orden de llamamientos a la sucesión legal.

Se modifica el apartado 5 de la Ley 304 FN, que queda redactado como sigue: “5. *El cónyuge o pareja estable no excluido del usufructo de fidelidad conforme a la ley 254*”.

Es trasladable a este apartado la problemática examinada en el apartado anterior respecto de la Ley 254 FN.

3. Incapacidad para ser contador-partidor.

Se modifica la Ley 341, que queda redactada como sigue: “*No pueden ser contadores-partidores el heredero, el legatario de parte alícuota, el cónyuge viudo o el miembro sobreviviente de pareja estable por ley*”.

Como afirma ARREGUI GIL (9), la modificación de esta ley es una consecuencia lógica de la atribución de derechos sucesorios al miembro sobreviviente de pareja estable y, por tanto, coherente con el resto de la reforma introducida.

III. Leyes inmodificadas

La Ley 6/2000 ha supuesto la modificación de algunas instituciones del Derecho civil foral navarro, a pesar de no haber modificado literalmente ninguna de las leyes que las regulan en el Fuero Nuevo. Esto se ha producido respecto de dos instituciones: limitaciones derivadas de las segundas nupcias y adopción. Y se ha producido de modo diferente, que pasamos a examinar.

1. Limitaciones derivadas de las segundas nupcias.

Llamativamente, entre las leyes del Fuero Nuevo modificadas para adaptar éste al principio de equiparación de la pareja estable al matrimonio, echamos en falta la reforma de algunas en las que existe identidad de razón que en las modificadas, por cuanto su objeto normativo es el matrimonio. Me refiero especialmente a todas las que regulan las limitaciones por razón de segundas nupcias (10).

Esta omisión cabe interpretarla de dos modos. Una interpretación teleológica nos llevaría a considerar que, puesto que el principio programático de la nueva ley y del nuevo Derecho de Familia que con la misma se introduce, es el de la equiparación de la pareja estable al matrimonio, todas las limitaciones por razón de segundas o ulteriores nupcias deben entenderse igualmente aplicables a los miembros de parejas estables, de modo que sea indiferente, para la aplicabilidad de tales limitaciones, el hecho de que los sujetos de las mismas se hayan unido en matrimonio o en pareja estable.

(9) ARREGUI GIL, J., ob. cit. p. 1643.

(10) Estas limitaciones son de tres tipos: 1. En las Leyes 105 y ss. FN se impone al cónyuge viudo, antes de contraer nuevas nupcias, la obligación de liquidar, junto con los hijos de anterior matrimonio, la sociedad conyugal. De no hacerlo, se le impone la sanción consistente en que los hijos del primer matrimonio participarán en un tercio de las conquistas de la segunda unión. 2. La Ley 272 FN limita su libertad de disponer en el sentido de que los hijos de anterior matrimonio no deberán recibir menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio. 3. La Ley 274 FN impone al binubo la obligación de reservar a favor de los hijos de primer matrimonio todos los bienes que hubiera recibido por cualquier título lucrativo, a excepción de las arras, de su anterior cónyuge, de los hijos de dicha unión o de los descendientes de los mismos.

Pero también cabe una interpretación literal, por la que, puesto que no se modifican estas leyes, no debe entenderse referido su contenido normativo a los miembros de parejas estables. En apoyo de esta última postura vendrá el hecho de que, tratándose de normas limitativas, su interpretación debe ser restrictiva y que, habiendo modificado el legislador algunas leyes del Fuero Nuevo, tal como hemos visto en el apartado anterior, respecto de las no modificadas, habrá que distinguir: si se trata de leyes subordinadas o interdependientes con otra modificada, como ocurre con las que regulan el usufructo de fidelidad, deberemos plantearnos, como lo hemos hecho, hasta qué punto la modificación de la norma madre afecta a las de ella dependientes. Pero en el presente caso no se ha modificado ninguna de las normas que regulan las limitaciones por razón de segundas nupcias, ni tampoco ninguna otra del Fuero Nuevo, de la que éstas puedan aparecer como subordinadas.

De todo ello cabe deducir que no serán asimilables al matrimonio las parejas estables y, si esto es así, la conclusión que se impone es la de que estamos ante un nuevo caso de agravio comparativo al matrimonio, ya que, *contraerlo, supone someterse a un régimen jurídico más restrictivo.*

El reequilibrio de esta situación pasa o bien por la eliminación de las limitaciones derivadas de las segundas nupcias, o en la extensión expresa de las mismas a los supuestos de pareja estable. Pero mientras este reequilibrio no se produzca, cuando los clientes vengan a nuestros despachos a consultar, se llevarán la impresión, desgraciadamente verdadera, de que el legislador navarro incentiva la pareja estable y penaliza el matrimonio.

2. Adopción.

El Fuero Nuevo se ocupa de la adopción en las leyes 73 y 74. En dichas leyes se contienen unas pocas normas y, en lo demás, se remite al Código civil o leyes especiales. Entre esas pocas normas está la relativa a la capacidad para adoptar, de la que se dice que se regirá por las leyes generales. Pues bien, la Ley foral 6/2000, sin modificar las leyes citadas, introduce una profunda modificación en la institución de la adopción, al admitir la aptitud para ser adoptantes, tanto de las parejas estables heterosexuales como las homosexuales (11).

(11) Esta ley tiene como único precedente conocido la Ley autonómica valenciana de la infancia, de 5 de diciembre de 1994, en cuyo artículo 28 se lee: *"no será en ningún caso considerada una medida discriminatoria para conceder una adopción el tipo de convivencia familiar por el que hayan optado libremente aquellos o aquellas que soliciten la adopción"*. Cito literalmente la norma porque de lo oscuro y ambiguo de su redacción se deduce que no hay una intencionalidad directa de admisión de la adopción por parejas homosexuales. Puesto que la

Comenzaremos por recordar algunas ideas básicas sobre la adopción. Como institución supletoria de la patria potestad, la adopción está diseñada para la protección de los menores en situación de desamparo. De esta idea se deduce el que no existe un “derecho a adoptar”, sino, lo que es muy distinto, “capacidad legal para adoptar”, esto es, aptitud para asumir una función tuitiva del menor desamparado (o del mayor, en los casos previstos legalmente), que, en cambio, sí tiene el derecho a ser protegido mediante la adopción. Por ello no puede plantearse la aptitud para adoptar como una reivindicación de ningún hipotético adoptante o grupo social de hipotéticos adoptantes (12).

Como señala MÉNDEZ PÉREZ (13), “si el legislador puso cada vez mayor énfasis en equiparar, hasta conseguirlo, la adoptiva a la filiación por naturaleza, la normalidad de las cosas y su propia naturaleza y el principio *adoptio imitatur naturam* imponen que las adopciones realizadas por dos personas lo sean por parejas formadas por un hombre y una mujer,

adopción en Valencia se rige por la legislación civil del Estado, conforme al inciso inicial del mismo precepto, los “aquellos o aquellas” que soliciten la adopción no pueden ser otros que los que indica el artículo 175 C.c.

En el Derecho comparado tampoco existe precedente a la Ley navarra. Todas las leyes sobre parejas de hecho de los países nórdicos en la década de los noventa (Ley danesa de 1989; Noruega de 1993; Sueca de 1994) excluyen de la adopción a las parejas de hecho. Lo mismo hace, por omisión, la Ley francesa sobre el pacto civil de solidaridad. La Ley danesa de 2 de junio de 1999 da un paso en esta dirección al permitir al miembro de una pareja registrada adoptar al hijo biológico del otro componente de la misma, pero sigue siendo una postura mucho más restringida que la navarra.

Las Resoluciones del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 y 16 de marzo de 2000 instan a los países miembros a la total equiparación jurídica de las parejas del mismo o de distinto sexo, con expresa alusión a la posibilidad de adoptar en la primera de ellas.

El único país que se ha hecho eco de esta recomendación ha sido Holanda, donde el Senado aprobó una ley en diciembre de 2000 por la que las parejas homosexuales pueden adoptar niños holandeses (para evitar problemas jurídicos con otros países) y siempre que los padres adoptivos hayan vivido juntos al menos tres años. En EEUU la adopción de niños por personas del mismo sexo está admitida en los Estados de New Jersey, Connecticut (mayo de 2000) y Vermont (julio de 2000). Nótese, no obstante, que, en este mismo período de tiempo, han sido también tres los estados: Louisiana, Arizona y Arkansas que han aprobado una ley sobre los “Covenant Marriages”, cuyo objetivo es reforzar el vínculo matrimonial, es decir, actuar en una línea diametralmente opuesta a la disgregación institucional resultante de las anteriores.

(12) Esta obviedad debe recordarse a la vista de lo que se dijo, en la sede del Parlamento navarro, con ocasión del debate y aprobación de la Ley foral 6/2000, que comentamos. Concretamente, en el diario de sesiones correspondiente al 22 de junio de 2000, p. 19, se lee la siguiente intervención del Sr. Alli Aranguren, a propósito de la adopción por parejas homosexuales: “Que una persona soltera, sea cual fuere su orientación sexual, tenga reconocida la posibilidad de adoptar, y cuando unas personas solteras deciden establecer esta nueva forma de pareja estable **pierdan un derecho** (la negrita es mía) que tenían en la situación anterior, da la impresión de que el derecho no es de la persona, sino de su estado social, cosa que evidentemente resulta absurda”.

(13) MÉNDEZ PÉREZ, J., *La adopción*, Bosch, marzo de 2000, p. 74.

que normalmente constituyan o estén en condiciones de constituir una familia, y de asumir, en el seno de la misma, el importante rol que al padre y a la madre, respectivamente, corresponde desempeñar frente a la descendencia y, en lo que aquí tratamos, frente a los menores adoptados”.

Por su parte, LASARTE ÁLVAREZ (14) estima que “... la adopción debería promoverse sobre todo cuando los adoptantes constituyeran ya una pareja estable, de hombre y mujer, que garantizara al adoptado el complemento vital que para todo niño representan la visión “paterna” y “materna”, dada la diferenciación psicológica existente entre hombre y mujer”.

En similar sentido y orientación, la práctica totalidad de los autores que se han ocupado de la materia últimamente (15).

Entrando ya en el estudio de la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, constatamos que en su artículo 2 define la pareja estable como “*la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual...*”, y en su artículo 8-1.º dice así: “*Artículo 8. Adopción. 1.– Los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio*”.

Es llamativa la mala técnica empleada, que lleva a prohibir lo menos autorizando lo más. En este sentido nótese que la ley limita la posibilidad de adoptar a las parejas “*de forma conjunta*” y para el resto de los casos se remite al Código civil. Si se trata de adoptar un miembro de la pareja homosexual al hijo de su compañero/a, nos encontraremos fuera del ámbito de este precepto. Tendremos que acudir al artículo 178-2.º C.c., que excluye expresamente, para este caso, el que pueda el conviviente del mismo sexo que el progenitor adoptar al hijo de éste.

La adopción, como hemos visto, es una institución de protección del menor. Está diseñada, por tanto, en beneficio del adoptado. Ello nos obliga a hacer la siguiente pregunta: La adopción por parejas estables homosexuales, ¿beneficia al menor adoptado o, por el contrario, puede generar respecto del mismo una situación de riesgo o desamparo, en los términos técnicamente acuñados por la ley (16)?

(14) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Madrid, 1997, t. VI, p. 362.

(15) Como autores que recientemente se han ocupado del tema, cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., ob. cit.; NANCLARES VALLE, J., ob. cit., p. 7; ARREGUI GIL, J. J., ob. cit., pp. 1626; LÓPEZ BURNIOL, “La ley catalana de uniones estables de pareja”, *Revista jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1999, p. 670; GARCÍA CANTERO, F. J., *Instituciones de Derecho Privado*, ob. colectiva, t. IV, vol. 1.º, p. 291.

(16) La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su exposición de motivos dice: “De innovadora se puede calificar la distinción, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y de desamparo, que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública. Mientras en las situaciones de riesgo,

Para tratar con rigor esta cuestión debemos, por extraño e inseguro que nos resulte, adentrarnos en el complejo mundo de la homosexualidad y la influencia del ambiente familiar en el niño. Al ser estas cuestiones extrajurídicas, determinantes de la solución correcta a la pregunta antes enunciada y, simultáneamente, muy cargadas en la actualidad de orientaciones interesadas, no resulta fácil el análisis de las mismas.

Respecto de la homosexualidad, cabe señalar que constituye una realidad sumamente compleja, con un denominador común que es la inclinación sexual hacia personas del mismo sexo, con causas muy diferentes y grupos resultantes igualmente muy diversos entre sí.

Atendiendo a las causas que la originan, debemos distinguir dos grandes grupos:

a) Teorías innatistas, que pretenden la existencia de un elemento innato, genético, determinante de la orientación sexual homosexual, lo que conllevaría la normalidad de tal tendencia. Conllevaría asimismo la ineficacia total de la terapia psicológica para salir de la homosexualidad. Supondría también que, en caso de gemelos monozigóticos, ambos o ninguno tendrían tal tendencia, ya que su carga genética es la misma.

De ser cierta esta explicación, podría defenderse que la homosexualidad es una circunstancia jurídicamente irrelevante en orden a la formación, desarrollo y educación del niño. Ello porque el niño/a sería o no homosexual con absoluta independencia de la influencia que sobre el mismo pudieran ejercer sus padres adoptivos. El movimiento *gay*, promotor y defensor a ultranza de esta teoría, saca de la misma, además, otras consecuencias de más calado: siendo así las cosas, la homosexualidad habría de aceptarse como algo normal, que está en la naturaleza de las cosas y de modo tal que el que el niño crezca y se desarrolle como homosexual no debe verse como algo negativo o a evitar.

b) Teorías psicológicas, según las cuales las causas habría que buscarlas más bien en alguna o algunas alteraciones en el desarrollo del individuo, como consecuencia de circunstancias familiares, ambientales, culturales y, por supuesto, personales del sujeto. Ello significaría que existe una teórica terapia de salida de la homosexualidad hacia la heterosexualidad, directamente proporcional en su eficacia a la precocidad en el diag-

caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquélla se concreta en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria”.

nóstico, la actitud del sujeto ante la cuestión, la profundidad de la desviación por haber sido secundada y generado hábitos, etc. Supondría asimismo la consideración científica de la homosexualidad como una desviación sexual, respecto de la sexualidad prevista con carácter de normal por la naturaleza, sin que ello signifique hacer juicios de valor moral.

De ser cierta esta segunda hipótesis, tendríamos que plantearnos la convivencia del adoptando en un ambiente homosexual como claramente desaconsejable, por suponer, en la terminología al uso, más que una situación de riesgo, una situación de desamparo para el menor que, en su desarrollo, estaría sometido a factores de influencia muy intensos, los que corresponden al rol de padres, por parte de personas con una desviación que, voluntariamente o no, trasladarían al menor.

Son abundantes los intentos realizados en los últimos años por dar carta de naturaleza científica a la primera de las hipótesis enunciadas. Se ha llegado a publicar por un investigador del Instituto Nacional del Cáncer en Estados Unidos, DEAN HAMER, un trabajo, varias entregas, entre los años 1993 y 1995, en el que se defiende que en el cromosoma X (que llega siempre al varón desde el patrimonio genético de su madre), y concretamente en la región Xq28 de su brazo largo, estaría presente alguna suerte de gen que proporcionaría al varón la "gaynicidad", una especie de tendencia homosexual innata. Sus estudios suscitaron sospechas de manipulación, dieron lugar a una investigación confidencial del Office of Research Integrity y, como consecuencia de la misma, quedó absolutamente devaluado el mensaje que con dichos "descubrimientos" se pretendía hacer llegar a la sociedad.

Ha habido otros muchos intentos en la misma línea: SIMON LEVAY, investigador y dirigente del movimiento *gay* de California, que ha estudiado el encéfalo de varones sexuales fallecidos de sida; MICHAEL BAILEY y RICHARD PILLARD, con investigaciones sobre gemelos. Común denominador a las conclusiones de los trabajos de todos ellos es que, en el ámbito científico, han sido ampliamente contestados, de modo que otros autores, de los mismos hallazgos, deducen una interpretación diferente, cuando no opuesta. En este sentido, el estudio seriamente científico del genoma humano podrá ser un elemento de gran ayuda en un futuro próximo.

Si atendemos a las teorías psicológicas (17), es pacíficamente admiti-

(17) De los autores consultados pueden citarse, como más importantes: VAN DEN AARDWEG GERARD, J. M., *Homosexualidad y esperanza*, Eunsá, 1997. En él, el autor parte de que la homosexualidad no es un estado constitutivo de la persona, sino adquirido en alguna de las fases del desarrollo sicosomático de la persona. Explica terapia y aciertos conseguidos. MA-

do que, entre las causas de la homosexualidad, existen algunas que son importantes para centrar la cuestión que nos ocupa y cuya explicación, dicho sea de paso, supone aclarar la falta de voluntariedad del homosexual en el origen de su orientación sexual, esto es, la inimputabilidad moral de la misma (18). Vamos a centrarnos, por brevedad, en una de ellas.

En el proceso de determinación psicológica del sexo hay un momento importante en el que se puede producir una disociación entre el sexo biológico y el sexo psicológico. Se sitúa entre los tres y los seis años. En este período se produce el posicionamiento personal del niño/a respecto de su propio sexo. Como consecuencia, fundamentalmente de factores educativos de su entorno familiar o ambiental, el niño/a puede “equivocar” su sexo psicológico respecto del biológico. Ello genera la disociación entre el sexo genético y biológico, de un lado, y el psicológico, de otro, esto es, un tipo de homosexualidad de muy difícil desarraigo, por hundir sus raíces en una etapa anterior al uso de razón. Le convierte en víctima de un error, de una decisión hurtada a su libertad todavía no nacida, que le condicionará el resto de su vida en una faceta muy importante como es la sexual.

En la familia tradicional este tipo de desviación resulta excepcional, como lo es el que el tipo de imagen corporal, trato y contactos con el niño/a le induzcan a error. Pero el sentido común me dice que, entre parejas estables homosexuales, lo que es excepción en la familia tradicional, se convierte en regla general.

Mi pregunta es esta: La adopción por parejas homosexuales, ¿no supone, para el adoptado, una discriminación en el sentido indicado respecto de los demás niños que se educan en familias o ambientes no homosexuales? Ello supondría la inconstitucionalidad de la ley foral comentada, por contraria a lo dispuesto en los artículos 9 y 14 de la Carta Magna: libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de ... cualquier condición o circunstancia personal o social.

El derecho a la igualdad jurídica de las parejas estables tiene como límite el derecho a la igualdad jurídica de los adoptandos.

NUEL DE SANTIAGO, profesor de Endocrinología en la Universidad Autónoma de Madrid, autor de un trabajo denominado *Lo innato y lo adquirido en la homosexualidad*, Madrid, 1996. En él se alude a la explicación científica de ese 2-5 por 100 de individuos de expresión homosexual, como alteración o fallo de los mecanismos biológicos. VILHELM STEKEL, *Psychosexueller Infantilismus*, Urban & Schwarzenberg, Viena 1992, que explica la homosexualidad como un “infantilismo síquico”. NICOLSI, J., *Reparative therapy of Male Homosexuality*, 1991, Jason Aronson, Northvale, NJ.

(18) Cuestión, por cierto, que tiene muy claramente expuesta la Iglesia católica en su Magisterio. Consultar al respecto la “Carta *homosexualitatis* problema”, de la Congregación para la Doctrina de la Fe, de 1 de octubre de 1986.

Decíamos antes que, en orden a la comprobación científica de las teorías innatistas, será de gran utilidad el estudio exhaustivo del genoma humano, ya completo y en estudio actualmente. Mientras este momento llega, por elemental prudencia, parece que, en la duda, la sociedad debe inclinarse a considerar la opción de mayor protección del adoptando, recordando una vez más que la adopción no constituye un derecho del adoptante, sino del menor y que, desde esta óptica, no ofrece duda que la fórmula más segura para el adoptando, en la situación actual de la ciencia, es la tradicional, sin perjuicio de estar abiertos, en el futuro, a cualquier avance de la ciencia.

Seguramente estas y otras razones, que desbordarían la extensión de este escrito, han llevado al resto de los legisladores autonómicos a no ser tan “progresistas”.

SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA

(Ley 7/2003, de 1 de abril) (*)

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS

Notario Honorario

A) El porqué de la reforma

La razón remota de esta reforma no es otra que vestir a la moda. Dicho de otro modo: la adaptación de nuestra legislación a las directivas comunitarias.

Este camino se inició con la nueva Ley de SRL (Ley 2/1995, de 23 de marzo) que introdujo una mayor flexibilidad en el régimen jurídico de este tipo social (sociedad cerrada en la que conviven elementos personalistas y capitalistas).

Desde entonces –y estamos siguiendo a la Exposición de Motivos de la nueva Ley–, en el seno de las instituciones europeas, se ha continuado trabajando en la mejora y simplificación de las condiciones necesarias para la creación de empresas. Son hitos de este camino:

— La Recomendación, presentada el 22 de abril de 1997 por la Comisión Europea, relativa a la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas (97/344/CEE);

(*) Circular núm. 55, de 6 de mayo de 2003, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares.

— la creación por la Comisión Europea, por mandato del Consejo Europeo de Amsterdam de 1997, del grupo operativo para la simplificación del entorno empresarial (Grupo BEST);

— la aprobación en abril de 1999 del “Plan de acción para remover el espíritu empresarial y la competitividad” (Plan de acción BEST);

— la “Carta Europea de la Pequeña Empresa” (Carta de Feira), adoptada en junio de 2000 por mandato del Consejo Europeo de Lisboa. En esta carta, los Estados miembros se comprometen a forjar un marco jurídico y administrativo que propicie la actividad empresarial a través de una puesta en marcha menos costosa y más rápida. Consecuencia de ello fue la aprobación por el Consejo del “Programa plurianual a favor de la empresa y el espíritu empresarial, en particular por las PYME”, vigente para el período 2001-2005, siendo su objetivo fundamental simplificar y mejorar el marco administrativo y reglamentario de las empresas para favorecer su creación;

— la Resolución del Parlamento Europeo 2002/0079, sobre la Estrategia para el pleno empleo, que urgió a los Estados miembros a apoyar el uso de formularios estándar, así como el uso intensivo de las tecnologías de la información y las comunicaciones en los intercambios con las Administraciones Públicas, especialmente en los procedimientos de establecimiento, registro y publicidad de la creación de empresas en consonancia con la Carta de Feira;

— la Conferencia de Ministros Europeos de PYME, celebrada en Aranjuez en febrero de 2002, que insistió en la necesidad de establecer fórmulas societarias sencillas y mejor adaptadas a la realidad de las empresas más pequeñas;

— y finalmente el Consejo Europeo de Barcelona, que renovó y reforzó estos compromisos.

De lo dicho se desprende que la razón próxima de la reforma es la de remover los obstáculos administrativos que dificultan a las empresas su constitución y el desarrollo de su actividad.

B) Forma de la reforma

Ésta se lleva a cabo mediante ley (respeto al principio de jerarquía normativa, arts. 9.3 CE 2.2 C.c.). La nueva ley consta de un artículo único que modifica la LSRL (Ley 2/1995) y que se dicta al amparo a lo dispuesto en el artículo 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución (*vid.* la disp. final cuarta de la misma).

El artículo único se subdivide en cinco apartados:

— En el primero se añade a la LSRL un nuevo capítulo XII (arts. 130 al 144, ambos inclusive). En el primero de los artículos de este capítulo, el 130, se establece que la Sociedad Nueva Empresa es una “especialidad de la Sociedad de la Responsabilidad Limitada”; ello significa —como se señala concretamente en el apartado V de la E. de M.— que en lo no regulado expresamente serán de aplicación las disposiciones del régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada;

— en el segundo se añaden a la repetida LSRL seis disposiciones adicionales (octava a decimotercera, ambas inclusive), en la que sucesivamente se define el Documento Único Electrónico (DUE); se contempla la necesaria colaboración social de notarios, registradores mercantiles y otros profesionales colegiados con las Administraciones públicas para que puedan operar en nombre y representación de terceros; se establece el sistema de recursos contra la calificación de la escritura de constitución de la Nueva Empresa; se modifica el régimen disciplinario de notarios y registradores; se prevé la creación de modelos de cuentas simplificadas que deberán ser aprobadas por Orden del Ministerio de Economía y se establecen las medidas fiscales aplicables a este tipo de sociedades;

— en el tercero se modifican los artículos 29 (transmisión voluntaria *inter vivos* de participaciones sociales), 32 (transmisión *mortis causa* de dichas participaciones), 40 (adquisición derivativa de las participaciones), 97 (derecho de separación), 101 (reembolso de participaciones) y 102 (escritura pública de reducción del capital social o de adquisición de participaciones);

— en el apartado cuarto se introducen en la LSRL los artículos 40 bis y 40 ter, relativos al régimen de las participaciones propias y consecuencias de la infracción de la normativa aplicable al respecto, y

— en el quinto se incorpora a la tantas veces citada LSRL un nuevo artículo 42 bis que permite la emisión de participaciones sin voto.

Finaliza la nueva Ley con dos disposiciones adicionales (la primera modifica el apartado 4 del art. 33 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, y la segunda el párrafo primero del apartado 3 del art. 10 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita) y cinco finales (modificaciones de los arts. 1.056, 1.271 y 1.406 C.c., para solventar los problemas de supervivencia de la sociedad derivados de la sucesión generacional; habilitaciones reglamentarias al Gobierno para el desarrollo reglamentario de la nueva ley; informe sobre la aplicación de la ley que deberá elaborar el Ministerio de Economía en el plazo de tres años a partir de su entrada en vigor, relativo a la repercusión e incidencias producidas por la aplicación de la misma; el ya indicado fundamento constitucional (art. 149.1.6.^a y 8.^a); y la entrada en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE —o sea, el 2 de junio de 2003).

C) Problemas y soluciones

Las dificultades que para la creación de nuevas empresas se presentaban a los emprendedores de una actividad empresarial derivan, esencialmente, de los trámites administrativos necesarios para su constitución y puesta en marcha, de la complejidad de la contabilidad y del régimen jurídico de las formas necesarias a su disposición.

Para la solución de estos problemas, la nueva ley se fundamenta en tres elementos esenciales: el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), el sistema de contabilidad simplificada y el régimen jurídico de la Nueva Empresa. Veámoslos por separado.

I) Centro de información y Red de Creación de Empresas (CIRCE).

Como explica la E. de M., este Centro “se concibe como una red de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT), en los que se asesora y se prestan servicios a los emprendedores, tanto en la gestación, tramitación administrativa y puesta en marcha de sus iniciativas empresariales como durante los primeros años de actividad de las mismas”.

Para hacer posible la constitución de la Nueva Empresa en tiempos sustancialmente inferiores a los actualmente requeridos, la ley (¿por qué la E. de M. sigue hablando de “proyecto”?; esperamos la rectificación de errores) contempla la posibilidad de realizar los trámites administrativos necesarios para ello y su puesta en marcha por medios telemáticos, creando el Documento Único Electrónico, el DUE –que nadie debe confundir con el “DIU”.

El DUE es definido en la nueva disp. adic. octava de la LSRL (que se añade por el ya citado apartado segundo del artículo único de la ley que pretendemos examinar) como “aquel en el que se incluyen todos los datos referentes a la sociedad Nueva Empresa, que, de acuerdo con la legislación aplicable, deben remitirse a los registros jurídicos y las Administraciones públicas competentes para la constitución de la Sociedad y para el cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social inherentes al inicio de su actividad”.

Presenta el DUE dos aspectos fundamentales e innovadores en nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, su carácter integrador: la inclusión en un solo documento administrativo de todos los datos requeridos para la realización efectiva de los trámites antes mencionados (constitución y cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social). De otro, su naturaleza electrónico-telemática, que deriva de la necesidad de utilizar las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones para hacer posible la agilización de los procedimientos administrativos en el ámbito de la creación de empresas.

La seguridad jurídica, imprescindible en todo comercio electrónico, se garantiza mediante la utilización de la firma electrónica, tanto en las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos como entre éstos y los notarios y registradores mercantiles, en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio (*vid.* nuevo art. 134 LSRL: apar. 2 *in fine*). A este respecto, la Instrucción de 18 de marzo de 2003, de nuestra Dirección General, con relación al artículo 107 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE núm. 85, de 9 de abril), en su apartado sexto establece que “de conformidad con la normativa por la que se rige la «Sociedad Limitada Nueva Empresa» y en los supuestos previstos en ésta, los notarios y registradores se remitirán la información y documentación necesaria para la constitución de este tipo social a través del sistema CIRCE mediante la utilización de su firma electrónica avanzada. Asimismo, los notarios y registradores utilizarán este sistema de información en las relaciones telemáticas que deban mantener con las Administraciones Públicas para dicha finalidad”.

Completa la regulación del DUE y de los puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT) la mentada nueva disp. adic. octava añadida a la LSRL, así como la adic. siguiente (la novena).

a) Documento Único Electrónico (DUE):

— Contenido, lengua y ámbito de aplicación: El DUE será aprobado por el Consejo de Ministros y estará disponible en todas las lenguas oficiales del Estado español.

— Los datos que deben remitirse son solamente los necesarios para la realización de los trámites, competencia del organismo correspondiente; serán, por tanto, distintos los que deban remitirse al Registro Mercantil de los que deben enviarse a la Seguridad Social, Administraciones Públicas, etc.

Reglamentariamente, o mediante convenios con las Administraciones Públicas, podrán incluirse nuevos datos en el DUE y asimismo reglamentariamente se establecerán las especificaciones y condiciones para su empleo en la constitución de cualquier forma societaria (*vid.* pár. 3.º del apartado 1 de la disp. adic. octava y apartado 6 de la novena).

— Remisión: mediante el empleo de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas, de acuerdo con lo dispuesto por las normas aplicables al empleo de tales técnicas, teniendo en cuenta lo previsto en las legislaciones específicas.

Respecto al uso de la firma electrónica, téngase en cuenta la Instrucción a la que nos hemos referido no hace mucho.

— **Obligatoriedad:** En principio —más adelante lo analizaremos con mayor detenimiento—, parece que el notario autorizante de la escritura de constitución está obligado a utilizar el DUE (*vid.* apartado 5 del nuevo art. 134), si bien los socios fundadores podrán manifestarle, previamente al otorgamiento de la misma, su interés en realizar por sí mismos los trámites y la comunicación de los datos incluidos en el DUE o designar un representante para que lo lleve a efecto, en cuyo caso no será de aplicación lo establecido en la presente disposición adicional (apartado 3 de la misma). Aclara el nuevo artículo 134.3 que en este supuesto el notario deberá expedir la primera copia autorizada en soporte papel en un plazo no superior a veinticuatro horas.

b) Puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT):

— **Concepto y funciones:** Serán oficinas desde las que se podrá solicitar la reserva de denominación social (cfr. apar. cuarto del art. 134) y se asesorará y prestarán servicios a los emprendedores, tanto en la definición y tramitación administrativa de sus iniciativas empresariales como durante los primeros años de actividad de las mismas, y en ellas se deberá iniciar la tramitación del DUE.

— **Establecimiento:** La Administración General del Estado, a través del Ministerio de Economía, podrá celebrar convenios de establecimiento de PAIT de las Sociedades Nueva Empresa con otras Administraciones Públicas y entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro.

— **Oficinas sustitutorias:** Los centros de ventanilla única empresariales (Protocolo de 26 de abril de 1999), mediante los correspondientes instrumentos jurídicos de cooperación con Comunidades Autónomas y entidades locales, podrán realizar las funciones de orientación, tramitación y asesoramiento prescritas en la ley para la creación y desarrollo de sociedades Nueva Empresa.

— **Forma de actuación:** Las Administraciones públicas establecerán al efecto procedimientos electrónicos para realizar los intercambios de información necesarios.

— **Colaboración social:** Las Administraciones Tributarias podrán hacer efectiva la colaboración social prevista en la Ley General Tributaria (art. 96 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre) en la presentación de declaraciones, comunicaciones u otros documentos tributarios relacionados con la constitución e inicio de la actividad de la sociedad Nueva Empresa, a través de Convenios celebrados con el Consejo General del Notariado, el Colegio de Registradores de España y otros colegios profesionales, así como las Cámaras de comercio y los puestos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT).

Las Administraciones Tributarias también podrán prever mecanismos de adhesión de dichos convenios por parte de notarios, registradores mercantiles y otros profesionales colegiados a fin de hacer efectiva dicha colaboración social.

En la disp. adicional novena, que regula la expresada colaboración social, se determina en sus apartados 3 a 6, ambos inclusive, que serán los Ministerios de Hacienda y de Trabajo y Asuntos Sociales los que, a través de las Órdenes correspondientes, establecerán los supuestos y condiciones en que las entidades convenidas y los notarios, registradores mercantiles y otros profesionales colegiados adheridos, deban presentar por medios telemáticos declaraciones, comunicaciones y otros documentos en representación de terceras personas, sin perjuicio de la normativa específica relativa a la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en la Administración pública y en la seguridad jurídica preventiva.

II) Sistema de contabilidad simplificada. Simplificado el ente (la sociedad) procede, asimismo, la simplificación del cumplimiento de sus obligaciones contables.

Además de lo prevenido en la expuesta disp. adic. duodécima (modelos de cuentas anuales que deberán ser aprobados por Orden del Ministerio de Economía y en los que se tendrá en cuenta la reducida dimensión de la sociedad Nueva Empresa), en el artículo 141 se establece que la contabilidad de este nuevo tipo de sociedades “podrá llevarse, en los términos que reglamentariamente se determinen, de acuerdo con el principio de simplificación en los registros contables, de forma que, a través de un único registro, se permita el cumplimiento de las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone en materia de información contable y fiscal”. Sistema, pues, de registro único basado en la llevanza del libro diario, de tal modo –leemos en el apartado IV de la E. de M.– que se favorezca la composición inmediata de las partidas a cumplimentar en los modelos de cuentas anuales abreviadas sin que sean necesarios documentos contables adicionales. Ya se verá a qué conduce tanta simplificación.

III) Régimen jurídico.

a) Denominación (art. 131). La denominación social estará formada por los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores seguidos de un código alfanumérico que permite la identificación de la sociedad de manera única e inequívoca. Estamos ante una denominación subjetiva especial; especial por cuanto al nombre completo de una persona

se añade el código alfanumérico (cfr. art. 401 RRM). El ministro de Economía, por Orden, regulará el procedimiento de confección de dicho código (los códigos alfanuméricos se forman con una serie de números, letras y caracteres. Suponen una especie de PIN –número de identificación personal).

En la denominación deberá figurar necesariamente la indicación “Sociedad Limitada Nueva Empresa” o su abreviatura “SLNE”.

La denominación social se incorporará inmediatamente a una subdirección especial de la Sección de Denominaciones del Registro Mercantil Central.

Las certificaciones acreditativas de la denominación podrán solicitarse, indistintamente, por un socio o por un tercero en su nombre. El beneficiario o interesado a cuyo favor se expida la certificación coincidirá necesariamente con el socio fundador que figura en la expresada denominación.

Aunque nada diga el artículo 131, por la aplicación supletoria del artículo 2.2 LSRL, no se podrá adoptar una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente. Lo dicho nos lleva a plantearnos un concepto de identidad no previsto en el artículo 408 RRM; y decimos no previsto por cuanto hasta ahora no había denominaciones con código alfanumérico añadido. Y la pregunta del millón: ¿habrá identidad simplemente cuando haya coincidencia de los dos apellidos y el nombre, sin tener en cuenta para nada el código alfanumérico? Y otra más: si el socio fundador sólo tiene un apellido, por ejemplo, un alemán, ¿podrá figurar en la denominación de una sociedad Nueva Empresa?

b) Objeto social (art. 132). Como explica la E. de M., “la configuración jurídica del mismo es otro de los elementos innovadores del régimen jurídico de la Nueva Empresa”. A tales efectos, continúa diciendo la E. de M., “se establece un objeto social amplio y de carácter genérico, cuya función no es otra que la de permitir una mayor flexibilidad para el desarrollo de actividades económicas diferentes, sin necesidad de tener que acudir a continuas modificaciones estatutarias. Esta decisión obedece a una realidad constatable, que no es otra que la del carácter cambiante de los pequeños negocios durante sus primeros años de actividad. Además, un objeto social así definido permite facilitar la calificación e inscripción de la escritura de constitución de la Nueva Empresa”.

En esta línea, el artículo 132 dispone que “La sociedad Nueva Empresa tendrá como objeto social todas o alguna de las siguientes actividades que se transcribirán literalmente en los estatutos: la actividad agrícola; ganadera; forestal; pesquera; industrial; de construcción; de profesionales o de servicios en general”.

Lo dicho no implica que no pueda incluirse en el objeto social cualquier actividad distinta de las anteriores. Si así se hiciese, y como consecuencia de ello se produjera una calificación negativa del registrador mercantil, no se paralizará la inscripción. Ésta se practicará sin la actividad singular de que se trate siempre que los socios fundadores lo consientan expresamente en la propia escritura de constitución o con posterioridad a ella (art. 132.2).

La admisión de este objeto social amplio y de carácter genérico no es total, por cuanto en el propio artículo 132 se prohíbe:

— Que se incluyan en el objeto social actividades para las cuales se exija forma de sociedad anónima, ni aquéllas cuyo ejercicio implique objeto único y exclusivo (apartado 3);

— y que no podrán adoptar la forma social de Nueva Empresa aquellas sociedades a las que resulte de aplicación el régimen de las sociedades patrimoniales regulado en el capítulo VI del título VIII de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (arts. 75 a 77) (apartado 4). Se refiere a aquellas sociedades en las que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto a actividades económicas y a las que más del 50 por 100 del capital social pertenezca a diez o menos socios o a un grupo familiar (cónyuge y parientes, en línea directa colateral, consanguínea o por afinidad, hasta el cuarto grado inclusive).

La admisión de un objeto social de las características expresadas, ¿no supone dar la razón a todos aquellos autores que se inclinan para dar al mismo menor importancia que la que suelen atribuirle los registradores mercantiles en base a lo dispuesto en los artículos 9 LSRL y 117 RRM?

c) Número de socios y aptitud para serlo (art. 133). Al tiempo de la constitución el número socios no podrá exceder de cinco y sólo podrán serlo las personas físicas (apartado 1).

Dispone, además, el apartado 2 del propio artículo 133 que “no podrán constituir ni adquirir la condición de socio único de una sociedad Nueva Empresa quienes ya ostenten la condición de socios únicos de otra sociedad Nueva Empresa. A tal efecto, en la escritura de constitución de la sociedad Nueva Empresa unipersonal o en la escritura de adquisición de tal carácter se hará constar por el socio único que no ostenta la misma condición en otra sociedad Nueva Empresa. La declaración de unipersonalidad podrá hacerse, en su caso, en la misma escritura de la que resulte dicha situación”.

Durante la vida de la sociedad, según el artículo 136, apartados 1 y 2, se permite la transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de participaciones sociales a favor de personas físicas y que, como consecuencia de ello,

se pueda superar el número de cinco socios. ¿Qué sucederá en caso de transmisión *mortis causa* si los estatutos no establecen a favor de los socios sobrevivientes y, en su defecto, a favor de la sociedad, un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido? Supuesto no previsto en el propio artículo 136, ni tampoco en el nuevo apartado 2 del artículo 32. Nuestra modesta opinión es que la solución debe ser la misma que la establecida para el caso de transmisión voluntaria por actos *inter vivos*, es decir, que se podrá superar el mínimo de cinco socios (cfr. art. 136.3 “a contrario”).

Para finalizar el examen de este artículo 133, compárese la posibilidad contemplada en el párrafo final de su apartado 2 (“la declaración de unipersonalidad podrá hacerse, en su caso, en la misma escritura de la que resulte dicha situación”) con lo establecido en el artículo 126 LSRL y artículo 203 RRM.

d) Constitución de la sociedad (art. 134). Reitera el párrafo primero del apartado 1 lo prevenido en el artículo 11.1 LSRL; válida constitución mediante escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil (añadido: correspondiente a su domicilio, cfr. art. 17.1 RRM). Con la inscripción adquirirá la sociedad Nueva Empresa su personalidad jurídica.

A su vez, el párrafo segundo del mismo apartado 1 permite –al igual que el art. 12.3 LSRL– que en la escritura de constitución se incluyan los pactos y condiciones que los socios tengan por conveniente, siempre que no contravengan lo prevenido en el capítulo XII, regulador, como ya sabemos, de las sociedades Nueva Empresa.

No previene este capítulo XII la diferencia entre escritura de constitución y estatutos, ni el contenido mínimo de uno y otros. Evidentemente, y por aplicación supletoria, habrá de estarse en lo dispuesto en los artículos 12 y 13 LSRL y 176 y 177 RRM. Téngase en cuenta respecto de los estatutos que en la nueva disp. adicional décima, apartado 2, está previsto que por Orden del Ministerio de Justicia se aprobará (imperativo) un modelo orientativo de estatutos de este tipo de sociedades Nueva Empresa.

De no decir nada de escritura y estatutos dice mucho, podríamos decir que todo, el propio artículo 134 en cuanto a trámites para el otorgamiento e inscripción de la escritura de constitución. *Vid.* sus apartados 2 a 11, cuya síntesis puede ser la siguiente:

— Los trámites podrán realizarse a través de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas (que es lo que se trata para ganar en rapidez y economía de gastos);

— la remisión telemática al Registro Mercantil de copia autorizada de la escritura de constitución sólo podrá realizarse por el notario (firma electrónica avanzada); entiéndase el autorizante de la matriz o quien le

sustituya legalmente (art. 112 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y art. 17 bis de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado);

— se admite que los socios fundadores, con carácter previo al otorgamiento de la escritura de constitución, eximan (no se dice cómo) al notario de las obligaciones que se establecen en el artículo que resumimos y que designen un representante para la realización de los trámites o expresen su voluntad de hacerlo por sí mismos. En este caso, el notario deberá expedir primera copia autorizada en soporte papel en un plazo no superior a veinticuatro horas, computado desde la autorización de la escritura de constitución;

— el notario deberá comprobar que no existe ninguna denominación social anterior e idéntica a la de la sociedad que se pretende constituir. Una vez comprobado, procederá de modo inmediato al otorgamiento de la escritura de constitución. El término “inmediato” no es muy preciso que digamos y mejor que de otorgamiento debería haberse hablado de autorización;

— el registrador mercantil, cualquiera que sea la forma de tramitación (por DUE o por los interesados o sus representantes) y siempre que se utilicen los estatutos aprobados por Orden del Ministerio de Justicia (¿cuándo se publicará esta Orden?), deberá calificar e inscribir, en su caso, la escritura de constitución en el plazo máximo de veinticuatro horas, contado a partir del asiento de presentación o, si tuviera defectos subsanables, desde el momento de presentación de documentos de subsanación;

— si el registrador califica negativamente el título presentado, lo hará saber al notario autorizante de la escritura y, en su caso, al representante que, a tal efecto, los socios fundadores hubiesen designado en ella (alerta a los notarios ejercientes: no olvidarse de esta designación), dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación. Asimismo lo notificará a las Administraciones Tributarias competentes;

— si la falta apreciada fuera susceptible de ser subsanada de oficio por el notario y éste estuviere de acuerdo con la calificación, procederá a su subsanación en el plazo máximo de veinticuatro horas, dando cuenta de ella a los socios fundadores o a sus representantes. Aunque no se diga, también deberá comunicarse al registrador (¿plazo?);

— si el notario o las partes quisieran recurrir contra la calificación negativa, se estará a lo dispuesto en los artículos 322 a 329 LH, salvo en lo referente a los plazos de resolución, que en este caso serán de cuarenta y cinco días (nueva disp. adicional décima, apartado 1);

— practicada la inscripción, inmediatamente (indeterminado) el registrador notificará al notario los datos registrales para su constatación en la matriz y en las copias que expida y le remitirá la parte correspondiente del DUE, a la que habrá incorporado dichos datos;

— recibidos estos datos por el notario deberá expedir copia autorizada en soporte papel de la escritura de constitución en un plazo no superior a veinticuatro horas. En esta copia deberá hacer constar el NIF de la sociedad y la remisión de copia de la escritura de constitución a las Administraciones Tributarias competentes, para que éstas envíen a los socios fundadores (¿no sería mejor haber dicho a los órganos de administración de la sociedad?) el NIF definitivo. También a petición de los socios fundadores procederá el notario a remitir los documentos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social;

— e inscrita la sociedad, el registrador mercantil transmitirá al Registro Mercantil Central los datos correspondientes a los actos sociales de la sociedad en la forma y plazos reglamentariamente establecidos, y realizará, a petición de los socios fundadores o sus representantes, las demás comunicaciones que le sean requeridas.

No se olvide, y por ello lo reiteramos, que todas las remisiones y notificaciones a que se ha hecho referencia y que realicen los notarios y los registradores mercantiles lo serán con firma electrónica avanzada.

A los fines y efectos de que los plazos establecidos en el artículo 134 se cumplan, la disp. adicional undécima de la nueva ley incluye la modificación del régimen disciplinario de notarios y registradores de la Propiedad, de Bienes Muebles y Mercantiles, adicionando para los notarios un párrafo c) al apartado B), g) del artículo 43, dos, apartado segundo, de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, y para los registradores un párrafo j) al apartado B) del artículo 313 del texto refundido de la LH (en la redacción que le dio el art. 101.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, también de Medidas fiscales, etc.) que, respectivamente, califican de infracciones graves el incumplimiento reiterado de los plazos del artículo 134.

e) Capital social (art. 135). No podrá ser inferior a tres mil doce euros ni superior a ciento veinte mil doscientos dos euros. El capital mínimo coincide con lo establecido para las sociedades de responsabilidad limitada; el máximo (veinte millones de las desaparecidas pesetas) tiene su razón de ser en la esencia de la Nueva Empresa: sociedad modesta.

En todo caso, la cifra de capital mínimo indicada sólo podrá ser desembolsada mediante aportaciones dinerarias (art. 135.2).

Lógicamente y aunque no se diga, el capital habrá de estar totalmente desembolsado desde su origen (cfr. art. 4 LSRL).

f) Participaciones sociales. En el nuevo capítulo XII el legislador se preocupa únicamente en el artículo 136 de la transmisión de las mismas.

Ya expusimos la prohibición contenida en el apartado 1: la transmi-

sión voluntaria por actos *inter vivos* de participaciones sociales sólo podrá hacerse a favor de personas físicas; y la consecuencia de esta posibilidad: poder superarse el número de cinco socios (apartado 2).

No es muy afortunada la redacción del apartado 3 cuando contempla la adquisición por personas jurídicas de participaciones sociales. Posibilidad más que extraña, ya que *ab initio* no pueden ser socios (art. 133.1) y *a posteriori* sólo pueden transmitirse las participaciones voluntariamente por actos *inter vivos* a favor de personas físicas. Esta extrañeza la disipa el legislador en el apartado 3 del propio artículo 136 cuando lo inicia con la expresión “en todo caso”. Este “en todo caso” abarcará los supuestos de transmisión forzosa y adquisición *mortis causa*. Cuando como consecuencia de una de estas formas de transmisión adquirieran personas jurídicas participaciones sociales —continúa diciendo el mentado apartado 3—, deberán ser enajenadas a favor de personas físicas en el plazo de tres meses, contados desde la adquisición; en caso contrario, la sociedad Nueva Empresa quedará sometida a la normativa general de la sociedad de responsabilidad limitada, sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores de no adoptarse para ello el correspondiente acuerdo en los términos previstos en el nuevo artículo 144, que examinaremos más adelante.

Se ha aprovechado la ocasión de la publicación de la ley que repasamos para introducir en la LSRL las siguientes modificaciones de carácter general relativas al régimen de la transmisión de participaciones sociales (*vid.* apartados tercero y cuarto del art. único de la nueva Ley):

1.º) Transmisión voluntaria por actos *inter vivos*. Modificación del párrafo c) del apartado 2 del artículo 29. Establecía y continúa estableciendo el artículo 29.2 que, a falta de regulación estatutaria, la transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos *inter vivos* exige que el socio que se proponga transmitir las lo comunique por escrito a los administradores y que la transmisión se apruebe por la sociedad mediante acuerdo de la Junta general. Este consentimiento sólo podrá denegarse si se comunica al transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones. La novedad consiste en añadir a la letra c) del indicado apartado 2 un segundo párrafo, con arreglo al cual: “Cuando no sea posible comunicar la identidad de uno o varios socios o terceros adquirentes de la totalidad de las participaciones, la Junta general podrá acordar que sea la propia sociedad la que adquiera las participaciones que ningún socio o tercero aceptado por la Junta quiera adquirir, conforme a lo establecido en el artículo 40”.

2.º) Régimen de la transmisión *mortis causa*. Continúa vigente la regla de que la adquisición de alguna participación por sucesión heredita-

ria confiere al heredero o legatario la condición de socio (art. 32.1) y la posibilidad de que los estatutos establezcan un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido a favor de los socios sobrevivientes (art. 32.2). La modificación afecta a este apartado 2 en un doble sentido: de una parte, el derecho de adquisición puede establecerse, no sólo a favor de los socios sobrevivientes, sino también, y en su defecto, a favor de la sociedad. De otra, el sistema de valoración de las participaciones. Antes era el “valor real que tuvieron el día del fallecimiento del socio”, ahora “el valor razonable”.

La fijación de este “valor razonable” continúa rigiéndose por lo prevenido en el artículo 100, que se refiere al valor real, que, a falta de acuerdo sobre el mismo o sobre la persona que haya de fijarlo y el procedimiento a seguir, se determinará por el auditor de cuentas de la sociedad o el nombrado por el registrador mercantil si la sociedad no estuviere obligada a verificación contable.

Misterio: ¿por qué el nuevo artículo 32 habla de “valor razonable” y para su fijación se remite a un artículo que habla de “valor real” y no se altera el sistema para su determinación?

3.º) Adquisición derivativa de las propias participaciones. La modificación que se lleva a cabo en el artículo 40 es doble.

En primer lugar, se introduce un nuevo supuesto en el que la sociedad puede adquirir sus propias participaciones. A tal efecto se añade una letra d) al apartado 1 del artículo de que se trata, conforme a la cual la adquisición será posible, previa autorización de la Junta general, “cuando se efectúe con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y tenga por objeto: Adquirir las participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad; Adquirir las participaciones como consecuencia de la aplicación de una cláusula restrictiva de la transmisión de las mismas; Adquirir las participaciones transmitidas *mortis causa*”.

Y en segundo lugar, se modifica el apartado 2 en orden al plazo de amortización o enajenación y se determina el precio en caso de enajenación. Según la redacción originaria, “las participaciones propias adquiridas por la sociedad deberán ser inmediatamente amortizadas”. Ahora se prevé, no solamente la amortización, sino también la posibilidad de enajenación, y el plazo para ello es el de tres años, debiendo respetarse en caso de enajenación el régimen legal y estatutario de transmisión. En orden al precio de enajenación, se preceptúa que éste no puede ser inferior “al valor razonable de las participaciones fijado conforme a lo previsto en el artículo 100”.

La dotación de una reserva, por el importe del valor nominal de participaciones amortizadas cuando la adquisición no comporte devolución de aportaciones a los socios, no sufre variación.

4.º) *Régimen de las participaciones propias.* Para superar el silencio de la redacción originaria de la LSRL –silencio justificado por cuanto, como acabamos de ver, las participaciones propias adquiridas por la sociedad debían ser “inmediatamente amortizadas”– se introducen en ellas dos nuevos artículos, a saber:

— el artículo 40 bis, conforme al cual “Mientras permanezcan en poder de la sociedad adquirente las participaciones propias o de la sociedad dominante se les aplicarán las siguientes reglas: a) Quedarán en suspenso todos los derechos correspondientes a las participaciones propias o de la sociedad dominante. b) Se establecerá una reserva en el pasivo del balance de la sociedad adquirente equivalente al importe de las participaciones adquiridas, computado en el activo, que deberá mantenerse en tanto las participaciones no sean enajenadas o amortizadas”;

— y el artículo 40 ter, referente a las consecuencias de la infracción. De una parte, se decreta la nulidad de las adquisiciones de participaciones propias o de la sociedad dominante efectuadas en contravención de lo dispuesto en la sección 4.ª del capítulo IV de la Ley (arts. 39 a 42, ambos inclusive).

Y de otra, se establece que si las participaciones no fueran enajenadas en el plazo de tres años (que es el prevenido en el nuevo apartado 2 del art. 40), la sociedad deberá acordar inmediatamente su amortización y la reducción del capital. Caso de que la sociedad omitiere estas medidas, cualquier interesado podrá solicitar su adopción por la autoridad judicial. Los administradores de la sociedad adquirente están obligados a solicitar la adopción judicial de estas medidas cuando, por las circunstancias que fueran, no pueda lograrse el correspondiente acuerdo de amortización y de reducción de capital.

No se olvide que continúa vigente, además, el artículo 42, relativo al régimen sancionador por infracción de cualquiera de las prohibiciones establecidas en la indicada sección 4.ª del capítulo IV (multa a los administradores).

5.º) *Participaciones sin voto.* Para ayudar a resolver el problema de las dificultades de financiación, que se presenta en la mayoría de las empresas, la ley introduce en el apartado quinto de su artículo único una nueva sección 5.ª al capítulo IV de la LSRL, integrada por el nuevo artículo 42 bis, en el que se regulan las participaciones sin voto.

En este precepto se permite que cualquier tipo de SRL –no solamente la Nueva Empresa– pueda crear participaciones sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social.

El régimen de estas participaciones será, en cuanto les sea aplicable, el prevenido en los artículos 90 a 92 LSA para las acciones sin voto.

Se establece, por último, que este tipo de participaciones estarán so-

metidas a las normas estatutarias o supletorias legales sobre transmisión y derecho de asunción preferente.

6.º) Derecho de separación. En el apartado 2 del artículo 97 se incorpora la novedad introducida en el artículo 40, por ello se establece que “Para la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública que documente los acuerdos que originan el derecho de separación (*vid.* arts. 95 y 96 LSRL, añadimos nosotros), y salvo que la Junta general que los haya adoptado autorice la adquisición de las participaciones de los socios separados conforme a lo previsto en el artículo 40, será necesario que en la misma escritura o en otra posterior se contenga la reducción del capital en los términos del artículo 102 (que se redacta de nuevo, como veremos seguidamente) o la declaración de sus administradores de que ningún socio ha ejercido el derecho de separación dentro del plazo anteriormente establecido” (un mes desde la publicación del acuerdo en el BORME o desde la recepción de la comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo –párrafo segundo del apartado 1 del mismo art. 97).

7.º) Reembolso de las participaciones sociales en caso de separación y de exclusión de los socios. Consecuencia de la posibilidad, introducida en el ya visto párrafo d) del apartado 1 del artículo 40, de que la sociedad adquiriera las participaciones de un socio separado o excluido y que las participaciones adquiridas –ex art. 40, apartado 2– puedan ser amortizadas o enajenadas en el plazo de tres años, es la modificación del artículo 101 (“Dentro de los dos meses siguientes a la recepción del informe de valoración, los socios afectados tendrán derecho a obtener en el domicilio social el valor razonable de sus participaciones sociales en concepto de precio de las que la sociedad adquiriese o de reembolso de las que se amortizan. Transcurrido dicho plazo, los administradores consignarán en entidad de crédito del término municipal en el que radique el domicilio social, a nombre de los interesados, la cantidad correspondiente al referido valor”).

8.º) Escritura pública de reducción del capital social o de adquisición de participaciones en los casos de la separación o exclusión de los socios. Nueva redacción del artículo 102, la que también es consecuencia de las modificaciones, ya conocidas, del artículo 40. Los apartados 1 y 2 del originario artículo 102 se mantienen, salvo que el apartado 1 se inicia previendo que la Junta general, que haya acordado la exclusión, autorice la adquisición por la sociedad de las participaciones de los socios afectados, conforme a lo previsto en el artículo 40.

La novedad está contenida en el apartado 3, conforme al cual: “En el supuesto de adquisición por la sociedad de las participaciones de los socios afectados, efectuado el pago del precio o consignado su importe, los

administradores, sin necesidad de acuerdo específico de la Junta general, otorgarán escritura pública de adquisición de participaciones, no siendo preceptivo el concurso de los socios excluidos, expresando en ella las participaciones adquiridas, la identidad del socio o socios afectados, la causa de la exclusión y la fecha de pago o consignación”. Escritura muy especial en la que los administradores actúan a lo Juan Palomo; ellos se lo guisan (venden) y se lo comen (adquieren).

9.º) Acreditación de la condición de socio (art 137.1). Continuando con la simplificación de la sociedad Nueva Empresa se suprime la necesidad de llevanza del libro-registro de socios, acreditándose la condición de tal mediante el documento público en el que se hubiese adquirido la misma.

10) Derechos reales limitados sobre participaciones sociales (art. 137.2 y 3). Suprimido el libro-registro de socios no cabe hacer constar en el mismo la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre las participaciones. En la sociedad Nueva Empresa se sustituye esta anotación en el libro-registro, que cualquier socio tiene derecho a examinar (art. 27.1 y 3), por el deber de notificar al órgano de administración, mediante la remisión del documento público en el que figure (apartado 2), y la ulterior notificación de dicho órgano a los restantes socios, tanto de la transmisión como de la constitución de derechos reales o el embargo, tan pronto como tenga conocimiento de que se hayan producido, siendo responsable de los perjuicios que el incumplimiento de esta obligación pueda deparar (apartado 3).

Obsérvese:

— Cómo a los administradores se les hace responsables de la falta de notificación omitiéndose toda referencia a la posible responsabilidad de los adquirentes, titulares de derechos reales o embargantes de las participaciones que no hubieren hecho la primera de las notificaciones prevista en el apartado 2;

— y que extraña que en el repetido apartado 2 se hable de “documento público” en relación con la constitución de derechos reales limitados, cuando, según el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 26 LSRL, la constitución de derechos reales diferentes del dominio deberán constar (imperativo) en “escritura pública”. No parece que nadie pueda dudar de la diferencia entre “documento público” y “escritura pública” (cfr. arts. 1.216 C.c., 17 Ley del Notariado y 144 y concordantes del RN). Debería haberse pulido la terminología por cuanto nos resistimos a aceptar que en sede de sociedad Nueva Empresa se haya modificado el sistema establecido para las sociedades de responsabilidad limitada en el apartado 1 de la Ley 2/1995 (las escrituras públicas son también documentos públicos).

g) Junta general (art 138). Todo lo relativo a Juntas generales se registrará por lo dispuesto en la LSRL (arts. 43 y ss.), estableciéndose, no obstante, novedades en materia de convocatoria. Además de poder hacerse mediante anuncio publicado en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social, sin necesidad de que los estatutos prevean, en sustitución del sistema anterior, que la convocatoria se realice mediante anuncio en un determinado diario o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita (*vid.* art. 46), la convocatoria de la Junta general de la sociedad Nueva Empresa podrá hacerse mediante correo certificado con acuse de recibo al domicilio señalado a tal efecto por los socios, por procedimientos telemáticos que hagan posible al socio el conocimiento de la convocatoria, a través de la acreditación fehaciente del envío del mensaje electrónico de la convocatoria o por el acuse de recibo del socio. En estos supuestos no será necesario el anuncio en el BORME ni en ninguno de los diarios de mayor circulación “del” término municipal en que esté situado el domicilio social.

Hemos intercomillado “del” para destacar que con esta redacción pueda resurgir como Ave Fénix la zanjada cuestión de si el diario de mayor circulación ha de ser “del” o “en” el término municipal del domicilio social. De nuevo ha faltado precisión en la terminología utilizada.

h) Órgano de administración (art. 139). Como destaca la E. de M., la regulación se caracteriza por su extrema sencillez, facilitando a los socios el gobierno de la sociedad.

En esta línea:

— En ningún caso puede adoptarse la forma y el régimen de funcionamiento de un consejo de administración. Fuera de ello, la administración podrá confiarse a un órgano unipersonal o a un órgano pluripersonal, cuyos miembros actuarán solidaria o mancomunadamente (apartado 1);

— la representación de la sociedad y la certificación de los acuerdos sociales corresponderá, caso de existir un administrador único, a éste; caso de existir varios administradores solidarios, a uno cualquiera de ellos; y en el supuesto de existir varios administradores mancomunados, a dos cualesquiera de ellos (apartado 2). En este último caso sólo pueden serlo dos, a diferencia de las SRL en general, en que “al menos” han de ser dos, con lo que es posible que sean más de dos (letra c) del apartado 2 del artículo 62);

— para ser nombrado administrador se requerirá la condición de socio (apartado 3, inciso primero). Lo contrario que en el sistema general, salvo disposición en otro sentido de los estatutos (art. 58.2);

— el cargo podrá (facultativo) ser retribuido en la forma y cuantía que decida la Junta (inciso segundo del apartado 3). Sistema similar al del artículo 66 LSRL, que debe ser aplicado supletoriamente (forma y cuantía de la retribución);

— los administradores ejercerán su cargo por tiempo indefinido. No obstante, podrá nombrarse administrador por un período determinado mediante acuerdo de la Junta general posterior a la constitución de la sociedad (apartado 4). Es claro que el primer administrador debe ser elegido por tiempo indefinido y que para un administrador lo sea por tiempo determinado debe existir acuerdo de la Junta general posterior a la constitución de la sociedad. No queda tan claro si, en el caso de adoptarse este acuerdo, con qué mayoría se debe hacer y si hay que modificar o no los estatutos, aunque respecto de este último extremo la interpretación literal del nuevo artículo 140 debe conducir a una respuesta negativa, y

— la remoción del cargo de administrador requerirá acuerdo de la Junta general, que podrá ser adoptado, aunque no figure en el orden del día de la reunión, por mayoría, de conformidad con lo previsto en el artículo 53.1 (mayoría de los votos válidamente emitidos, sin computar los votos en blanco, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social), sin que los estatutos puedan exigir una mayoría superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. Otra novedad para facilitar la mayoría es que el socio afectado por la remoción no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones, las cuales serán deducidas del capital social para el cómputo de la mayoría de votos exigida (apartado 5).

i) Modificaciones estatutarias (art. 140). La sociedad Nueva Empresa sólo podrá:

— Modificar su denominación. Para ello deberá respetar lo establecido en el examinado artículo 131, lo que implica que la denominación social debe continuar formada por los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores. Prevé, además, el apartado 3 de este artículo 140 que “en caso de que el socio cuyo nombre y apellidos figuren en la denominación social pierda dicha condición, deberá modificarse la denominación de modo que esté formada por el nombre y los apellidos de uno de los socios”. Obsérvese cómo, según el artículo 131, la denominación debe estar formada por los apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores y cómo en el artículo 140 se habla del nombre y apellidos de “uno de los socios”. ¿En qué quedamos? ¿En caso de cambio de denominación ésta se formará con los apellidos y el nombre de “uno” de los socios (sea o no fundador), de acuerdo con el artículo 140.3 o se deben utilizar los

apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores, con lo que se cumple lo prevenido en el artículo 131, que debe respetarse según el 140.1?;

— modificar el domicilio social;

— y modificar el capital social dentro de los límites máximos (120.202 euros) y mínimo (3.012 euros) establecidos en el artículo 125. Si los socios acordasen aumentar el capital social por encima de dicho límite máximo, en dicho acuerdo deberán, asimismo, establecer si optan por la transformación de la sociedad Nueva Empresa en cualquier otro tipo social o si continúan sus operaciones en forma de sociedad de responsabilidad limitada, conforme a lo establecido en el artículo 144, del que nos ocuparemos en breve (apartado 2).

Hasta aquí la regla general en materia de modificación de estatutos. Regla que se excepciona en el párrafo segundo del propio apartado 1 del artículo 140: “Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación en el supuesto previsto en el artículo 144”; supuesto de continuación de operaciones en forma de sociedad de responsabilidad limitada, del que ya hemos indicado que nos ocuparíamos en breve.

j) Disolución (art. 142). La sociedad Nueva Empresa se disolverá por las causas establecidas en el artículo 104 LSRL y, además, por las siguientes:

a) Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social durante al menos seis meses, a no ser que se restablezca el patrimonio contable en dicho plazo. Esta regla especial modifica la general contenida en la letra e) del apartado 1 del citado artículo 104, que contempla un supuesto similar, pero sin limitaciones en el tiempo (se omite toda referencia a los seis meses).

b) Por resultar aplicable a la sociedad el régimen de las sociedades patrimoniales regulado en el capítulo VI del título VIII de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. Norma correlativa a lo dispuesto en el ya relacionado apartado 4 del artículo 132, que prohíbe adoptar la forma social Nueva Empresa a aquellas sociedades a las que resulte de aplicación lo previsto en el indicado capítulo de la ley del Impuesto sobre Sociedades.

La disolución requiere acuerdo de Junta general y será de aplicación el artículo 105 de la LSRL (apartado 2) (mayorías, convocatoria, etc., etc.).

k) Transformación (art. 143). No se establecen límites. La sociedad Nueva Empresa podrá transformarse en sociedad colectiva, sociedad civil, sociedad comanditaria, simple o por acciones, sociedad anónima, sociedad cooperativa, incluso en agrupación de interés económico. Este artículo es similar al 87 LSRL. Cabe preguntarse si para transformarse en

sociedad civil se mantiene la exigencia de que el objeto de la sociedad no sea mercantil (apartado 2 del propio art. 87) y también cabe responder afirmativamente.

Supletoriamente será de aplicación lo previsto en la Sección la del capítulo VIII LSRL (arts. 87 a 93, ambos inclusive).

l) Continuación de operaciones en forma de sociedad de responsabilidad limitada. Llegamos así al anunciado artículo 144, que permite que la sociedad Nueva Empresa continúe sus operaciones en forma de sociedad de responsabilidad limitada, para lo cual se requiere acuerdo de Junta general y adaptación de los estatutos sociales a lo establecido en la sección 2.^a del capítulo II LSRL (arts. 12 a 15, ambos inclusive).

Especialidades:

— Para la adopción de ambos acuerdos bastará la mayoría que establece el artículo 53.1 de la LSRL (mayoría de votos válidamente emitidos, sin computar los votos en blanco, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social) (apartado 1 *in fine*);

— y que la escritura de adaptación se presente en el Registro Mercantil en el plazo máximo de dos meses desde la adopción del acuerdo de la Junta general (apartado 2). ¿Y si no se presenta?

D) Medidas fiscales

En la nueva disp. adicional decimotercera que se añade a la LSRL se conceden a la sociedad limitada Nueva Empresa las siguientes ventajas fiscales:

1.^a) El aplazamiento obligatorio (“concederá” es la forma imperativa utilizada por el legislador), previa solicitud y sin aportación de garantías, de la deuda tributaria del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por la modalidad de operaciones societarias, derivada de la constitución de la sociedad durante el plazo de un año desde su constitución. Eso sí —la pela es la pela—, con devengo de interés de demora.

2.^a) El aplazamiento, asimismo obligatorio (“concederá”), previa solicitud y sin aportación de garantías, de las deudas tributarias del Impuesto sobre Sociedades correspondientes a los dos primeros períodos impositivos concluidos desde constitución. El ingreso de las deudas del primer y segundo período deberá realizarse a los doce y seis meses, respectiva-

mente, desde la finalización de los plazos para presentar la declaración-liquidación correspondiente a cada uno de dichos períodos. El aplazamiento devengará –la duda ofende– interés de demora.

También en sede del Impuesto sobre Sociedades se exime a la sociedad Nueva Empresa de la obligación de efectuar los pagos fraccionados a que se refiere el artículo 38 de la Ley reguladora (Ley 43/1995, de 27 de diciembre), a cuenta en las liquidaciones correspondientes a los dos primeros períodos impositivos concluidos desde su constitución.

3.ª) Por último, potestativamente (“podrá conceder”), la Administración Tributaria, previa solicitud, con aportación de garantías o sin ellas, podrá conceder el aplazamiento o fraccionamiento de las cantidades derivadas de retenciones o ingresos a cuenta del IRPF que se devenguen en el primer año de la constitución. Las cantidades aplazadas o fraccionadas continúan devengando interés de demora.

E) Modificaciones del Código civil

Como destaca la E. de M., “se introducen modificaciones en el Código civil vigente en tres aspectos puntuales, en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc. Estas modificaciones, aplicables exclusivamente al territorio común, que se rige por el Código civil, conforme al artículo 149.1.8.º de la Constitución Española, se realizan atendiendo, además, a un criterio integrador del ordenamiento privado en el conjunto de las legislaciones civiles del Estado”.

Las modificaciones de que se trata se introducen en la disp. final primera de la Ley y afectan:

1. Al párrafo segundo del artículo 1.056. Este párrafo segundo, hasta ahora intocado en las sucesivas modificaciones del Código, permitía al padre que quisiera conservar, en interés de su familia, indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, usar de la facultad de partir sus bienes, por acto entre vivos o de última voluntad, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos.

Tras la reforma se sigue confiriendo al testador esta facultad, que podrá usar en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia para preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas.

Y se precisa:

— Que a tal efecto no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario;

— establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años, a contar desde el fallecimiento del testador;

— aplicar para el pago de las demás legítimas cualquier otro medio de extinción de las obligaciones (confusión, compensación, etc.);

— prever, si no se hubiera establecido la forma de pago de los demás legitimarios, que cualquiera de ellos podrá exigir su legítima en bienes de la herencia;

— y declarar no aplicables a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 (necesidad de aprobación judicial) y en el párrafo primero del artículo 844 (necesidad de comunicar a los perceptores la decisión de pago en metálico en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión y necesidad de pago en el plazo de otro año más).

2. Al párrafo segundo del artículo 1.271. Contenía este párrafo el principio general de prohibición de contratos sobre la herencia futura, salvo aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1.056.

La modificación que ahora se hace mantiene dicho principio general (prohibición de contratos sobre herencia futura) y se limita a añadir a la excepción de contratos, cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme a lo dispuesto en el 1.056, la de aquellos otros que comprendan “otras disposiciones particionales”, conforme al mismo artículo 1.056. No alcanzamos a comprender el porqué de la necesidad de incluir *nominatim* a las disposiciones particionales; para nuestro entender ya incluidas en la expresión “división de caudal”. Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, partición es la “división o repartimiento que se hace entre algunas personas de hacienda, herencia o cosa semejante”. Como se reformó el párrafo segundo del 1.056, en el sentido ya expuesto, se habrá pensado que era mejor hacer este añadido al 1.271, que se remitía al 1.056.

3. Y al artículo 1.406.2.º Según la redacción que a este artículo le había dado la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se establecía que “cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: ... 2.º La explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo”.

La modificación que ahora se introduce no se nos antoja profunda,

sino más bien terminológica, al sustituirse –un mucho en la línea del nuevo párrafo segundo del art. 1.056– la referencia a explotación agrícola, comercial o industrial por la más genérica/amplia de “explotación económica”. Antes que hubiera llevado con su trabajo y ahora que “gestione efectivamente”.

F) Otras modificaciones

Aprovechando que se publica una nueva Ley –ya saben eso del Pi-suerga–, y aunque no sea la ley de “amañamamiento” (léase acompañamiento), se modifica:

— El apartado 4 del artículo 33 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Ley 43/1995, de 27 de diciembre), en lo relativo a la aplicación e interpretación de la deducción regulada en este artículo (deducción por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica);

— y el párrafo primero del apartado 3 del artículo 10 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (Ley 1/1996, de 10 de enero, en la redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social), para precisar que en las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, dependientes de la Administración General del Estado, los miembros que corresponden a la Administración pública serán un abogado del Estado y un funcionario perteneciente a cuerpos o escalas del grupo A, etc.

Ya me dirán Vds. qué tienen que ver estas reformas (contenidas en las disp. adicionales primera y segunda de la Ley) con la sociedad limitada Nueva Empresa.

Amable lector, si has tenido la paciencia de llegar a este punto espero que no te sientas excesivamente defraudado por las páginas precedentes. La intención perseguida no ha sido otra que la de facilitaros a todos un índice, digamos de buen ver, de las modificaciones introducidas por la Ley de que se trata en la regulación de las sociedades de responsabilidad limitada y que sirven para configurar las denominadas sociedades limitadas Nueva Empresa. Si este índice te puede servir alguna vez para encontrar un detalle que necesitas conocer con urgencia en tu quehacer diario, me sentiré más que satisfecho por el trabajo llevado a cabo y las mínimas opiniones personales vertidas en él a vuela pluma. Hasta siempre.

LA ESCRIBANÍA Y LA GÉNESIS DEL DOCUMENTO CONCEJIL

M.^a DEL CARMEN RODRÍGUEZ LÓPEZ

*Profesora Titular del Área
de Biblioteconomía y Documentación
de la Universidad de León (1)*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ESCRIBANOS DE CONCEJO Y ESCRIBANOS PÚBLICOS. III. LA ESCRIBANÍA CONCEJIL. IV. EL ITER DEL DOCUMENTO CONCEJIL. V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

(1) Las siguientes líneas pretenden ser un homenaje al profesor José Antonio Martín Fuertes, fallecido en su mejor momento intelectual. No albergo ninguna duda de que hubiera retomado su interés por el mundo notarial, demostrado en varios de sus artículos. Me atrevo a pensar de esta manera, pues como director de mi tesis doctoral ya había corregido este capítulo y sus comentarios manifestaron el interés que en él suscitaban estos párrafos. Espero no olvidar nunca su magisterio.

I. Introducción

La documentación de los concejos de los reinos de León y Castilla, al igual que la eclesiástica (episcopal y abacial) y la señorial nobiliaria, no se constituyen en diplomáticas especiales hasta bien avanzada la Edad Media, cuando configuran sus particulares "cancillerías" u oficinas expedidoras de diplomas con un personal, formularios y usos documentales específicos. Según BOUARD, estas cancillerías inferiores comenzarían a organizarse en Francia, a imitación de la real, hacia finales del siglo XI y principios del XII, fecha que no puede sorprender teniendo en cuenta que marca el apogeo del sistema feudal (2). Entre ellas, las más activas tempranamente son las eclesiásticas, imitadoras de la cancillería pontificia, que durante la Alta Edad Media expedían ciertos diplomas propios, como las *Litterae formatae seu dimissoriae*, autorizando a un clérigo a cambiar de diócesis.

Por lo que se refiere a la Península Ibérica, parece probada la existencia en el siglo XI de cancillerías o, mejor, escribanías episcopales en Cataluña, muy parecidas a la pontificia y a la episcopal de Rávena (3). No obstante, las cancillerías inferiores laicas maduran más tardíamente porque las cancillerías reales tanto de Castilla-León como de Aragón, cuyos usos y formularios imitarán en sus documentos, no cristalizan hasta bien entrado el siglo XII.

La regularización del formulario en las cartas señoriales, aunque sin excesiva fijación, la sitúa GIRY para Francia en la segunda mitad del siglo XII (4). Para España carecemos aún de las investigaciones precisas para fijar este extremo, aunque también parece haber correspondido a Cataluña la prelación (5).

En cuanto a la diplomática concejil, el estado actual de la cuestión puede expresarse en estos términos: documentos otorgados por los con-

(2) BOUARD, A. de, *Manuel de Diplomatie Française et Pontificale: Diplomatie Générale*, Paris, A. Picard, 1929, pp. 117 y 155.

(3) TRENCH ODENA, J., "La escribanía de Ramón Berenguer III (1097-1131): Datos para su estudio", *Saitabi* XXXI (Valencia, 1981), pp. 13-14. Es interesante también CARCEL ORTÍ, M.^a M., "El documento episcopal. Estado actual de sus estudios", *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, t. LVIII (julio-sept. 1982), pp. 471-511.

(4) GIRY, A., *Manuel de Diplomatie*, Reimp. Hildesheim-New York, 1972, Paris, 1894, p. 819.

(5) Cfr. ÁLVAREZ MÁRQUEZ, M.^a C., "El señorío de los Odena a través de la documentación existente en el Archivo Ducal de Medinaceli", *Historia, Instituciones, Documentos*, 5 (Sevilla, 1978), pp. 11-112. También LÁZARO DE LA ESCOSURA, P., "El condado de Prades: Contribución al estudio de sus documentos", loc. cit., 3 (1976), pp. 347-396; OSTOS SALCEDO, P., "Documentación del Vizcondado de Vilamur en el Archivo Ducal de Medinaceli. Estudio diplomático y edición", loc. cit., 8 (1991), pp. 267-384.

cejos, e incluso por sus aportellados, existen en la Alta Edad Media (6), pero su redacción y validación responde a unos caracteres que no permiten sostener la configuración de una diplomática especial, con independencia de la privada, hasta el siglo XIII. La cuestión de la diplomática concejil pertenece, por tanto, a la Baja Edad Media y a la Modernidad.

Es cierto que durante la Alta Edad Media, desde el momento en que cada ciudad o villa constituye su propio *concilium* y éste necesita conservar testimonios escritos de las acciones jurídicas que promueve en defensa de sus posesiones y derechos, se dan las condiciones para la aparición de documentos otorgados por los concejos, aunque entre los actualmente existentes son rarísimos los datados con anterioridad al siglo XII. Presentan éstos, por regla general, intituciones de gran sencillez, como: *Nos concilium de X*, o *Nos conceio de X*, según predominen en su tenor las reminiscencias latinas o la lengua romance. A veces, las intituciones son más explícitas desde el punto de vista social: *Nos totum concilium de Salamanca, caualeiros et pedones* (7) o *Nos toto conceio, de Resa et de Murello, tam infanções quam uillanos* (8). Son variantes de una misma fórmula diplomática que se repite constantemente en los más diversos puntos de la geografía de los reinos de Castilla y León; si bien, a veces, surgen intituciones peculiares, como la del concejo de Calahorra: *Nos Calagurritanus populus, tam maiores quam minores* (9).

Estos instrumentos, sin embargo, no pueden ser considerados, en sentido estricto, documentos concejiles, porque se trata de cartas de donación, ventas, convenios, etc., que no presentan diferencia esencial alguna, ni en su formulario ni en las formas de validación, respecto a la documentación privada coetánea. Podrían caber, en todo caso, dentro del amplio concepto de documentos municipales.

Veamos y analicemos someramente un ejemplo bastante expresivo:

"In Dei nomine. Nos toto conceio de Resa et de Murello, tam infanções quam uillanos. Uenit nobis in corde et uendimus uobis don Ferrando de Murello una nostra peza que habemus in termino de Repollo de Arcillas per VII.

(6) Año 955: "... *Nos omness qui sumus de concilio de Berbeia et de Barrio et de Sancti Saturnino, varones et mulieres, senices et iuvenes, maximos et minimos, totos una pariter qui sumus habitantes...*" MUÑOZ Y ROMERO, T., *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*, t. I. Madrid, 1847, p. 31.

(7) CARLE, M.^a C., *Del concejo medieval castellano-leonés*, Buenos Aires, 1968, p. 34.

(8) RODRÍGUEZ DE LAMA, I., *Colección diplomática medieval de la Rioja*, t. III: Documentos (1168-1225). Logroño, 1979, p. 42. La expresión más frecuente es: "Tam maiores quam minores".

(9) Loc. cit., docs. 228 y 248. Para que no haya duda de que a lo que se refiere el otorgante es a la asamblea concejil, en el segundo de los documentos citados se alude al "mandato de toto concello".

morabetinos et medio. Sic uendimus uobis ut habeatis illam saluam et liberam uos et omnis generacio uestra per secula cuncta. Habet allataneis ex una parte ipsemet don Ferrando et ex alia parte uia publica. Contrarians uobis pectet regi LX. solidos et uobis duplet ista peza ad suum limitem. Damus uobis fidiator de partes de Murello: Petro Ballalliel; testes qui uiderunt et audierunt Garcia Ualterra, Dominico Pascal, filio de Pascal de Menschetam. Damus uobis fidiator de partes de Resa: (...); testes qui (...). Facta carta in era M^a CC^a X^a VI Regnante rege Adefonsus in tote Castilla, de Cea usque ad Ibero. Dominante Murelo, Petro Roiz. Sub manu eius alcaides, fratres de Calatraua. Saiona, illa Aragonesa" (10).

Si en lugar de la intitulación concejil ponemos la de una persona particular, este documento del año 1178 se mostraría sin lugar a dudas como lo que en realidad es: una carta privada. En efecto, todas las formas que componen el tenor documental, desde la invocación verbal y el dispositivo con la expresión de los límites hasta las fórmulas de validación con los testigos, la data y los sincronismos (Regnante, Dominante, Alcaides, Saiona), responden al formulario consagrado en las coetáneas cartas de venta entre particulares.

Una vez determinado el marco cronológico en el que se desarrolla el documento concejil, es necesaria una referencia a la evolución de las instituciones municipales durante el período (Baja Edad Media, sobre todo), por cuanto el conocimiento de las líneas maestras de la organización del concejo y sus modificaciones es básico para la comprensión de las fases de la genética documental. En la historia de la evolución de los concejos de la Corona de Castilla durante la Baja Edad Media es clásica la distinción de dos etapas, cuyo gozne cronológico se asienta en la primera mitad del siglo XIV. Hasta entonces, según el profesor GIBERT, el concejo era al mismo tiempo *la entidad municipal y su institución representativa y rectora*, identificando a ésta con la asamblea general de vecinos (11). A partir de entonces, en virtud esencialmente de la política centralizadora de la monarquía, se produjo la sustitución de la asamblea general de vecinos, como órgano de gobierno municipal, por un consejo reducido que algún tiempo después se denominará regimiento (12).

(10) Archivo de la Catedral de Calahorra, perg. Sign. 84-2. Editado por RODRÍGUEZ DE LAMA. *Op. cit.*, doc. 265, pp. 42-43.

(11) GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, R., *El concejo de Madrid: I: Su organización en los siglos XII a XIV*, Madrid, 1949, p. 123.

(12) Cf. RUIZ DE LA PEÑA, J. I., "Tránsito del concejo abierto al regimiento en el municipio leonés", *Archivos leoneses*, 45-46 (1969), pp. 301-316. También del mismo autor "Notas para el estudio del municipio asturiano medieval (siglos XII-XIV)", *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1972, pp. 253-288; TORRES FONTES, J., "El concejo murciano en el reinado de Alfonso XI", *AHDE*, XXIII (1953), pp. 139-160.

La idea vertebral de esta visión, de inspiración jurídica y positivista, es que Alfonso XI, mediante diferentes ordenamientos impuestos a los respectivos concejos –generalmente justificados por los desórdenes e ingobernabilidad reinantes en las ciudades y villas afectadas– había puesto fin a la participación popular directa (o democracia interna, si se quiere) y a la autonomía que los municipios poseían frente al poder central, libertades encarnadas en los concejos abiertos o generales, para reemplazarlas por un régimen oligárquico y centralizado, cuyo beneficiario fue un grupo de notables de la población –los “omes bonos que an de veer fazienda del conçeio”, según les llaman los ordenamientos–, para los que pronto se generalizará el nombre de regidores. Algunos estudios, haciendo hincapié en los aspectos económicos y sociales, coinciden en sostener que la actuación de Alfonso XI significó a lo sumo la sanción legal de una situación fáctica preexistente, poniendo en entredicho las pretendidas libertades de los concejos medievales (13). Ciertamente ya en el siglo XIII se halla documentado el funcionamiento de algunos consejos reducidos y además es probable que las principales ciudades de Andalucía, debido al número de su población y a su estructura social, no fueran gobernadas nunca por medio de un concejo abierto en el que intervinieran todos sus vecinos (14). Por otra parte, es lo que sucedió en los grandes núcleos urbanos (Barcelona, Valencia, Zaragoza) de la Corona de Aragón (15).

Sin embargo, desde el punto de vista diplomático, lo más relevante es la evolución institucional y las modificaciones que se producen en el régimen municipal. Por lo que, a nuestro objeto, basta con la comprobación de que, entre finales del siglo XIII y mediados del siglo XIV, cristaliza en las entidades municipales castellanas un cambio de régimen jurídico trascendente, en el sentido de que tendrá una proyección directa en la génesis de los documentos. La implantación del régimen de corregidores, su extensión (16) y generalización, que también incidirá sobre la *actio* como

(13) ESTEPA DÍEZ, C., *Estructura social de la ciudad de León (siglos XI-XIII)*. León, Centro de Estudios e Investigación “San Isidoro”, Archivo Histórico Diocesano, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de León, 1977; RUIZ, T. F., *Sociedad y poder real en Castilla*, Barcelona, 1981; BARRIOS GARCÍA, A., *Estructuras agrarias y de poder en Castilla. El ejemplo de Ávila (1085-1320)*, Salamanca, Universidad, 1983, 2 vols.; etc.

(14) Para Sevilla, véase LADERO QUESADA, M. A., *La ciudad medieval*, Sevilla, Universidad, 1976, pp. 134 y ss.

(15) Cf. FALCÓN PÉREZ, M.^a I., *Organización municipal de Zaragoza en el siglo XV*, Zaragoza, 1978, pp. 59 y ss.; BATLLE GALLART, C., *La crisis social y económica de Barcelona a mediados del siglo XV*, Barcelona, 1973. En especial las páginas 36 y siguientes; BELENGUER CEBRIÁ, E., *Valencia en la crisis del siglo XV*, Barcelona, 1976, pp. 24-31, 33 y ss.

(16) MITRE FERNÁNDEZ, E., *La extensión del régimen de corregidores en el reinado de Enrique III de Castilla*, Valladolid, Universidad, 1969.

revelarán las intituciones, será un nuevo hito en esta vía de centralización oligárquica del gobierno municipal que alcanzará su plenitud con los Reyes Católicos (17).

II. Escribanos de concejo y escribanos públicos

En el concejo como institución y en los oficiales del mismo capacitados para promover la emisión de documentos reside lo esencial de la *actio*, porque concejo y oficiales son los autores jurídicos del documento y su actuación es la justificación primaria de la existencia de una diplomática municipal. Por lo que se refiere a la *conscriptio*, la otra fase de la genética documental, el elemento fundamental es el *rogatario* o responsable, a ruego de una o ambas partes (autor y destinatario), de poner por escrito la acción jurídica, con las formalidades legalmente exigidas para que el testimonio resultante tenga carácter de prueba.

Como ya nos hemos referido a los autores de los documentos y la figura del rogatario-escribano, puede servir de aglutinante para el conocimiento de la génesis de la documentación municipal, vamos a centrar ahora la exposición en la definición del escribano y de la “cancillería inferior” u oficina expedidora de documentos que denominamos “escribanía concejil”.

El estudio de los escribanos de concejo que realiza PINO REBOLLEDO (18) no establece una delimitación precisa entre los escribanos o notarios públicos y los de concejo. Es una carencia grave, porque si llegamos a la conclusión de que tal distinción no existe, tampoco podría verificarse el funcionamiento independiente de una escribanía concejil ni deslindar la documentación concejil de la documentación privada. En el mejor de los casos, esta indefinición parecería atribuir a todo documento municipal el carácter de documento mixto, es decir, de documento en cuya redacción o perfección intervienen un notario público y una oficina cancelleresca, según lo define PRATESI (19), y esto no es admisible como afirmación general, aunque sí sea correcto para calificar a ciertos tipos documenta-

(17) Para una exposición más detallada de estos aspectos, que resultaría bastante superflua aquí, remitimos a GONZÁLEZ ALONSO, B., *El corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1970; y BERMÚDEZ AZNAR, A., *El corregidor de Castilla durante la Baja Edad Media*, Murcia, Universidad, 1974.

(18) PINO REBOLLEDO, F., *Diplomática municipal. Reino de Castilla: 1474-1520*, Valladolid, Universidad, 1972, pp. 19-31. Mucho más preciso es el estudio de GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, R., *El concejo de Madrid: I, Su organización en los siglos XII a XIV*, Madrid, 1949, pp. 232-239.

(19) PRATESI, A., *Genesi e forme del documento medievale*, Roma, 1979, p. 23.

les, según habremos de señalar en el momento de analizarlos individualmente.

Por el contrario, en el estudio de la documentación de Écija, la profesora SANZ FUENTES establece una clara distinción entre escribanos públicos y de concejo, al demostrar que, pese al silencio de Las Partidas al respecto, la figura del escribano de concejo existía ya en la práctica y en los textos jurídicos locales. En concreto, el Fuero de Écija del año 1266 —el mismo que Fernando III había otorgado a Córdoba veinticinco años antes— legisla todo lo referente al nombramiento de este oficial concejil y las condiciones requeridas para el desempeño del oficio. Obligaciones suyas eran “redactar los documentos intitulados por el concejo y poner por escrito los acuerdos tomados en cabildo en el libro de actas” (20).

Otros muchos testimonios, aparte de los textos forales, avalan la existencia de escribanos de concejo antes de Alfonso X, desde al menos el siglo XII. ¿Qué otra interpretación cabe dar a la aparición de la suscripción, hacia 1178, *Dominus Nunnus, notarius concilii de Benevento* entre los testigos de un pacto del monasterio de San Pedro de Montes? (21); o ¿de qué otra forma puede explicarse la mención en 1229 de un *Scriptor concilii Legionis*? (22).

En suma, el desarrollo de la organización municipal en el siglo XII lleva consigo la aparición en ella de un escribano del concejo. Pero ocurre, como certeramente apunta GARCÍA GALLO (23), que éste “no sólo interviene en los asuntos propios del concejo, sino también autorizando documentos privados”. La confianza depositada en él por el concejo era el mejor aval para los particulares en esta etapa final de la Alta Edad Media, cuando no se disponía de una reglamentación general.

Sobre la situación descrita se superponen los textos legislativos del Rey Sabio. Ni en el Fuero Real ni en Las Partidas está expresamente mencionada, en efecto, la figura del escribano de concejo, pero sí puede considerarse implícita. Porque lo que, en definitiva, pretendían los ordenamientos reales de los escribanos públicos era reforzar y sancionar jurídicamente el oficio de escribir documentos en las ciudades y villas, revis-

(20) SANZ FUENTES, M.^a J., “Tipología documental de la Baja Edad Media castellana. Un modelo andaluz: Écija”. En *Archivística. Estudios básicos*, Sevilla, 1991, p. 198. Los fueros de Cuenca, Salamanca y otros muchos contienen también ordenamientos al respecto (cf. CARLÉ, M.^a C., *Del concejo medieval...*, p. 121).

(21) QUINTANA PRIETO, A., *Tumbo viejo de San Pedro de Montes*, León, 1971, núms. 220, 322.

(22) Archivo de la Catedral de León, 511. Tomado de ESTEPA DíEZ, C., *op. cit.*, p. 459.

(23) GARCÍA GALLO, A., “Los documentos y los formularios jurídicos en España hasta el siglo XII”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado (Homenaje a Núñez Lagos)*, XXII/1 (1978), p. 171.

tiéndolo de fe pública. Para ello, de acuerdo con la ideología imperante tras la recepción del Derecho Romano, el camino más seguro pasaba por la uniformización y centralización de este oficio, que supone el preceptivo nombramiento del rey o de aquél en quien delegare (24).

Que la expuesta era la intención última de Alfonso X lo revelan las reacciones producidas en las ciudades y villas frente a las nuevas leyes, al considerar cercenado uno de sus derechos consagrados por fuero o costumbre. El caso de Baeza es revelador: el rey, que había impuesto a esta villa cierto fuero (probablemente el Fuero Real) acorde con la nueva situación, expidió en 1273 un privilegio rodado al concejo de Baeza, por el que le concedía que volviera a regirse por el fuero de Cuenca, como lo había tenido en tiempo de su padre Fernando III, haciendo mención expresa de que tuviera su propio escribano (25). No hubiera cedido el rey si no se hubiera producido una reclamación del concejo contra su proyecto centralizador. Hay pruebas de que algo similar ocurrió en otras ciudades y villas, porque ni siquiera se llegó a imponer una centralización general en las escribanías públicas; hecho muy significativo, teniendo en cuenta las vinculaciones que existirán, como veremos, entre los titulares de éstas y los escribanos de concejo. Efectivamente, el monarca irá reconociendo a Toledo, Cuenca, Sevilla, Murcia y otras ciudades el derecho a la creación de escribanos públicos, mediante privilegios confirmatorios, en general, de antiguos usos y costumbres (26). Otras villas y ciudades, aunque no se conserve actualmente el privilegio o carta de concesión al efecto, poseían también en la práctica este derecho, como lo confirman los nombramientos de notarios públicos expedidos por el concejo (27).

(24) *Las Siete Partidas del sabio rey don Alfonso el nono, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López*. Salamanca, Andrea de Portonaris, 1995. Tres t. Significativo resulta el **tít. XIX** de los escribanos e quantas maneras son dellos e que pro nasce de su oficio quando lo fezieren lealmente: ...*Lealtança es una bondad que está bien en todo omo. E señaladamente en los escribanos que son puestos para fazer las cartas de los reyes, o las otras que llaman públicas, que se fazen en las ciudades e en las villas.... Ley I que quiere decir escribano: Son dos maneras dellos los que escriben los privilegios, e las cartas, e las actas de casa del Rey, e los otros que son los escrivanos públicos que escriuen las cartas de las vendidas e de las compras, e los pleytos, e las posturas que los omes ponen entre si en las cibdades e en las villas. Ley III Quien debe poner los escrivanos en la corte del Rey, en las ciudades e en las villas... Mas escrivanos públicos del concejo cuyas cartas deben ser creydas por todo el reyno ninguno non los puede poner si señaladamente non les fuese otorgado poderío del rey de los fazer.*

(25) *Privilegios reales y viejos documentos*, II, Baeza IV, Madrid, MCMLXIV. Col. Joyas Bibliográficas. Su data: Toledo, 24 de enero de 1273.

(26) BONO, J., *Historia del derecho notarial español: I, La Edad Media*, vol. 1, Madrid, 1979, pp. 258-259.

(27) Para León, véase MARTÍN FUERTES, J. A., "Notarios públicos y escribanos del concejo de León en el siglo XIV", *Archivos Leoneses*, 75 (1984), pp. 7-30.

¿Cuál es la situación tras la obra legislativa de Alfonso X?

En primer lugar, perdura la figura del escribano de concejo, en principio, con el carácter que le conferían los fueros locales, pero sin competencias en cuanto a la redacción y validación de los documentos particulares que, en cumplimiento de la legislación alfonsina, quedan reservados para los escribanos públicos. Se ha establecido, pues, una importante delimitación de los campos respectivos de actuación, lo que comporta consiguientemente una notable definición de la escribanía del concejo frente a las escribanías públicas de la misma población.

En segundo lugar, los escribanos públicos de muchas ciudades y villas reciben la provisión de sus oficios de parte de los respectivos concejos, por lo que se les suele denominar “notarios públicos del concejo” (28). Es una expresión que nada tiene que ver con la escribanía concejil, pero que es reveladora de la vinculación municipal de este oficio; carácter que no perderá totalmente hasta los Reyes Católicos y comienzos de la Edad Moderna (29).

La consecuencia de las premisas anteriores es que las autoridades concejiles tienden a investir del oficio de escribano de concejo a notarios o escribanos públicos del número de la misma ciudad o villa, con lo que este oficio –eminentemente local, rotativo y anual en los siglos XII y XIII– se profesionaliza durante los siglos siguientes y acaba, en muchos casos, convirtiéndose en vitalicio y patrimonial. Es en este contexto donde cobran pleno sentido intituciones como ésta del año 1440:

“... En presençia de mí Aluar Rodríguez, notario público por nuestro señor el Rey en la dicha çibdat de Astorga e notario de la poridat del conçejo, juezes e regidores e omes buenos de la dicha çibdat...” (30).

(28) BONO, *op. cit.*, pp. 242-243 (nota 3), dice: *Estos “escrivanos de las cibdades, villas e logares” todavía no se denominan en España “escribanos públicos”; el término característico es “escrivano de conçeio” (cfr., por ejemplo, Espéculo. 4.12.9, 10, 11, 36), de no mucha precisión, pues esa denominación es la propia del oficio secretarial del municipio (conçeio), diferente del oficio notarial (aunque ambos puedan ser ostentados –especialmente en las ciudades– por un mismo notario.*

(29) MARTÍNEZ GIJÓN, J., “Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna”, *Centenario de la Ley del Notariado. Estudios históricos*, vol. I, Madrid, 1964, p. 280.

(30) Archivo Municipal de Astorga (AMA), 2330, 1, perg. 1. Más expresiva, si cabe, es la formulación siguiente: “... en presençia de mí Rui Sánchez, scrivano público de la dicha villa de Cuéllar e de los fechos del conçejo della, e en presençia de mí Alfonso Sánchez de Madrigal, scrivano de nuestro sennor el Rey e su notario público en la su corte e en todos los sus regnos e scrivano de los fechos e negoçios del conçejo e omes buenos de la dicha villa de Portillo... (año 1447). UBIETO ARTETA, A., *Colección diplomática de Cuéllar*, Segovia, 1961, p. 269.

O como la siguiente, en la que no hay duda del carácter hereditario del cargo reclamado para el vástago del notario más acreditado durante el siglo xv en Astorga:

“Petección que se dió a Garçía, fijo de Aluar Alonso, para que aya la primera notería que vacar” (31).

En su estudio, los escribanos de la Corona de Castilla en el siglo xv, el profesor ARRIBAS ARRANZ acertó con el nudo de la cuestión al afirmar que el título de escribano público tenía un carácter genérico (vendría a ser el resultado de un examen, ante los oficiales reales comisionados, para el ingreso en dicho cuerpo) que capacitaba al que lo poseía para adscribirse a oficios concretos en las ciudades y villas del reino: las notarías públicas del número, las escribanías de rentas y –lo que más nos interesa aquí– las escribanías de los concejos (32).

III. La escribanía concejil

La paulatina profesionalización del oficio de escribano de concejo y la mención de la poridad vinculándola a su función –en relación con la aparición de esta cancillería desde finales del siglo xiii (33)– son indicios fehacientes del funcionamiento normalizado de una “cancillería” u oficina expedidora de documentos municipales, organizada en torno al escribano de concejo.

Pero antes de entrar en la exposición de los caracteres que presenta esta escribanía en los siglos xiii a xvi, es imprescindible la comprobación de la nomenclatura aplicada, pues la ausencia de criterios a este respecto puede producir –y, de hecho, así ha ocurrido– confusiones de base que invalidan el posterior análisis y sus conclusiones. Los términos “escribano” y “notario” se utilizan indistintamente en la documentación de muchas ciudades y villas para referirse al oficial responsable de su cancillería municipal. Estos términos, a su vez, suelen ir acompañados de un complemento determinativo: “de concejo”, que es el más frecuente; pero a medida que avanzamos en el tiempo se documentan cada vez más profusamente denominaciones como “escribano de la poridat” y “del consistorio” e incluso “del regimiento”. Como estos últimos son los nombres

(31) AMA 2330, l. Acuerdo 1457 (518).

(32) ARRIBAS ARRANZ, F., “Los escribanos públicos en Castilla durante el siglo xv”, *Centenario de la ley del notariado. Estudios históricos*, vol. I. Madrid, 1964, pp. 170-171.

(33) Cfr. SÁNCHEZ BELDA, L., “La cancillería castellana durante el reinado de Sancho IV”, *AHDE*, XXXI-XXXII (1951-1952), pp. 171-223.

que reciben las reuniones o asambleas del órgano gubernativo del municipio desde mediados del siglo xiv, en Andalucía, Canarias y la América española se utilizará el equivalente: “escribano de cabildo”.

Bien avanzado el siglo xv se abre paso el término de “escribano del ayuntamiento”, título que será predominante en la Edad Moderna. El término “secretario”, que sustituirá al de escribano en los ayuntamientos, aparece ya consignado en una ordenanza de la ciudad de León del año 1515, explicando su acepción originaria; al definir la figura de escribano del ayuntamiento, se dice que es el “escribano de concejo, poridad y consistorio” y que está obligado a guardar secreto, como “secretario o escribano de ayuntamiento que es principalmente” (34).

La provisión de la escribanía mediante el nombramiento de su titular o titulares correspondía en la mayoría de las ciudades y villas al propio concejo. La provisión real directa era algo excepcional, pero no la designación por los señores en las poblaciones sometidas a su jurisdicción. En el momento de tomar posesión, el escribano había de prestar juramento en consistorio o ayuntamiento de guardar el secreto de las deliberaciones, a las que asistía con voz pero sin voto. La ceremonia proseguía *en segundo lugar, con la recepción del signo, otorgado por el propio concejo, que habría de figurar en todas las escrituras autorizadas por el nuevo notario, a cuyo efecto se mandaba registrar poniéndolo “en el arca del dicho concejo, segunt que lo acostumbra fazer los otros notarios de la dicha çibdat quando les proueyen e dan los oficios”* (35). Gozaba de un salario anual, devengado de los propios y rentas del concejo y, según los lugares, de otros derechos y exenciones.

Las competencias del escribano de concejo o ayuntamiento son las que mejor definen a la “cancillería” municipal. Ya hemos venido aludiendo a la función secretarial en los ayuntamientos o cabildos como característica de este oficial, al tiempo que como elemento delimitador respecto a las funciones escriturarias de los escribanos públicos. Las propias fórmulas utilizadas por los documentos para referirse a este escribano aportan los primeros testimonios sobre sus obligaciones al denominarle “notario que a de escribir e tener los libros del dicho concejo” o “escribano de los fechos e quantas”. Se conservan algunos restos de “*libros de fechos*” del siglo xiv y bastantes más del siglo xv (36), conteniendo los acuerdos concejiles. Por lo que se refiere a las cuentas, el escribano había

(34) Archivo Histórico Municipal de León (AHML) Leg. 122, núm. 1, fol. 36.

(35) AHML, doc. 246. Editado por MARTÍN FUERTES, J. A., *Notarios públicos y escribanos del concejo...*, p. 16.

(36) Este es el encabezamiento de los acuerdos de Madrid del año 1481: “*Libro de los fechos del Concejo de la noble e leal villa de Madrit desde primero día*”. MILLARES CARLO-ARTILES RODRÍGUEZ, *Libros de acuerdos*, I. P. XIII.

de estar presente en las derramas y repartimientos como al “hacimiento de las quantas” por los contadores del concejo, para realizar los asentamientos pertinentes en su registro; además era preceptiva su signatura para la expedición de los libramientos y cartas de pago otorgadas por el concejo o, en nombre de éste, por el mayordomo (37).

En suma, cabe afirmar que, por regla general, es competencia y responsabilidad del escribano de concejo la redacción y validación, mediante su signo y suscripción, de los documentos concejiles. No obstante, la configuración que la escribanía concejil alcanza en las distintas villas y ciudades no es uniforme, sino que varía en función de la entidad y nivel de organización que poseen unos y otros concejos. En aquellas poblaciones que experimentan un importante desarrollo demográfico, económico y político-institucional, el escribano de concejo se convierte en un personaje poderoso, a cuyo cargo se hallan los registros y el arca de concejo (38) –primitivo archivo municipal– y que tiene a sus órdenes amanuenses que realizan, mediante formularios (39), la escrituración material de los libros y documentos. Desde mediados del siglo xv, las principales ciudades disponen de auténticas “cancillerías” municipales, presididas por un “escribano mayor” asistido por uno o varios lugartenientes (40). Por el contrario, en las poblaciones de menor entidad la escribanía no experimenta un desarrollo semejante, sino que los pasos de la *conscriptio* debieron permanecer en manos de un solo individuo.

IV. El *iter* del documento concejil

Finalmente, veamos el proceso seguido por el documento concejil, desde el momento en que sus autores lo proyectan hasta su remisión al destinatario, porque servirá como resumen de toda la genética documental.

(37) SANZ FUENTES, M.^a J.; SIMÓ RODRÍGUEZ, M.^a I., *Catálogo de los documentos contenidos en los Libros de Cabildo del concejo de Sevilla*, Sevilla, Universidad, 1975, núms. 942, 1055, 1231, etc. Véase cómo describe el cargo de escribano el *Fuero de Cuenca* (ed. Tormo, Cuenca, 1978, p. 152): “El escribano sea fiel en la lectura del Libro, en las Cuentas del Concejo y en el padrón del Concejo, de manera que lo conserve siempre tal como lo escribió con los jurados. Guárdese también de borrar o escribir algo en el Libro sin orden del Rey o de todo el Concejo. Las cuentas del Juez y de los alcaldes, llévelas fielmente de manera que no cometa fraude en ellas” (finales del siglo xii). Pueden verse más precisiones en el artículo citado de MARTÍN FUERTES, J. A., *Notarios públicos y escribanos del concejo...*, pp. 19-20.

(38) Cf. UBIETO, *Colección de Cuéllar*, pp. 603 y 605 (Data: Cuéllar, 14 de julio de 1441).

(39) *Minuta para dar testimonios autenticados autorizados de justicia y sellados con el sello y armas desta ciudad de León* (año 1599). AHML, Oficio de Ayuntamiento, 133-2.

(40) SANZ FUENTES-SIMÓ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, núms. 1538, 1540, 1459, 1460, etc. En Burgos, la figura del “escribano mayor” aparece ya en 1345, al constituirse el regimiento; GONZÁLEZ DÍEZ, E., *Colección diplomática del Concejo de Burgos*, Burgos, 1984, doc. 197, pp. 360-365.

El punto de partida ha de situarse en las asambleas o sesiones que la corporación de gobierno —concejo, regimiento— celebraban determinados días de la semana, en presencia de su notario o escribano, para tratar de los asuntos tocantes a la administración municipal y decidir sobre las peticiones u otros instrumentos escritos presentados a su consideración por personas o entidades. Producto de las deliberaciones eran los acuerdos que, por una parte, eran asentados en el registro o “libro de los fechos del Conçejo” (en el siglo xvi será más frecuente el nombre de “Registro de los fechos del Regimiento”) por el escribano; y que, por otra parte, se traducían en un mandato (*iussio*) a éste para que dispusiera la redacción del documento correspondiente de respuesta a las peticiones y correspondencia recibidas.

El notario o escribano redactaba primero la minuta o nota, documento de carácter preparatorio de importancia esencial en la confección del documento original, pues gracias a ella se puede hacer éste con mayor facilidad. Más tarde extendía el *instrumentum publicum* [escribía de su propia mano el diploma, o daba las órdenes e instrucciones oportunas a sus subordinados en la escribanía del concejo (41)], procediendo luego a su validación y despacho o remisión al destinatario por medio de los procuradores-personeros de éste o utilizando los andadores y pregoneros del concejo (42).

Es tan sustancialmente distinto el momento de la *actio* o hecho jurídico del propio de la *conscriptio* o puesta o por escrito de aquél, que puede tener lugar pasados unos días. La *conscriptio* reproducirá fielmente la *actio* con la ayuda de la minuta: *Fízose después por nota que quedó aca, leuola signada.* (43).

La validación de los documentos responde a la evolución experimentada por la organización municipal y, en especial, por su escribanía. En los siglos xii y xiii se utiliza profusamente la carta partida por a,b,c, y se recurre a los sincronismos cronológicos (“Regnante”, “Dominante”, “Tenente”) y a las amplias relaciones de testigos, al igual que en los

(41) *La Siete Partidas...*, t. II. **Ley V** *Quales cosas son las que deven guardar los escrivanos ... e otrosi deven guardar que las cartas que les mandaren fazer que las fagan de sus manos mismas, e non las den a otro a fazer.*

(42) ... *Este dicho día el dicho conçejo mandó que por quanto el dicho Diego Ferrández, por su mandado, auía dado al bachiller Diego Ferrandez çient marauedis para espedir vna prouisión del rey nuestro sennor, sobre una peteçión que leuó sobre los auenidos, çêtera, de X annos a esta parte e mas çiento e çinquenta marauedis a Juan de Tardajos que se dieron para otras cosas conplidera çêtera, que manda que lle sean resçevidos en cuenta. Testigos: Los de suso.* AMA 2330, 1. Acuerdo 1450 (411).

(43) Acuerdo 1449 (333).

documentos particulares coetáneos (44). Sin embargo, con la configuración específica del documento concejil, los elementos fundamentales de la validación serán la suscripción del escribano y la aposición del sello del concejo. Algunos tipos documentales llevan ordinariamente las firmas de ciertos oficiales, que parecen cumplir tanto una función validativa como de control o *recognitio* del documento en limpio (*mundum*).

En cuanto al sello, su empleo como signo de validación no está reglamentada por ninguna ley general y en los fueros locales las menciones suelen limitarse a ordenar o autorizar su posesión. Era el signo, por excelencia, de la capacidad jurídica del concejo, por lo que se tendía a validar con él los diplomas de mayor solemnidad o importancia. En una primera etapa, el sello era pendiente, porque la materia de los documentos era el pergamino, y las tablas que servían de matriz estaban depositadas (*en fiedad*) en manos de dos *hombres buenos* que custodiaban cada uno la suya, según disponen las Ordenanzas de Oviedo del año 1262 (45). Mas adelante, lo más usual será su depósito en el arca de concejo, cuya apertura requería el concurso de dos o tres llaves (46), una de las cuales estará desde el siglo xv en manos del escribano mayor del concejo o ayuntamiento.

V. A modo de conclusión

Se puede llegar a la conclusión de que dos son los requisitos imprescindibles para que un diploma pueda ser calificado de concejil y además han de darse conjuntamente. El primero de ellos, la intitulación del propio concejo o —a partir del siglo xiv— del organismo corporativo en el que reside el gobierno del municipio: el Regimiento. El segundo requisito es la validación del documento mediante la presencia de alguno de los instrumentos específicamente concejiles: el sello, el notario o escribano (de concejo, de cabildo, de consistorio) y las suscripciones de los oficiales concejiles capacitados para ello o al menos su presencia como intervinientes.

(44) Respecto a los testigos, ha de advertirse que se mantiene la tradición de citar a tres personajes convencionales, no reales, que se repiten constantemente con variantes mínimas: "Petrus, Dominicus, Iohannes". Alguno de éstos se intercambia, a veces, con "Martinus" y raramente con otro nombre. MARTÍN FUERTES, J. A., "Los notarios en León durante el siglo xiii", en *Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo xiv*, Valencia, Generalitat de Valencia, 1989, t. I, p. 602.

(45) VIGIL, *Colección diplomática de Oviedo*, p. XIX, cfr. CARLE, *Del concejo medieval*, p. 68.

(46) Véase por ejemplo SÁEZ, *Colección diplomática de Sepúlveda, I (1076-1454)*, Segovia, 1956. Doc. 77, p. 256. Su data: Sepúlveda, 7 de marzo de 1395. E igualmente PINO REBOLLEDO, *op. cit.*, pp. 50-51.

Para terminar de arrojar luz sobre la conclusión precedente diremos que documento concejil es el testimonio escrito de un hecho de naturaleza jurídica otorgado o intitulado por el concejo y compuesto con intervención de la escribanía concejil. Mientras que el término de documentación municipal engloba a todos los testimonios escritos de acciones jurídicas promovidas por organismos u oficiales del concejo. Todos los documentos concejiles son municipales, pero no a la inversa, porque la mayoría de los instrumentos comprendidos en esta última categoría presentan una gran diversidad en cuanto a su otorgamiento y no precisan la intervención de la escribanía concejil para alcanzar su perfección. Al contrario, muchos documentos municipales aparecen validados también –e incluso solamente– por escribanos públicos, con lo que adoptan un carácter mixto, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el diplomático, o se integran sencillamente dentro de la categoría de documentos privados.

SOBRE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS QUE DIFICULTAN EL TRÁFICO JURÍDICO

Repaso a una vieja cuestión

FRANCISCO SAURA BALLESTER

Notario

SUMARIO: **I.** JUSTIFICACIÓN DEL TEMA. **II.** PROBLEMAS QUE ORIGINAN ESTAS DISPOSICIONES. **1.** Cómo y cuándo se plantean y quién solicita solución. **2.** Motivos actuales de estas cláusulas. **3.** Ámbito familiar y social donde aparece el problema y cobertura jurídica que suele ofrecer. **III.** RECURSOS DE TÉCNICA JURÍDICA QUE AL EFECTO MANEJAN LA TEORÍA, LA PRÁCTICA Y LA JURISPRUDENCIA. **1.** Tendencia a buscar solución única aplicable a todos los casos. **2.** Situaciones jurídicas de pendencia. Titularidades interinas y preventivas. **3.** La subrogación real. **4.** El administrador con facultades de disposición. Consideración especial del usufructuario con nudo propietario indeterminado. **5.** Recurso técnico de la aplicación analógica. **IV.** POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. **1.** Del Tribunal Supremo. **2.** De la Dirección General de los Registros y del Notariado. **V.** LA CUESTIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS. **1.** Derecho extranjero. **2.** Derecho foral. **VI.** CONCLUSIONES. **1.** De *lege ferenda*. Necesidad de una reforma. **2.** De *lege data*. **a)** *La interpretación integradora. Análisis de la jurisprudencia existente.* **b)** *Jurisprudencia cautelar. Precauciones adoptables.* OBRAS CITADAS. JURISPRUDENCIA CITADA EN ESTA OBRA.

1. Justificación del tema

Con el indicado título, genérico y por ello poco significativo, hemos agrupado un conjunto de casos, ofrecidos reiteradamente por la práctica, que son efecto de disposiciones testamentarias (sustituciones fideicomisarias, instituciones *sine liberis decesserit*, usufructos sin nudos propietarios) que dan lugar a que patrimonios y bienes carezcan de momento de un titular con facultades dispositivas, lo que trae como consecuencia una inmovilización de los derechos.

Tratar de inmovilización de la propiedad como efecto de ciertas disposiciones testamentarias no puede presentarse como tema nuevo. Su sola enunciación nos sugiere ideas de problemas arcaicos, propios de tiempos pasados en los que abundaban en la vida jurídica las vinculaciones y los fideicomisos, instituciones hoy ya consideradas como puras reminiscencias con tendencia a la desaparición.

La institución tipo, que fue la sustitución fideicomisaria, se dice que entró en declive a finales del siglo XVIII, con la Revolución Francesa; la inmediatamente posterior legislación desamortizadora en nuestra patria (1); la tendencia abolicionista de los Códigos del siglo XIX (francés, italiano de 1865, y nuestro proyecto de 1851).

Esta tendencia limitativa, que en principio pareció definitiva, fue superándose. Las vinculaciones y mayorazgos, causantes de la amortización, se consideraban como inadmisibles, porque producían una amortización perpetua, pero no ocurría así en las sustituciones fideicomisarias, ya que éstas sólo producían una vinculación temporal. Así, esta institución, que según el artículo 629 del proyecto de 1851 quedaba abolida (2), pasó al proyecto de 1882 y de aquí al Código civil, con limitaciones en los llamamientos. Así pues, cuando se estaba preparando su desaparición, se recoge en el Código civil esta figura jurídica, que no ha sido objeto de ningún reto-

(1) Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho Civil*, t. VI, vol. 1.º, pp. 657 y ss. PUIG PEÑA, *Derecho Civil*, t. IV, vol. 2.º, edición 1965, pp. 1391 y ss. Legislación desamortizadora, 11 de octubre de 1820; Decreto 15 de mayo de 1821; Ley 21 de junio de 1821; Decreto 30 de agosto de 1836 y Ley 19 de agosto de 1841.

(2) El artículo 629 de dicho proyecto dice: "La sustitución de heredero en segundo o ulterior grado para el caso de que el nombrado en grado anterior no quiera o no pueda aceptar la herencia, es la única sustitución reconocida por la Ley, salvo lo dispuesto en el artículo 638". Y este último dice: "No se entiende sustitución prohibida la disposición en que el testador deje la propiedad a uno y el usufructo a otro u otros con la limitación prescrita en el artículo 437 (... con tal que existan al tiempo de morir el constituyente). Puede también el testador dar sustituto en los bienes de libre disposición a su hijo, con la carga de haberlos de restituir a los hijos que el segundo tenga o tuviere en adelante, limitándose la sustitución a los nietos del testador, sin pasar a otros grados. En este caso, el hijo gravado con la restitución queda sujeto a todas las obligaciones del usufructuario". *De concordancias, motivos y comentarios al Código Civil*. Florencio GARCÍA GOYENA, 1852. Edición de 1973 de Editorial Base.

que posterior a la promulgación de dicho cuerpo legal, y manteniendo la gran laguna que presenta desde un principio, y que es la inexistencia de preceptos reguladores de las facultades del fiduciario durante el período de pendencia, que puede ser muy largo.

Las lagunas de la Ley, los términos ambiguos, susceptibles de múltiples interpretaciones, constituyen un reto en la práctica del Derecho. También entra en el caso el envejecimiento de la Ley, que se produce con bastante rapidez. Dice IHERING: “La Ley queda fija en el momento aquel en que fue escrita, mientras la vida sigue en ininterrumpido movimiento; sin embargo, esta última (la vida) deberá someterse a la vieja norma del pasado”. El remedio a estas situaciones de dificultad en la aplicación del Derecho hemos de buscarlo en la interpretación y en buena medida en la sensibilidad e intuición del jurista, puesto que si ya la ciencia, que tiende al conocimiento de la verdad, tiene muchas veces difícil el camino que lleva al logro de la verdad absoluta, esta dificultad se agrava cuando a la ciencia la adjetivamos con el calificativo de jurídica. Si queremos concebir como ciencia pura a la ciencia del Derecho, tenemos que centrarla en la idea de lo justo, que es también mutable de unos hombres a otros, de unas épocas a otras y de una a otra civilización, por ello vemos que, aun en su concepción más pura, nunca podremos llegar a una verdad inmutable.

La ciencia del Derecho, que comúnmente se define como conocimiento de las Leyes y de los procedimientos para aplicarla en la consecución de lo justo, es una ciencia aplicada. Como dice DE CASTRO: “no puede tener aspiraciones de pureza o exclusividad metódica... su carácter de ciencia aplicada del Derecho la coloca en la situación de mediadora entre la idea de Justicia y la realidad jurídica” (3). Así, tendremos, por un lado, el sentido de lo Justo; por otro, la Ley, o mejor dicho, el ordenamiento jurídico. La armonía se encuentra en el punto de confluencia de ambos conceptos, y el camino que desde uno y otro lado nos lleva al encuentro, no es único, pueden ser muchos, contando que de una parte la idea de justicia no es inmovible y que de la otra nos encontramos con unas normas interpretables de formas diferentes, sin contar que también puede variar el medio de conexión que utilicemos.

Para conseguir que unas Leyes, con más de un siglo de vida, sean Ley incompleta. Ley desajustada a la realidad social en que ha de aplicarse, pueda llevarnos con la mayor proximidad posible a la idea de lo Justo, tendremos que estar atentos a cuáles fueron sus fines y analizarlos, cuáles de ellos y qué aspectos de ellos son lo menos mudable, compararlos con las circunstancias sociales actuales y procurar adaptarlos a éstas.

(3) DE CASTRO, *Derecho Civil de España. Parte General*, t. I, pp. 71 y 72.

Todos los procedimientos que para ello utilizemos son loables, pero también susceptibles de rectificación y de mejora. Con todo ello venimos a decir que las conclusiones que podemos sentar no son, ni siquiera intentar parecer afirmaciones científicas, verdades absolutas. Se trata simplemente de exponer unas experiencias, unos recursos de práctica y de técnica jurídica que pretenden encontrar solución a un problema. Sólo el planteamiento del mismo y su enfoque desde esos diversos puntos de vista pudieran constituir una aportación.

Considerando, pues, que nos enfrentamos con un problema resultante de la inclusión en el Código civil de una institución que un siglo antes estaba destinada a la desaparición. Que tal vez la improvisación produjo como resultado que la regulación general fuera muy breve, reducida a marcar la limitación de llamamientos y pocas normas más, y dejando de regular toda la vida de la institución, mientras están los bienes en poder del fiduciario, podemos llegar a la conclusión de que el problema no ha desaparecido, sino que se ha agravado.

Recién aparecido el Código civil, el problema que esta laguna legal plantea, y que no es otro que una fuerte limitación al tráfico jurídico, no fue afrontado desde sus muchos inconvenientes por los tratadistas y comentaristas de aquella época (SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA), y sólo muchos años después, juristas prácticos (4) propusieron posibles soluciones al problema, en particular fue al final de los años cuarenta cuando se publicaron sus respectivos trabajos, que fueron entonces muy comentados. Aparte de ello, salvo el estudio obligado del tema por los tratadistas del Derecho Civil Español, al llegar a estos capítulos, y el de los exégetas del Código civil al comentar los artículos correspondientes, son escasos los trabajos dedicados a estas cuestiones.

Sin embargo, siempre se nos ha ofrecido éste como un tema proteico, donde son cambiantes desde las circunstancias sociales y económicas que agravan o atenúan el problema, hasta el talante con que lo afrontan tanto la doctrina científica como la jurisprudencial. Desde los citados trabajos hasta la fecha (más de cuarenta años) se han producido interesantes evoluciones en las escalas de valoración de los intereses en juego, y también

(4) CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la, "Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1948, pp. 673 y ss. GONZÁLEZ PALOMINO, José, "Diagnóstico y tratamiento del pseudousufructo testamentario. Notas a la resolución de 12 de enero de 1944 y Enajenación de bienes pseudousufructuados", en *Estudios de Arte Menor sobre Derecho Sucesorio*, pp. 147 y ss. y 30 y ss., respectivamente.

ROCA SASTRE, Ramón M.^a, "La subrogación real", *Revista de Derecho Privado*, abril de 1949. Los registradores LANZAS GALVACHE y SELVA SÁNCHEZ, en "Sustituciones Fideicomisarias, aproximación a dos problemas", *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, pp. 806 y ss. del volumen II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, año 1988.

en las directrices económicas, políticas y sociales. Por todo ello se nos presenta como provechoso y aconsejable dar un repaso a aquellas cuestiones.

Suspender por plazo indeterminado el *ius disponendi*, facultad esencial del dominio, no sólo propicia una situación jurídica anormal, sino que va siempre acompañada de nefastas consecuencias económicas. El tráfico jurídico, especialmente el inmobiliario, ofrece oportunidades irrepetibles y el dejar al margen de ellas a ciertos bienes es siempre un grave perjuicio. Lo es tanto para el primer llamado (fiduciario, usufructuario) como para el último o titular definitivo (fideicomisario, nudo propietario), para quien se reservan los bienes. A veces quedan involucrados terceros, totalmente extraños al asunto, como es el caso de los condueños, por títulos que nada tienen que ver con las disposiciones testamentarias causantes del condicionamiento, pero que se encuentran con un cotitular indeterminado, y por consiguiente les falta el sujeto con facultades dispositivas suficientes para practicar la división de comunidad, a la que tienen indudable derecho, según los artículos 400 y 1.054 del Código civil.

A estos argumentos fundamentales, el transcurso del tiempo ha ido acumulando otros distintos, a saber:

En primer lugar, abunda la legislación contraria a la paralización de la propiedad. Ya la Ley de 15 de mayo de 1945 declaraba en venta solares y edificaciones paralizadas, obligando a los propietarios a vender so pena de expropiación forzosa; Ley de mejora de fincas rústicas y permuta de éstas, y toda la legislación del suelo, especialmente la Ley 8/1990, de 25 de julio. Reforma de la Ley del Suelo y Valoración de los terrenos, Decreto 1/1992, de 26 de junio. Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y Ordenación Urbana, que junto con los Decretos de las Autonomías, adaptándola, y órdenes municipales, poniéndolas en marcha, todas inspiradas en la idea de que inmovilización es estrategia de especulación, espera de mejor precio a base de restar oferta al mercado, traducen esa idea en la imposición de plazos perentorios para obtener licencias y para urbanizar y edificar, so penas de expropiación-sanción, elevación progresiva de tributos y rebajas sucesivas en los valores de indemnización a fijar en la expropiación.

En segundo lugar, otra circunstancia que actualiza el estudio del tema es la de la solución que se ha dado al mismo en las legislaciones forales. Cataluña, Navarra y Baleares han conservado la esencia de sus peculiaridades y el Derecho Romano recibido, pero han introducido innovaciones impuestas por la experiencia y que dejan resuelto el problema, con envidiable criterio práctico.

En tercer lugar se ha observado en la doctrina más reciente ofrecida por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Nota-

riado una evolución tendente a la búsqueda de solución, sugiriendo caminos para encontrarla, como más adelante expondremos con más detalle.

En cuarto lugar, la doctrina de los autores que se han ocupado de esta materia, que observan un criterio unánime en cuanto a la importancia del problema y a la necesidad de resolverlo, y las soluciones que se ofrecen son mayoritariamente aceptadas.

Por último, tengamos en cuenta que se trata de cuestiones que plantean problemas aislados, graves para quien los sufre, pero que no tienen trascendencia de masas, ni producen por lo común alteraciones económicas de repercusión general, por lo que no son de esperar movimientos populares ni presiones de potestades económicas reivindicantes de soluciones. Esto concede interés al repaso teórico de la cuestión y de ello quedará al menos el testimonio de la preocupación por un problema que se plantea en la práctica con bastante frecuencia, cuya solución no tiene fácil apoyo en la Ley, pero cuyas dificultades pueden allanarse si la misma Ley, en su día, y la jurisprudencia mientras tanto, atienden a lo que la doctrina ofrece y la práctica jurídica solicita.

II. Problemas que originan estas disposiciones

1. Cómo y cuándo se plantean y quién solicita solución.

El origen de estas situaciones de obstrucción del tráfico jurídico suele ser, por lo general, una disposición testamentaria en la que se estableció una sustitución fideicomisaria condicional; una institución de heredero de la especie *sine liberis decesserit* u otra condición resolutoria, acompañada de un correlativo llamamiento con condición suspensiva; o bien la disposición de un usufructo con nudo propietario no mencionado o indeterminado y a veces con modalizaciones de muy variados matices, y con mezcla incluso de prohibiciones de enajenar expresas.

Cualquiera de estas disposiciones nos coloca ante un largo período de pendencia que no acabará hasta que se produzca el acontecimiento que constituye la condición determinante del sujeto definitivo y que ofrece dificultades, muchas veces insuperables, para realizar los normalmente naturales actos dispositivos.

La vida de estas situaciones de pendencia puede ser muy larga. Dos llamamientos después del primer llamado pueden suponer más de un siglo de indeterminación. Conocemos casos en que con testamentos de los años veinte aún estamos en el primer llamamiento.

En tan larga etapa pueden ocurrir muchas cosas, imprevistas por el testador. Desde luego, los presupuestos familiares, sociales, económicos,

que informaron la voluntad del testador, han variado por completo, y lo mismo suele ocurrir con los bienes. Las fincas rústicas pueden hoy ser solares, los negocios haber quedado desfasados e improductivos (5) y posiblemente instalados en lugares donde las normas de urbanismo no los permiten.

Ese movimiento tan normal que consiste en el cambio y renovación de bienes de producción y de uso por otros más apropiados a las circunstancias, no encuentra su salida a través de cauces jurídicos adecuados. En casos semejantes, el legislador, a la vez que proclama la situación de hecho (menor edad, incapacidad, ausencia) establece el remedio para estas circunstancias (patria potestad, tutela, representación del ausente). No ocurre así en estos supuestos que estamos tratando. A diferencia de lo previsto en otros ordenamientos jurídicos, como en el Código civil italiano, y nuestro Derecho foral, Cataluña, Baleares y Navarra, el Código civil deja a esta materia huérfana de regulación.

Las facultades del fiduciario durante la situación de pendencia no están reguladas. Las procedentes de institución condicional (arts. 800 a 805) quedan incompletas. En usufructo, en muchos casos (arts. 511, 517 a 519, concertación de seguros, expropiación forzosa, ruina de edificios) se sientan soluciones contando con acuerdos entre nudo propietario y usufructuario, y quedan sin prever los casos frecuentes de nudos propietarios inexistentes o indeterminados.

El problema que esta laguna legal plantea afecta en primer lugar a los propios bienes, puesto que hay que realizar actos dispositivos encaminados a conservarlos, al menos en su valor, y no hay nadie capacitado para ello. Al perjudicarse los bienes, se perjudica también a quien se llama a ellos en segundo lugar, que es el protegido con la limitación impuesta. Pero además hay otra persona a cuyo favor no se dirige ningún precepto legal y esta persona es el llamado, con uno u otro carácter, en primer lugar.

La persistencia de una larga situación de pendencia necesariamente ha de ofrecer épocas en que este primer llamado se encuentre con necesidades propias que no puede atender, y en estas situaciones un cambio de bienes por otros más productivos podría sacarle del apuro, incluso con beneficio también para los intereses del que espera en el siguiente orden de llamamientos. Todo consiste en la elección de una reinversión adecuada y segura.

No hemos de olvidar que este primer llamado fue la persona a quien el testador quiso ayudar preferentemente, y no sólo con prioridad en el

(5) Por ejemplo, en nuestra región (Murcia), las industrias de hilados de esparto, fábricas de hijuela, explotación de ciertas minas, nos han ofrecido ejemplos claros.

sentido cronológico, sino en el de primacía en interés y protección. Es normalmente persona a quien conoce (el indeterminado y sus necesidades no le son realmente conocidos). Es quien le preocupa y a quien quiere proveer de medios de subsistencia. Es casi siempre persona de su más absoluta confianza, según resulta normalmente del tenor del mismo testamento, que suele quedar siempre liberada por el propio testador de las obligaciones legales de afianzar, y en muchos casos es la persona que conoce al detalle las intenciones y voluntad del testador, ya que por lo común han otorgado a la vez sus testamentos (casos de cónyuges, hermanos, situaciones análogas) y lo han preparado entre ambos y en el convencimiento mutuo de que el que sobreviva pueda actuar con cierta libertad y son los dos testamentos de idéntico contenido. La frase contenida en la fórmula de testamentos en Navarra de que “el que sobreviva pueda disponer como si lo fueran los dos conjuntamente” no se encuentra con más frecuencia en los testamentos de regiones de derecho común, por no admitirse en éstas como forma de testar el testamento mancomunado.

Cuando esta persona precisa realizar un cambio en el patrimonio poseído, incluso por razones de conservación o de mejora del mismo, es cuando tropezamos con el problema. Viene normalmente acompañada de quién o quiénes, de cumplirse en aquel momento la condición, supondrían el interés de los posteriormente llamados, son los integrantes actuales de la estirpe llamada en segundo lugar, y acuden convencidos de que pueden preparar entre todos la pretendida enajenación. Se verán sorprendidos cuando se les diga que no es suficiente con ellos, que aún no están determinados como titulares y que hay que esperar el momento en que se produzca la determinación. Y surge la pregunta, ¿cuándo llegará el momento? Cuando usted fallezca... Esta sería nuestra contestación siguiendo a la letra la respuesta dada en algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (6). No nos gusta esta contestación, no sólo por lo poco adecuado que en el convencionalismo del trato social resulta mencionar al interlocutor su propia muerte, sino porque tampoco es correcta en el aspecto jurídico. Si, para dar una respuesta, buscamos en la Ley, encontraremos en ésta una laguna y la laguna legal no nos da una respuesta positiva, pero tampoco negativa. Aquí está la función del jurista práctico. Cuando no hay Ley que se ajuste literalmente al supuesto, debemos valernos del material con que contamos (7). El mismo Cód-

(6) Res. 22 de mayo de 1944 y 28 de julio de 1917.

(7) Pío XII, en 1958. Congreso Internacional del Notariado Latino, en discurso dirigido a los notarios visitantes destacó esta función: “El notario sabe que ningún enunciado jurídico logra cubrir perfectamente los datos de un caso determinado. ¿Cuántas veces no es llevado el notario a suplir su silencio o ambigüedad? En algunas ocasiones, él sobrepasará francamente

go civil, después de imponer en el artículo 1-7, para jueces y tribunales, el deber inexcusable de resolver en todos los asuntos de que conozcan, dispone como normas de interpretación el contexto de la Ley en relación con los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las mismas (art. 3-1).

Aparte de ello, contamos con la aplicación analógica (art. 4-1 del Código civil); doctrina reiterada que recoja el Tribunal Supremo, o sea, Jurisprudencia, no exactamente el fallo del caso concreto, sino los argumentos legales, aunque el fallo no los siga exactamente (8); el derecho de otros ordenamientos, derecho extranjero o de nuestras legislaciones forales, que el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado tiene en cuenta en muchas cuestiones (9) y la doctrina de los autores que se cita como de conveniente estudio en algunas sentencias (10).

2. Motivos actuales de estas cláusulas.

Hay la creencia, que se ha ido difundiendo, de que estas disposiciones son reminiscencias con tendencia a la desaparición. Así, para Cataluña, en relación con el fideicomiso, institución connatural con todo su ordenamiento jurídico sucesorio, se dice que a las limitaciones que al mismo se imponían de origen legislativo se unió el cambio de la economía. Hoy la sociedad no se funda en la estirpe o en la propiedad, sino en la capacidad de trabajo de los individuos, capacidad productiva. El valor de los bienes no es el valor en uso, sino su valor en cambio, su posibilidad de tráfico jurídico y económico. Aparte de que hoy no se acoge favorablemente en plan individual la vinculación de los bienes durante largo tiempo. Ese reinar después de morir se ha superado y recientemente no se conocen otros fideicomisos, prácticamente, que los constituidos hace mucho tiempo (11).

Todo esto, que es lo que corrientemente se escribe, y que es la verdad, no es, sin embargo, toda la realidad.

la letra de la Ley para conservar mejor la intención. Porque las Leyes mismas no son un absoluto; ceden el paso a la conciencia recta y bien formada, y precisamente se reconoce al verdadero hombre de Leyes, sea juez, abogado o notario, en la competencia aportada a la interpretación de los textos en relación con el bien superior de los individuos y de la Comunidad".

(8) Díez-PICAZO, Luis, *Comentarios a la Reforma del C.c.*, 1975, pp. 133 y ss., editorial Tecnos.

(9) Sentencia TS 29 de noviembre de 1935; Res. 22 de marzo de 1939 y 3 de marzo de 1953 y otras, como 27 de marzo de 1981, que cita artículos de Cataluña, Baleares y Navarra.

(10) Sentencias TS 14 de mayo de 1929, 7 de febrero de 1942 y otras.

(11) O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, de ALBALADEJO, t. XXIX, vol. 1, p. 13.

La experiencia, la observación diaria, nos muestra que, aparte de la vinculación tradicional, procurando mantener el poder económico de la casa aristocrática, hoy en una más numerosa y extensa esfera social se subordinan unos llamamientos a otros, con el mismo efecto inmovilizador, y obedeciendo a los más diversos motivos, como pueden ser:

— Cuando se observa la poca sobriedad, facilidad para el gasto, mala administración del hijo, sobrino o persona a quien se llame como heredero o legatario y se pretende que llegue algo a sus sucesores.

— Cuando no se acoge con agrado *el matrimonio de la hija* y se quiere evitar que el yerno tenga posibilidades de injerencia en la administración o disposición de los bienes de la herencia (cláusula antiyerno, se suele llamar).

— Si el testador vive en un piso propio, probablemente el único que tiene y quiere que continúen en el uso las hijas o hijos solteros, para lo cual deja el usufructo a los mismos, con la nuda propiedad a favor de todos los hermanos o hijos de éstos que vivan al fallecimiento del último usufructuario.

— Cuando alguno de los hijos o descendientes tiene una minusvalía o cualquier otra limitación y se le deja el usufructo, con la nuda propiedad para los hermanos o hijos de éstos que vivan cuando fallezca el usufructuario.

— Si no habiendo hijos, se quiere dejar a la esposa o esposo toda la herencia, que perderá si contrae ulteriores nupcias, pasando a posteriores llamados, normalmente sobrinos, que vivan al fallecer el viudo.

— Cuando se quiere dar continuidad a un negocio familiar, y se quiere que quede vinculado, junto con los elementos que le sirven de base, a quienes se dediquen al mismo, debiendo pasar después a aquellos que lo continúen.

Por consiguiente, el caso de vinculación nobiliaria, que viene a la mente en cuanto se trata de estos temas, va cada vez a menos, y son de una mayor asiduidad los otros casos, más propios de quienes tienen un patrimonio menor.

3. Ámbito familiar y social donde aparece el problema y cobertura jurídica que suele ofrecer.

Hoy, el que toda familia tenga un pequeño patrimonio inmobiliario va siendo, afortunadamente, cosa común. Este patrimonio tiene como especiales características las siguientes:

a) Es un patrimonio pequeño. b) Se ha ido formando en base al trabajo del propio titular. c) Cumple funciones de asentamiento y seguridad familiar.

La pequeña entidad de este patrimonio trae la consecuencia de que no va a haber herencia para todos, en la medida en que el testador quisiera, y sin embargo, este oye a su conciencia y atiende en primer lugar a los más necesitados, pero sin querer olvidar a los otros, y esto le lleva a señalar llamamientos condicionales y subordinados. Las otras dos características, cuales son el origen y función familiar que cumple este patrimonio, han hecho surgir motivos que llevan a la consecuencia de que aquello del reinar después de morir, que se dice ya superado, se conserve en estas esferas más modestas. El pequeño patrimonio se ha conseguido a base de trabajo personal y cada uno de los bienes adquiridos lo ha sido a golpe de horas extraordinarias, pluriempleos, ahorros de emigración, privaciones y sacrificios. Se ha formado poco a poco, día a día. Cada elemento patrimonial recuerda una época, un esfuerzo, una ilusión. Así se entreteje de tal modo la personalidad del propietario con sus bienes que le parece lo más lógico y natural que él solo y nadie más pueda disponer de ellos, aun para después de esta vida, sobre todo en aquellos casos en que quisiera prolongarla hasta dejar a la familia en situación segura y estable, especialmente respecto de aquel o aquellos de sus miembros que más lo necesiten, a los que sabe les es precisa protección y que la que les ha prestado en vida es irreemplazable y por ello tiende a perpetuarla.

En cuanto a la cobertura jurídica que nos suele ofrecer, pensemos que al margen de la idea de que la abolición del fideicomiso era ya un hecho a partir de las Leyes desamortizadoras y de que el proyecto de Código civil de 1851 era abrogatorio, permitiendo los llamamientos sucesivos sólo en casos de usufructo (12), lo que ya proporcionaba una ventaja de éste sobre aquél, e incluso prescindiendo de la cuestión muy debatida de si el fideicomiso llegó o no a tomar carta de naturaleza en Castilla, nuestra experiencia nos ha revelado que este término y esta figura jurídica no han calado en el público, el cual, en cambio, maneja muy familiarmente y con facilidad el término usufructo, y en base a esta idea bosqueja sus disposiciones testamentarias. Incluso sucede así cuando redacta un profesional, pues en las regiones de derecho común, esta preferencia hacia el usufructo se da también, aunque en otra escala, en la esfera profesional. En realidad, lo que ocurre es que en ocasiones es muy compleja la voluntad del testador, y la figura sucesoria que se pretende, y muchas disposiciones encuentran su verdadero marco en un usufructo modalizado, con facultades añadidas que no resulta fácil, ni es conveniente encajar en uno u otro tipo de institución sucesoria. Dice VALLET: El Derecho Sucesorio muestra su extraordinaria riqueza en las disposiciones de usufructo, y con ellas

(12) Artículos 638 y 487 de dicho proyecto. Ya citados.

demuestra la profundidad de su contenido jurídico, que no puede encajarse en una serie de figuras tipificadas con cabida en el “paraíso de los conceptos” (13).

No obstante, quienes han estudiado este problema, inmovilización de propiedad, efecto de estas disposiciones, han elegido como tipo la figura del fiduciario, en la sustitución fideicomisaria condicional, así lo han hecho los autores que han afrontado esta materia (14) y se ha tratado de aproximar el usufructo a la sustitución fideicomisaria llamándole pseudo-usufructo, siendo éste un vocablo que ha hecho fortuna y ya aparece en alguna sentencia del Tribunal Supremo y en Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y en los tratados y artículos que estudian o rozan esta materia (15).

No obstante, insistimos, por una u otra causa es en las situaciones de usufructo donde con mayor frecuencia se plantea este problema. Gran parte de las Resoluciones de la Dirección General que se han enfrentado al mismo versan sobre casos de usufructo y de usufructo se ha tratado en aquellas que se han encontrado más próximas al hallazgo de la solución (16).

Por esto pensamos que tratar de la cuestión, sin incluir estas situaciones de usufructo, es dejar pendiente algo fundamental.

III. Recursos de técnica jurídica que al efecto manejan la teoría, la práctica y la jurisprudencia

1. Tendencia a buscar solución única aplicable a todos los casos.

Creemos que es posible el tratamiento conjunto de todos los supuestos. La identidad del problema planteado permite superar las diferencias que se aprecian entre unos y otros supuestos.

Entre las diferencias cabe destacar:

1.º *La distinta trayectoria que han de seguir los bienes.* En el caso del usufructuario con nudo propietario determinable al fallecimiento del mis-

(13) VALLET DE GOYTISOLO, *Instituciones Sucesorias*, pp. 341 y ss. del vol. II.

(14) Manuel de la CÁMARA; ROCA SASTRE; LANZAS GALVACHE y SELVA SÁNCHEZ, en trabajos antes citados.

(15) GONZÁLEZ PALOMINO, en el trabajo antes citado, coloca a los usufructuarios con nudo propietario desconocido y llamados para después que se extinga el usufructo en la posición real de fiduciarios y califica a estos usufructos como sustituciones fideicomisarias presentadas como usufructos, y les denomina pseudousufructos.

(16) Resoluciones de 29 de diciembre de 1906, 22 de diciembre de 1950 y 29 de enero de 1988.

mo, si no se ha cumplido la condición, la propiedad, ya consolidada, recaerá en quien el testador hubiere designado para ese caso y será heredero del testador, no del usufructuario. En cambio, en los supuestos de sustitución fideicomisaria condicional o institución de heredero sometida a condición resolutoria, el deficiente condicionante purificará la disposición y, desaparecida la causa de resolución, quedan los llamados en primer lugar como titulares definitivos, los bienes integrarán el patrimonio de éstos y seguirán el curso de su herencia. Quienes hereden lo harán del fiduciario o del primer instituido, no del testador.

2.º *El carácter de heredero o legatario.* El fiduciario y el instituido con condición resolutoria será heredero o legatario, según determine el testador. En el usufructo, como titular de un derecho real en cosa ajena, se le considera siempre como legatario, aunque el testador utilice el término heredero, pues el artículo 768 del Código civil determina que es legatario el heredero de cosa cierta y determinada y así lo ha entendido normalmente la jurisprudencia.

3.º *La titularidad dominical,* que la tienen tanto el fiduciario como el instituido con condición resolutoria, aunque su dominio sea resoluble, pero en el usufructo, como derecho real en cosa ajena, cualquiera que sea el resultado de la condición, cumplida o no cumplida, el usufructo desaparece, y con él todo asomo de titularidad dominical, que efectivamente nunca ha tenido.

4.º *El cómputo de llamamientos* presenta también la especialidad de que, según resulta de los artículos 787 y 781 del Código civil, hay un cómputo para los llamamientos en usufructo y otro paralelo para la nuda propiedad. Se comienza, a los efectos del artículo 781, dos veces, una para el usufructo y otra para la nuda propiedad.

5.º *El diferente juego de la retroactividad.* En la institución con condición resolutoria, los efectos del cumplimiento de la condición se producen *ex-tunc*, mientras que en la sustitución fideicomisaria condicional no se produce esta retroactividad. Tampoco en el usufructo respecto de este derecho real. En cuanto a la nuda propiedad habrá que estar a lo que resulte de la indagación de la voluntad del testador. Todo esto sometido siempre a la matización que el Código civil (arts. 791 y 1.120) impone a esta eficacia retroactiva (17).

(17) Tratando este asunto, la Res. de 7 de mayo de 1960 dice que el primer llamamiento queda *aniquilado*. Excesiva esta expresión usada, que no está de acuerdo con nuestros preceptos legales, pues el artículo 1.120 del Código civil, aplicable según el 791, hace reservas al regular esta retroactividad, que en último extremo deja a la discreción de los Tribunales. CASTRO, *Derecho civil de España*, p. 687 del volumen primero, es también de la opinión de que la retroactividad no es absoluta, en base a los antes citados artículos y a la evolución de este concepto desde el proyecto de 1851 hasta el Código civil y en doctrinas Windscheid y Reegelsberger. También

Son, como vemos, diferencias esenciales y que producen efectos también muy dispares, todo lo cual hay que tener en cuenta, pero no lo estimamos obstáculo para que ante el mismo problema se busquen y apliquen semejantes soluciones. Pero es que, además, la semejanza no se limita al problema común de los efectos inmovilizadores de la propiedad, sino que son comunes el origen y otras muchas circunstancias, como vamos a ver:

1.º *El origen.* Se origina el problema, aparte de una laguna de la Ley, en una laguna de las disposiciones testamentarias. Puede surgir tanto de la propia disposición como de una equivocada interpretación o de una inadecuada aplicación en la práctica de la operación particional.

2.º *Dualidad de titularidades.* Así lo ha distinguido, con más o menos depurado tecnicismo, la doctrina. Titularidad interina, gestora del patrimonio con funciones de administración, disfrute, e incluso de disposición y titularidad preventiva, con su expectativa, posibilidad de cederla y renunciarla, y sobre todo de vigilar la actuación del interino para no ser perjudicado en la misma. *En la primera posición se encuentran* el fiduciario, el instituido con condición resolutoria y el usufructuario. *En la segunda,* el fideicomisario, el instituido bajo condición suspensiva y el nudo propietario, aunque a veces alguno de éstos pase a la situación de interino, como en otro lugar veremos.

4.º *La temporalidad,* con su juego especial en todos estos casos. Hasta que llegue el momento en que la condición, cumplida o incumplida, lo determine, no se conoce con exactitud quién tiene las plenas facultades dispositivas.

5.º *La subrogación real.* Mecanismo técnico jurídico que se da en todas las situaciones de patrimonios separados, y por consiguiente en todos estos supuestos que estamos tratando (18).

Como el problema que se plantea es el mismo y afecta a instituciones que, aun con las diferencias antes señaladas, tienen contornos tan imprecisos que muchas veces es difícil distinguir, observamos cómo la jurisprudencia

VON THUR llega a la conclusión de que no puede ignorarse lo acaecido durante la situación de pendencia y que algunos de los actos realizados y de las situaciones producidas quedan como definitivos. (Se citan como ejemplos las renunciaciones hechas por los titulares expectantes y los casos de litigios resueltos con sentencia firme por los Tribunales que en la época de producirse el cumplimiento de la resolutoria ya no sean competentes.)

(18) La subrogación real ha sido la base justificante de las posibilidades de enajenación en todos estos supuestos y el fundamento de la solución del problema que nos ocupa en el Derecho Catalán, Navarro y Balear. Aunque no lo recoja nuestro Código civil de forma explícita, indudablemente está contenido en el mismo y la doctrina lo ha admitido unánimemente, y en ocasiones lo ha formulado claramente la jurisprudencia. Sentencias de 17 de abril de 1953, 20 de octubre de 1954, 22 de diciembre de 1961 y 21 de octubre de 1991.

dencia les aplica considerandos muy semejantes. Así en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado vemos cómo en la Resolución de 16 de julio de 1991, relativa a condición resolutoria, se cita la de 19 de enero de 1988, relativa a usufructo, y en la de 13 de enero de 1965, que es de usufructo, se cita la de 7 de mayo de 1960, que duda entre fideicomiso o institución condicional, y en esta última se cita la de 22 de diciembre de 1950, que es de usufructo. Los preceptos citados son siempre los mismos, artículos 507, 781 y 801 y 804 del Código civil, y los comentaristas de estas resoluciones también las relacionan, las tratan globalmente, destacando en primer plano y como lo más importante de ellas el problema de inmovilización que presentan (19).

También el Reglamento Hipotecario engloba estos problemas. El artículo 17 8-4.º trata por igual a fiduciarios y usufructuarios, donde, además de las diferencias antes marcadas, se da la de distinta regulación legal, pues el usufructo tiene en su artículo 507 una solución prevista. Aparte de que el usufructuario está obligado a prestar fianza y el fiduciario no. Pero, no obstante, la identidad del problema ha deparado esta solución conjunta, estimando el legislador que, a igualdad de problemas, deben adoptarse las mismas soluciones.

VENEZZIAN, bajo el título *El usufructo, el fideicomiso y las disposiciones condicionales*, contempla sus analogías y diferencias desde otro punto de vista, atendiendo a la prohibición entonces impuesta al fideicomiso por el derecho italiano. Señala como origen de todas estas instituciones el servir de medios para disponer de los bienes más allá de la potestad natural. Considera la muy semejante posición económica en que se encuentran los sujetos de estas figuras. En todas ellas, “entre los bienes legados y uno de los beneficiarios se establece un vínculo temporal insuficiente para identificar sus intereses personales con el interés de mejorar los bienes, que es un interés social”. El nudo propietario, independientemente de que adquiera un derecho cierto simultáneamente con el usufructuario, no puede hacer mucho más que el fideicomisario. Si el legislador, dice, lo que quiso hacer al prohibir las sustituciones fue evitar una situación económica, más que una determinada cobertura jurídica, no es fácil averiguar por qué ha conservado la institución del usufructo (20).

(19) CÁNOVAS COUTIÑO, Ginés, “Comentarios a las Resoluciones de la Dirección Gral. de los Registros”, en *Antología Jurídica*, pp. 458, 729, 958 y 1.222.

(20) “Usufructo, uso y habitación”. Biblioteca *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1928, apartado 3.º del capítulo 1.º del libro segundo, t. I, pp. 277 y ss.

2. Situaciones jurídicas de pendencia. Titularidades interinas y preventivas.

Muy útil ha sido la aportación doctrinal de esta distinción. Aclara ideas, abre caminos a posibles soluciones. Como dice DE CASTRO, aunque la temporalidad de todo lo humano hace que no exista titularidad que no sea pasajera, sí que hay posibilidad de distinguir entre relaciones jurídicas estables y situaciones jurídicas interinas. Las primeras, con cierto sentido de firmeza, cuentan con la completa determinación tanto de su sujeto como de su contenido objetivo, y contrastan con las segundas, en las que siendo una realidad el derecho, éste aparece destinado a ir pasando por vicisitudes que, mediante la producción de ciertos sucesos, irán concretando sus elementos. Esta es la esencialidad de las situaciones jurídicas de pendencia, subespecie de las situaciones jurídicas interinas. DE CASTRO las define como situación de protección jurídica interina, en favor de sujeto transitoriamente indeterminado de un derecho subjetivo.

En estas situaciones hay que atender a dos fines. Uno de ellos que no queden en abandono unos bienes o una masa patrimonial. Encargar a alguien que los conserve, y no en conservación estática, que podría llevarlos, si no al deterioro y a la desaparición, sí a una situación de anti-güedad e inadaptación al ambiente. Realización de una administración gestonaria de forma que puedan seguir cumpliendo su función y mejorar en cuanto sea posible su utilidad y su valor. Otro fin, que queden protegidos los intereses del sujeto incierto de los eventuales titulares, defendiendo la expectativa que les pertenece de llegar a ser titular definitivo.

Aunque la teoría se centra en esta protección del objeto y del sujeto eventual, no olvidemos la existencia de otro interés de tanta importancia como éstos. Aquella persona a quien el testador ha llamado en primer lugar, no es sólo el primero en el tiempo, sino las más de las veces el primero en el afecto, y la preocupación del testador, que ha previsto a favor del mismo unos medios de disfrute y subsistencia al menos tan dignos de proteger como los de los llamados en segundo lugar. La doctrina no se ha planteado el problema de protección de este llamado en primer lugar, tal vez pensando en que, como poseedor actual, ya cuida por sí mismo de su interés.

El titular interino, que es el clásico *curator bonorum*, cuida directamente los bienes y conserva el patrimonio mientras dura la situación de pendencia. En el derecho positivo aparece con las denominaciones de administrador, representante, defensor, curador y normalmente tiene amplias facultades de administración, acompañadas de otras de liquidación de bienes, renovación de elementos patrimoniales, disposición, gravamen y las más de las veces disfrute en provecho propio. Encarna la parte acti-

va, de acuerdo con el lenguaje usual donde el término interino designa a aquél que ejerce, sirve, desempeña, detenta o actúa transitoriamente al frente de un cargo u oficio. Es una posición activa.

En cuanto a la naturaleza del cargo, hay que huir de encasillarlo en la figura del representante legal, pues efectivamente no lo es. Las personas en cuyo remoto interés actúa no se sabe si existen (caso del ausente), ni quiénes serán (caso de estar pendiente de una condición) y a veces lo que se sabe con certeza es que aún no existen (casos del *nasciturus* y *nundum concepti*), por todo lo cual llamarle representante es abrir paso fácil a la refutación de la idea. ¿Cómo se va a representar a personas inexistentes? Más que pura representación es un caso de legitimación para actuar protegiendo unos intereses que lo necesitan. Gestor encargado de cuidar y administrar un patrimonio, incluso disponiendo con sumisión a ciertas formalidades y autorizaciones, actuará por razón del cargo y de confianza concedida (*officium*). Esta *legitimatio ad officium* se suele incluir entre los casos de representación legal. DE CASTRO (21) lo incluye como uno de los supuestos de representación legal, aun admitiendo, como la mayor parte de la doctrina, que no se trata de pura representación, pero aun considerándolo así, y estimando que es un supuesto de legitimario *ad officium*, estima le son aplicables como complementarias las normas de la representación legal.

Titular preventivo es quien tiene la función de vigilancia y defensa de la expectativa de derecho, suya o de quien corresponda. En casos de indeterminación de sujetos se suple por un curador, así se hace en el Código de Sucesiones de Cataluña, artículos 219, 221, 225 y 226. Aparte de su función de vigilancia tiene la disposición de su expectativa, renunciándola o cediéndola o incluso delegando el ejercicio de sus facultades (22).

La distinción de qué sujetos se encuentran en cada una de estas dos posiciones es aparentemente sencilla. Interinos el fiduciario, el instituido con condición resolutoria y el usufructuario, postura activa y contacto inmediato con el patrimonio. Preventivos son los que esperan y vigilan, o sea, *fideicomisario*, heredero beneficiario de la resolutoria y nudo propietario. Esta distinción, clara en teoría, no lo es tanto en la práctica, pues vemos cómo puede haber varios llamamientos sucesivos, y en la postura

(21) *Temas de Derecho civil*, pp. 59 y 132.

(22) GÍTRAMA lo echa de menos en algunos casos de titulares preventivos determinados e incluso que han dado su plena conformidad para la actuación del interino, como el supuesto del *cónyuge viudo usufructuario de todo el patrimonio dejado por el causante*, lo que es posible si éste lo dispone y los legitimarios lo consienten, y este autor estima que el testador debió prever la existencia de un adláter que concurriese a la administración en algunos momentos trascendentales y se encargase en general de la vigilancia. GÍTRAMA, Manuel, *La administración de herencia en el Derecho Español*, pp. 73 y 74.

del preventivo están todos ellos, aunque es lógico se cuente preferentemente con los más próximos. También, como observa DE CASTRO sobre la base de los artículos 802 y 803 del C.c., se puede pasar de la titularidad preventiva a la interina; el coheredero con derecho a acrecer, el instituido bajo condición suspensiva o el heredero legítimo, pueden pasar de su postura de titulares preventivos, que es la suya en un principio, a la activa de interinos si se les confiere la administración de acuerdo con los citados preceptos (23).

La recepción por la jurisprudencia de esta doctrina, que aparece en algunos de sus considerandos, supone un avance con evidente trascendencia práctica. Ayuda a distinguir unos intereses de otros que le pueden ser opuestos y permite observar cuándo son conciliables y cuándo no hay lugar a lesión para ninguno de ellos, puesto que aparecen todos reunidos. La Dirección General de los Registros y del Notariado la ha expuesto con todo detalle en algunas Res. (24) y el TS ofreció una sentencia en que, sin exponer la doctrina en forma tan precisa como lo hace la Dirección General, atribuyó el carácter de titular preventivo a una stirpe, pues si bien no serían determinados los nudos propietarios hasta el fallecimiento de la usufructuaria, dice que “tienen al nacer a la vida jurídica la expresada nuda propiedad *in stirpe* y están capacitados para ejercitar los derechos que correspondan a la misma durante esa situación *de facto*” (25). Otra Res. (26), declara inscribible una operación de cesión de derechos

(23) En la Res. de 29 de enero de 1988 hay nudos propietarios que viven y que quedan situados en la postura de titulares interinos, mientras que a los nudo-propietarios aún inexistentes los califica de titulares preventivos, y su indeterminación se considera suplida con la autorización judicial, mediante el correspondiente expediente que la propia resolución sugiere y aconseja en aquel caso.

(24) La Res. de 22 de diciembre de 1950 ya situó estos supuestos dentro de las situaciones jurídicas de pendencia, con titular interino que pudiera ejercer ciertas facultades dispositivas. De este mismo sentido la de 29 de enero de 1988.

(25) Sentencia del TS de 17 de abril de 1953. Se trataba de un caso en que en pago de un legado de cantidad se habían adjudicado a una viuda el usufructo y a sus hijos y nietos que vivieren cuando ella falleciera la nuda propiedad, que por consolidación sería ya el pleno dominio al producirse la condición de su fallecimiento, de varios bienes, entre ellos una pequeña cuota indivisa de un solar. Junto con los demás comuneros vendieron la usufructuaria y los representantes legales de los hijos y nietos, en un documento privado, la finca referida. Al pedir al comprador el cumplimiento del contrato y el pago del precio mediante la elevación a público del documento privado, se negó éste en base a la falta de capacidad de los vendedores y de la falta de facultades dispositivas en éstos y en la usufructuaria. En el juzgado de instancia se falló favorablemente al comprador, pero en apelación y en casación el fallo favoreció a los vendedores con el argumento ya detallado de la titularidad *in stirpe*.

(26) La Res. de 4 de febrero de 1980, en que el registrador denegaba habida cuenta de la indeterminación de los sujetos, y por consiguiente la falta de titulares de disposición y el notario los daba por determinados por ser aplicable el artículo 794 del C.c. (adquisición del derecho a la sucesión desde el fallecimiento del testador), la Dirección General, sin dar valor a la indeterminación de sujetos, se inclinó por la concurrencia de todos los posibles intereses

y otra de venta subsiguiente, a pesar de la indeterminación de sujetos, porque, después de examinados todos los supuestos previsibles, resulta que han intervenido todos los posibles interesados. Conjunción de todos los eventuales intereses no obstante la indeterminación de los sujetos.

3. La subrogación real.

La sustitución en un patrimonio de un bien por otro, de tal modo que el nuevo quede sometido al mismo régimen jurídico que el antiguo, es una noción de mucha importancia en el tema que nos ocupa (27).

Que se produzca o no se produzca el juego de la subrogación real es decisivo en el momento de admitir las posibilidades de enajenación de bienes en todos los casos de patrimonios separados, y especialmente en los patrimonios con titularidad interina. La subrogación puede ser sincrónica, entrada y salida simultánea, caso de la permuta, o por fases, lo que se suele llamar reemplazo, inversión del precio obtenido en la adquisición de bienes que sustituyan al antiguo, o bien a la inversa, compra del nuevo bien a crédito, y la deuda contraída que pasa a ser la contrapartida pasiva de dicho bien adquirido se elimina con la posterior venta del bien antiguo, cuyo precio sirve para pagar la deuda contraída al comprar, con ello se cierra el ciclo subrogatorio. El bien nuevo sustituye al viejo, es su subrogado y sobre él persiste la situación jurídica a que estaba sometido el primero. Las dos formas se ofrecen con frecuencia en la realidad. No aparece este término de subrogación real con frecuencia en los textos legales, e incluso escasea en la jurisprudencia (28). Pero que no

y admitió la inscripción, entendiendo que ya se tratare de un supuesto o del otro han intervenido todos los posibles intereses, y para llegar a esta conclusión estudia detenidamente las posibles situaciones que pueden darse, distinguiendo por apartados: a) Si viven los mismos; b) Si algunos han fallecido; c) Si no vive ninguno, para llegar a la conclusión de que, reunidos todos los intereses en juego, no hay obstáculo a la inscripción, aunque los sujetos disponentes no estén aún determinados.

(27) ROCA SASTRE, "La subrogación real", *Revista de Derecho Privado*, 1949, pp. 280 y ss.

(28) El término subrogación, que en el Código civil aparece varias veces cuando se trata de subrogación personal (arts. 1.203, 1.209 a 1.213, 1.521 y 1.839), no se usa en cambio para la subrogación real con tanta frecuencia, sólo aparece en el artículo 519, marcando la obligación del propietario, en caso de usufructo de cosa expropiada, de subrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones. Sin embargo, aunque no emplee esta palabra, el legislador la admite y la regula, incluso con detalle en muchos supuestos. Así, en el caso del patrimonio ganancial, donde obra como principio fundamental y trata con minuciosidad los diferentes casos de adquisiciones y transmisiones, determinando cuándo se produce la subrogación y cuándo queda superada por otros principios, como la accesoriedad, pero respetando siempre la subrogación valor en forma de crédito de la sociedad o del partícipe frente a la otra parte, también en los patrimonios de las personas sujetas a patria potestad o tutela, en los casos de ausencia, en los de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, a reserva y reversión, en la herencia aceptada a beneficio de inventario, en la hipoteca y prenda sin desplazamiento de la posesión y se dan las

abunde el uso de este término se debe a que, aunque figura muy antigua en la práctica, la doctrina no la ha sistematizado hasta pasada la mitad del siglo XIX, iniciándose en AUBRY y RAU y FLACH, continuando su elaboración PLANIOL, DEMOGUE, CAPITANT, BONNECASSE y otros autores. Tal vez por eso no aparece una regulación de carácter general.

La tendencia de la doctrina de la subrogación real, en su evolución, ha sido la de ampliar su ámbito de actuación (29).

ROCA SASTRE, al tratar de las aplicaciones de la técnica de la subrogación real en nuestro Derecho, incluye la sustitución *fideicomisaria* y distingue entre la aplicación *ex necessitate* (expropiación forzosa, indemnizaciones por pérdida o siniestro) y la aplicación *ex voluntate*, por decisión del fiduciario. En el primer caso la califica de fácil, mientras el segundo

tres especies en que la distingue la doctrina, como son la institucional, en que la lógica natural del supuesto hace que se aplique de pleno derecho sin necesidad de precepto expreso; la legal, impuesta por un precepto determinado; y la voluntaria, impuesta por disposición del testador o donante, en las situaciones de pendencia son, como dice DE CASTRO, de juego imprescindible, ya que se produce la situación de patrimonios separados. Aunque no haya disposición legal expresa, siempre que se observe que se individualizan y se valoran elementos patrimoniales (inventario), que se piden fianzas a los gestores, que se establecen garantías para los actos de enajenación o gravamen, inevitables en una administración gestonaria, nos encontramos con una separación de patrimonios y con el supuesto adecuado para que se produzca el juego de la subrogación real.

DE CASTRO, en *Temas de Derecho Civil*, reimpresión de 1976, pp. 58 y 59 y ss., relaciona la titularidad interina y la subrogación real. Al tratar de los patrimonios separados trata como una de sus características el de adquirir vida propia (subrogación real), dando idea de que la subrogación real es quien infunde esa vida al patrimonio, y a la vez destaca como el más independiente de todos los patrimonios separados el patrimonio con titular interino, concepto que, dice, tarda en aparecer, hasta que no se pone en claro la naturaleza de las situaciones de pendencia y se confía a un titular interino la conservación de ese patrimonio con vida propia y en el que la subrogación real permite su unidad, movilidad y persistencia.

(29) Los principios donde arrancaban las primeras configuraciones doctrinales eran los de *In iudiciis universalibus, pretium succedit in loco rei et res in loco pretii* - *In iudiciis singularibus, pretium non succedit loco rei nec res loco pretii* - *Subrogatum sapit natura subrogati*. Con estos principios, la primera teoría general, AUBRY y RAU, asentaban la actuación de la subrogación real sobre una ficción jurídica apoyada en la fungibilidad de los elementos del patrimonio y sólo en los casos de *universitas iuris*. Si es singular, no se da, salvo ley o convenio. Pronto fue superada por PLANIOL, que entiende que no es necesaria en el caso de *universitas iuris*, puesto que la fungibilidad es en ella esencial, y sí lo es en los casos en que se trate de conservar el valor de los bienes sometidos a una afectación u obligación de restitución. Fuera de estos casos, sólo la Ley o la voluntad pueden establecerla. CAPITANT, al extenderla a la singularidad, altera el tradicional principio y dice: *In iudiciis universalibus vel singularibus pretium succedit in loco rei*. Con esto se superan tanto la idea de ficción como la de limitación a la situación de *universitas iure*. BONNECASSE construye su posterior doctrina fuera de aquellos límites, si bien restringe la idea al exigir la sincronía de la mutación objetiva, entendiendo que debe contenerse la subrogación en el mismo título de adquisición. ROCA SASTRE supera también este condicionamiento con referencias a nuestro Derecho positivo, pues el Código civil lo admite en materia de gananciales sin necesidad de simultaneidad, y también el artículo 812 del Código civil.

lo considera difícil, puesto que la voluntad del fiduciario no es bastante para proceder a la enajenación del bien fideicomitido, ya que al menos tiene una prohibición institucional de enajenación, ya que tiene la obligación de conservarlos. No puede enajenarlos en concepto de libres de la sustitución *fideicomisaria*, libertad que es necesaria para poder ofrecerlos al mercado. La dificultad está en el primer paso, la enajenación o cambio de la cosa sometida a tal limitación. Entonces la subrogación pasa a ser causa legitimadora o posibilitadora de dicho cambio, o sea, que éste es posible siempre que se invierta la contraprestación en otros bienes o valores igualmente seguros, los cuales quedarán sujetos a dicha afección fideicomisaria. Para controlar estas operaciones subrogatorias es necesaria la intervención judicial por medio de autorización en procedimiento de jurisdicción voluntaria (30).

Pronto tuvo dura refutación esta opinión de ROCA SASTRE, reprochándole que confunde *la consecuencia con la premisa, la subrogación real es una consecuencia, no un principio* (31). Con muy semejantes palabras la Dirección General ha sustentado esta misma opinión en resoluciones de 2 de marzo de 1956 y 13 de enero de 1965, que la califican de procedimiento técnico que no tiene virtualidad suficiente para crear un poder de disposición, puesto que tal subrogación real, más que premisa que sirva para autorizar el acto dispositivo, funciona como resultado al que se llega a través del cambio o fluctuación operado.

Esta refutación ha sido criticada por otros autores, que a la vez lo hacían respecto a las referidas resoluciones (32), en las que afirman que el

(30) Buscando antecedentes históricos recuerda que en el Derecho Romano, en que el fundo dotal era inalienable, en el Corpus y en el desenvolvimiento de la Lex Julia, aunque la mujer consintiera. Pero en la Lex Ita constante, la dote puede permutarse durante el matrimonio si fuera útil a la mujer, y podía llegarse a cambiar dinero por cosa o cosa por dinero. En base a estos textos y a otros varios en que admitía el derecho romano la subrogación real, fue *communis opinio* en el derecho intermedio la aplicación de subrogación real a las sustituciones fideicomisarias y prohibiciones de disponer, siempre que lo justifique una causa de utilidad o de mayor beneficio. También invoca situaciones similares en nuestro Derecho positivo, artículo 1.361, antes de la reforma de 1981, relativos a la enajenación de bienes de la dote inestimada, admitidas si se cumplen las formalidades y se adoptan las garantías que dicho precepto establece. Desaparecido este artículo del Código civil, podemos en esta argumentación suplirlo por otros surgidos de la misma reforma que eliminó aquél, son los 1.376 1.377, 1.387, 1.388 y 1.389, relativos a la sociedad de gananciales y nuevos en cuanto se basan en la necesidad de un consentimiento conjunto de ambos cónyuges para ciertos actos de administración y de disposición, pues en los casos de imposibilidad e incluso de negativa a prestarlo, con las facultades que la Ley directamente confiere para actuar por sí solo o por medio de la autorización judicial podrá realizarlos el otro cónyuge.

(31) GONZÁLEZ PALOMINO, "Enajenaciones de bienes pseudousufructuados", *Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio*, p. 351.

(32) CÁNOVAS COUTIÑO, Ginés, "Comentarios a la Resolución de la Dirección General de los Registros de 2 de marzo de 1956", en *Antología Jurídica*, p. 733.

Centro Directivo ha dado el *óleo oficial* a las palabras de aquel autor, y señalando cómo hay jurisprudencia favorable a la tesis de ROCA SASTRE. Efectivamente se encuentra la sentencia del TS de 17 de abril de 1953, en la que se dice que “no pretendían los vendedores destruir la situación jurídica de usufructo y nuda propiedad... sino cambiar su base económica... tanto la usufructuaria como los nudo-propietarios, por causa de utilidad y necesidad, convienen sustituir aquella porción indivisa adjudicada por otra base económica de igual valor... siempre que por quedar atribuidos en la misma forma que anteriormente estaban los respectivos derechos sobre el nuevo bien que la contraprestación del adquirente en el negocio jurídico ha proporcionado... existe en el caso presente un hecho fundamental, cual es no alterarse por la enajenación concertada la situación jurídica establecida por la institución del legado contenido en la cláusula testamentaria...”. También admite la subrogación real como argumento fundamental la Res. de 29 de diciembre de 1906 al decir que “... con dicha venta no se lastiman los derechos de los demás hijos que pudiera tener, puesto que se trata de sustituir unos bienes por otros en la forma acordada por el Juzgado”, y también la de 12 de enero de 1944, en que, en caso de partición con algunos de los sujetos indeterminados, estimó suficiente garantía la constatación de la posible resolución de la titularidad a favor de aquéllos. Y en otras muchas, como la de 22 de diciembre de 1950, y ya más recientemente la de 29 de enero de 1988. El término subrogación real ya se recibió y sus efectos se tuvieron en cuenta en la Res. de 5 de mayo de 1931, con mención del principio *subrogatus sapit naturam subrogatum*, y se trataba de un supuesto de subrogación de unas casas por dinero.

Como vemos, la opinión de ROCA SASTRE no puede refutarse de forma tan somera como aquel autor y las citadas resoluciones lo hacen. Que la subrogación real es sólo un procedimiento técnico que permite la estabilidad dentro de un patrimonio separado, pero que no habilita para enajenar, ni tampoco atribuye especiales facultades dispositivas, son evidencias tenidas en cuenta por todos y también indudablemente ponderadas por el prestigioso autor, quien al decir que la subrogación real pasa a la condición de causa legitimadora y posibilitadora de dicho cambio, no dice nunca que *por sí sola* es suficiente, sino que viene a decir que la autorización excepcional que para ello se confiere judicialmente tiene en la subrogación real su justificación, su fundamento de derecho, el equivalente de esos motivos de *equidad y técnica jurídica* que para CAPITANT son la razón de ser de la subrogación real, o la noción de derecho en que la fundamenta BONNECASE, *noción* que se viene traduciendo *por idea de lo justo*, por cuyo efecto la organización jurídica general está interesada en que se produzca la subrogación real. Razones de necesidad o conveniencia, dice

ROCA, fundamentan el uso de la subrogación real si, al salir un bien de un patrimonio, se le deja libre de la afección a que dicho patrimonio está sujeto; se comete un fraude para los intereses de los posteriormente llamados, por lo que es precisa la intervención judicial, sin la cual no sería admisible que por sí mismo y sin control alguno pudiera verificarse el cambio o subrogación, ya que podría abusarse de tal facultad en detrimento de los definitivos destinatarios de los bienes. El juez examinará, si hay causa de utilidad o necesidad, si son ajustadas las operaciones de avalúo, y si se han seguido las formalidades y garantías precisas para que la subrogación sea efectiva.

No dice por lo expuesto el citado autor que el fiduciario adquiere facultades dispositivas en tanto practique una operación de subrogación real. Interviene como titular actual, como titular interino, pero con muy pocas posibilidades de decisión. El juez, protegiendo a los titulares preventivos, mediante el expediente decide si se vende o no, a qué precio mínimo y qué ha de hacerse con la contraprestación recibida. Cuanto a estos efectos proponga el fiduciario está sometido a la superior aprobación judicial. En cuanto al procedimiento judicial a seguir, que no está regulado en el Derecho común, se opta por el de jurisdicción voluntaria, con citación a todos los posibles interesados y el derecho de los mismos a oponerse, que podría en su caso convertirlo en contencioso. El contencioso no es el adecuado para oponerse. Por otra parte, el juez se encuentra en el de jurisdicción voluntaria con más libertad de movimientos. La intervención del Ministerio Fiscal, las citaciones, las valoraciones periciales, son garantías suficientes.

Todas estas ideas del referido autor son derecho vigente en Cataluña desde su Compilación de 1960, en cuya gestación intervino como miembro de la comisión jurídica para ello constituida; recoge esta doctrina hoy el Código sucesorio catalán en el artículo 221 (33), pero se llega a más, puesto que también admite la posibilidad de subrogar en los casos en que se ha impuesto una especial prohibición de enajenar. Para que la prohibición de enajenar no sea superada por la subrogación es preciso que el fideicomitente haya prohibido ésta expresamente o que la prohibición de enajenar sea incompatible con la subrogación real. Conjugando este artículo 221 con el 217, vemos cómo en este último se permite la enajenación en las sustituciones fideicomisarias condicionales (no en las sustituciones a término, donde se precisa la intervención de los fideicomisarios), pero con subsistencia de la sustitución, o sea, de la posible resolubilidad de la

(33) En su párrafo primero dice este artículo: "El fiduciario podrá enajenar como libres bienes sujetos a fideicomiso para reemplazarlos por otros, a fin de obtener mayor rendimiento o utilidad, a juicio y previa autorización del juez competente".

disposición, y si se adiciona a la sustitución una prohibición especial de enajenar, no se puede disponer ni aun con la subsistencia de la referida limitación. Podemos distinguir:

Prohibición institucional. La propia de la sustitución fideicomisaria impuesta a todo fiduciario. La prohibición no es de imposición directa, sino consecuencia del deber de conservar y restituir institucionalmente impuesto al fiduciario. Por ello, con subsistencia de la afección resolutoria se puede enajenar. Sin embargo, en casos de necesidad, utilidad o mayor rendimiento y previa autorización judicial, pueden enajenarse los bienes como libres, con subrogación real de la contraprestación.

Prohibición especial. No cabe pensar en la posibilidad de enajenación con reservas, puesto que no enajenar es de esencia. Pero sí permite la enajenación de los bienes como libres si va acompañada de la subrogación real adoptada con las referidas formalidades.

Prohibición de subrogación real. Aquí la prohibición adquiere plena fuerza. No se puede disponer de los bienes como libres porque la subrogación real está prohibida. Tampoco pueden serlo con subsistencia del gravamen debido a la prohibición especial existente. La prohibición de subrogación real puede ser expresa o tácita. Esta última se produce cuando resulta incompatible la subrogación con las disposiciones testamentarias y esto nos obliga a indagar la voluntad del testador. Muy clara dicha voluntad en muchos casos. Por ejemplo, se prohíbe la enajenación a la persona a quien se le ha dejado para vivir una casa, habitualmente el domicilio del propio testador, o se prohíbe la enajenación de un local a la persona que viene ejerciendo en el mismo una industria. En ambos casos serán compatibles con la subrogación real las enajenaciones de dichos bienes para reemplazarlos por otros que cumplen igual función, incluso en mejores condiciones. No será compatible si la subrogación se realiza en dinero u otros bienes que no sirven a los indicados fines.

Hay que buscar los motivos y los fines de la prohibición. Por qué y para qué ha sido dispuesta. Por ello no se puede limitar la compatibilidad de la prohibición con la subrogación real a aquellos casos de sustitución o reposición puramente funcional, sino también a la pura subrogación de valor, pues ésta es perfectamente compatible en aquellas disposiciones hechas con exclusiva contemplación de los valores y las rentas, en las que se busca ante todo una renta para el primer llamado y que reste el capital con semejante valor para los llamados en segundo lugar. De cualquier forma, como la subrogación real no puede llevarse a la práctica sino a través del correspondiente procedimiento judicial, en que se ponderará la utilidad, necesidad o conveniencia, hay con ello ocasión para que la autori-

dad judicial conozca a través de la disposición testamentaria si existe o no existe la indicada incompatibilidad (34).

4. El administrador con facultades de disposición.

Se ha destacado (35) la escasa atención que el legislador ha prestado a la administración de la herencia mientras permanece indivisa y algo semejante podríamos decir de la administración de los patrimonios o de los bienes que se encuentran en las situaciones de pendencia a que nos estamos refiriendo. Carecen de regulación específica en nuestro Código civil y puede pensarse que es natural que así sea, puesto que en todos estos casos la administración ya está a cargo del titular interino, y que éste será el fiduciario o instituido bajo condición resolutoria, en su calidad de propietarios, y el usufructuario en virtud de las facultades de uso, disfrute y administración que le confiere su derecho real.

En la más característica de las situaciones de pendencia, la ausencia legal, si encontramos una regulación detallada (36). También se advierte que el legislador, en situaciones semejantes, como es el caso de la institución de heredero o legatario sometido a condición suspensiva, no regula específicamente la administración, sino que en su artículo 804 dice: “Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente”, remitiéndonos, por consiguiente, a esta administración, a la que considera sin duda como paradigmática en estas situaciones de pendencia (37).

(34) Con la sutileza con que en el Derecho catalán se ha afrontado esta distinción entre enajenación y subrogación podría pensarse en una nueva especie que agregar a los actos de disposición y de ordinaria o extraordinaria administración, algo así como los actos conservatorios a que se refiere GITRAMA al tratar los actos de administración. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XIX, pp. 480 y 488, basándose en citas de RENÉ VERDOT y GOLDSCHMIDT, pero no llegan a asentarse como independientes, situándose en el escalón más alto de los actos de administración o el más bajo de los de disposición.

(35) GITRAMA, *La Administración de Herencia*, p. 24.

(36) Nuestro Código civil le dedica gran parte del capítulo 11 del título VIII del libro primero, a más de la remisión que desde el 185 hace a la tutela.

(37) El patrimonio del ausente, prototipo de estas situaciones de pendencia, tiene, según DE CASTRO (*Derecho Civil*, vol. 2, p. 529), las siguientes características: 1.º Patrimonio en administración, administración necesaria en cuanto se produce una completa desconexión con su verdadero titular. 2.º Patrimonio en situación de pendencia, si bien presenta la peculiaridad de que el titular interino, administrador, queda determinado, pero queda excluida la posibilidad de intervención de los titulares preventivos, el ausente por su situación y los que pudieran ser sus herederos porque carecen de titularidad definitiva, ya que habrán de esperar la muerte de aquél o la declaración de fallecimiento, queda por esto como un patrimonio con destino especial, puesto bajo la salvaguardia del juez y del Ministerio Fiscal, y como no es posible, como en otros supuestos, contar con la confluencia de la titularidad preventiva e interina, aquélla va siempre suplida por la autorización judicial en los casos en que se precisa, como es el previsto

¿Puede este titular interino-administrador ser designado por el testador? La función del titular interino en estas situaciones es la de evitar el abandono de un patrimonio (38) y sólo se precisará el nombramiento de un administrador cuando se carezca de persona que tenga ya la administración de ese patrimonio (39).

En esta materia, como en otras muchas semejantes (tutela, albaceazgo), el legislador ha adoptado la clasificación tripartita: voluntario, legítimo, dativo. Repetidamente la doctrina se ha pronunciado en el sentido de que, en materia de sucesión, salvo el respeto a las legítimas y otros supuestos excepcionales, como son los límites establecidos para prohibiciones de enajenar, todo es *ius dispositivum* y, por consiguiente, el testador puede designar para administrador a la persona que tenga por conveniente, a quien conoce y en la que deposita su confianza. A lo que disponga el testador hay que atenerse.

¿Qué fórmula utilizar para designarlo? Lo puede nombrar de forma clara, con la denominación de administrador e incluso especificando sus facultades, que incluso pueden comprender las de disposición.

Lo puede nombrar de forma imprecisa, pues tanto cabrá designar a una persona como administrador o encargarle que cuide, gestione, cobre, pague, conserve bienes, los renueve (40).

Y puede haber un nombramiento implícito, cuando se coloca a una persona en una posición que es superior a la de administrador, como el caso del heredero fiduciario o el del que ha sido instituido bajo condición resolutoria o el propio usufructuario, quienes por razón de sus respectivos derechos tienen facultades de disfrute y de administración.

Siguiendo la línea básica en estos supuestos de respetar la voluntad del testador, explícita o implícita, hay que entender que el primer llamamiento está hecho con la integridad de todas las facultades propias del carácter con que se les llama, sin excluir las de administración, y que en caso de duda hay que inclinarse a favor del primer llamado, que es la persona a quien conoce el testador, a quien ha querido proveer de determinados medios de subsistencia, y a quien en la mayor parte de los casos ha eximido incluso de la obligación de afianzar. No hay, pues, por qué nombrar otro administrador, puesto que el testador ya lo tiene designado. (Véase *supra* II-1.)

Reforzamos esta idea con los argumentos siguientes:

en el artículo 186. 3.º Patrimonio separado que seguirá funcionando y produciendo todos los efectos propios de una masa patrimonial, especialmente el de la subrogación real. Son éstas, por lo tanto, las características generales propias de todas las situaciones de pendencia.

(38) GITRAMA, *op. cit.*, pp. 29-95.

(39) DE CASTRO, *op. cit.*, vol. 1, p. 684.

(40) GITRAMA, *op. cit.*, p. 105.

1.º El legislador sólo recurre al administrador dativo o legítimo en los casos de falta de designación por el testador (arts. 1.044 y 1.045 de LEC).

2.º En el propio caso de ausencia, se dilata la declaración de ausencia cuando el ausente ha dejado apoderado para la administración de todos sus bienes hasta tres años después de la desaparición o de las últimas noticias (art. 184 C.c.).

3.º Que es doctrina unánime, al tratar de estas situaciones de pendencia, que sólo será preciso nombrar administrador en los casos de patrimonio en situación de abandono, lo que no se da cuando, por una u otra causa, hay una persona que tiene legalmente la administración del mismo patrimonio.

4.º Que si bien el artículo 801 emplea el imperativo (se pondrá los bienes en administración), esta imperatividad está limitada a los supuestos en que los bienes quedaren en situación de abandono. De aparente imperatividad califica esta frase GITRAMA, en algún supuesto en que estima no debe ser aplicable (41).

¿Puede anteponerse el administrador legítimo o dativo al testamentario?

Entendemos que no, pues, aparte de los argumentos antes expuestos, contamos como más ajustados al supuesto los siguientes:

1.º Esta administración, que nace de una titularidad o derecho comprensivo de facultades de administración, sólo se sustituye por el administrador dativo o legítimo en supuestos excepcionales y por causas muy graves, como es el caso en el usufructo de falta de prestación de fianza, cuando se exige, y el mal ejercicio del derecho, únicos supuestos en que se ponen los bienes en administración, privando de ella al usufructuario (arts. 494 y 520 del Código civil).

2.º Si hay preceptos como los artículos 802 y 803, que van seleccionando sucesivamente para la administración legítima a coherederos con derecho a acrecer, al instituido subcondición, al legítimo, y por último al dativo, siguiendo un orden de intereses que intenta acomodarse a lo querido por el testador. ¿Cómo vamos a anteponerlos, desplazando a quien ha sido designado para ello por el testador a través de la concesión de un derecho que comprende la administración?

3.º Cualquier otra interpretación podría conducirnos a un resultado absurdo. El testador ya ha designado la persona que queda en la conservación y custodia de un patrimonio o de unos bienes, ya sea llamándole como tal o nombrándole fiduciario o usufructuario, y que hasta puede

(41) El mismo, o. p. p. 37.

encontrarse relevado de la obligación de prestar fianza. Es absurdo sustituirle por el legítimo o por el dativo, quienes no cuentan con la confianza expresa del testador y sólo tienen la que, a falta de aquélla, el legislador ha presumido.

¿Qué facultades tienen estos administradores?

El administrador testamentario tendrá todas las facultades que le haya conferido el testador, sin más límite que el respeto a las legítimas. De la voluntad del testador resultarán los límites, que pueden sobrepasar los legales o ser inferiores a éstos. Si no se le han atribuido facultades especiales, ni se le han impuesto limitaciones, tendrá al menos las legales, como pueden ser las que el artículo 186, en relación con el 804, le confiere. Son éstas las facultades de los administradores legítimos y dativos.

Estas facultades, referidas en el artículo 804 no se puede pensar que lo sean exclusivamente para los legítimos y dativos, sino que serán aplicables a quienes ejerzan esa función, aun siendo su nombramiento de otro origen, que sólo puede ser el de designación testamentaria. Si repasamos la letra del artículo 804 comprobamos que no limita su aplicación, pues dice simplemente: “Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes del ausente”. No dice, como hace el artículo 802: “La administración de que habla el artículo precedente...”, no establece distinción y por consiguiente tampoco hemos de hacerla nosotros, que entendemos que dichas facultades son de todo aquél que, de un origen u otro, ejerza las funciones de administración.

En cuanto al contenido de estas facultades hay que entender que son simplemente las de administrar. Pero nos encontramos con una administración gestonaria en la que los conceptos jurídicos de actos de administración y actos de disposición no coinciden con los conceptos económicos. Nos encontramos en el supuesto en que un administrador suple a un propietario impedido, y pensemos aquí en toda clase de impedimentos, ausencia, inexistencia, indeterminación, y entonces el administrador tiene que superarse en sus funciones, sus atribuciones tienen que ser superiores porque tendrá que realizar todo aquello que el propietario habría de hacer *si pudiera*. El administrador deberá realizar todo lo que sea útil a la gestión de un patrimonio, salvo aquellos actos que por especial disposición de la Ley le estén prohibidos. Así, el campo de los actos de administración se hipertrofia, se ensancha, aumenta su número, y contemplados a través de otro prisma incluyen ventas, arrendamientos, intercambios. Incluso los actos consistentes en ventas, hipotecas, gravámenes, pignoraciones, pueden encontrarse dentro de la órbita de actuación del administrador, cuando se trate de aquellos que caigan dentro del coti-

diano giro y tráfico de un negocio. Sin embargo, entendemos, y especialmente dentro del tema que tratamos, que desde nuestro punto de vista, que es el jurídico, la enajenación y el gravamen son claros actos de disposición, y si por imperativos de una situación se permite que los realice el administrador, llevarán siempre, como requisitos necesarios, la adopción de las formalidades, requisitos y garantías que la Ley exija, salvo disposición en contrario del testador (42).

En resumen, en todas estas cuestiones preferimos resolver según el criterio que pudiéramos llamar voluntarista. Un camino exclusivamente conceptualista, con las ideas de que donde haya usufructo hay una nuda propiedad y de que quien es administrador no puede ir más allá de los actos de pura administración, y de que sólo es administrador quien aparezca llamado con tal nombre, no siempre conducen a soluciones justas. Hay otro camino más humano, más acorde con las realidades y a la vez más efectivo y que es el de indagar la voluntad del testador, ley fundamental en toda esta materia y de donde debe salir la determinación del titular interino y de sus facultades (43).

¿Qué diríamos de aquel usufructuario a quien se le llama como heredero universal en usufructo, y a la vez queda indeterminado el nudo propietario e incluso no se habla de nuda propiedad? En lo primero que se piensa es en que el testador ha querido dejarlo en libertad de gestión fuera de cualquier injerencia. Si nos encontramos con que el testador atribuye un derecho como éste, con facultades de administración *in nómine proprio*, ha eliminado la necesidad de buscar titular interino, a la vez que ha manifestado su voluntad de depositar en el llamado aquella función (44).

(42) GITRAMA, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XIX, p. 144, año 1978. El acto de administración en el Derecho civil. En el sentido expresado explica que el jurista ha de fundar su investigación en la persona titular del patrimonio y, caso de dualidad de sujetos, en las relaciones personales en que dicha persona se halla con el administrador; cita a GOLDSCHMIDT, que distingue tres grupos: A) Administrador de patrimonio ajeno en virtud de negocio jurídico, *v. gr.*, mandato. B) Administrador que suplente a un propietario impedido (pensemos en toda clase de impedimentos (incapacidad, ausencia, indeterminación e inexistencia), y C) Administradores de su propio patrimonio, pero con limitaciones (emancipado, pródigo). Pues bien, respecto del grupo B, en que indudablemente se sitúa el supuesto que contemplamos, dice: "Entonces el administrador tiene más atribuciones, realiza todo aquello que el propietario haría *si pudiera*. Es insostenible entonces la contraposición entre actos de administración y actos de riguroso dominio. El administrador deberá realizar cuanto sea útil a la gestión del patrimonio, salvo aquellos actos que por especial disposición de la Ley le están prohibidos. Cita también a TRASBOT, quien no excluye la aplicación correcta de acto de administración con la máxima extensión de facultades, siempre que no haya voluntad formal contraria del legislador. El mejor antídoto contra todo raquitismo legal al respecto.

(43) VALLET DE GOYTISOLO, *Instituciones Sucesorias*, vol. II, p. 341.

(44) TORRALBA SORIANO, comentando los artículos 800 y 801 del Código civil en *Comentarios al Código Civil, en su centenario*, Ministerio de Justicia, p. 1956, dice que, en los casos de condiciones resolutorias, lo más procedente podría ser que el propio heredero tuviera la heren-

Lo que sí debe estimarse contrario a su voluntad es la privación de dicha administración para colocar a otra persona en su lugar (45).

Consideración especial del usufructuario con nudo propietario indeterminado.

El fiduciario y el instituido con una condición *sine liberis decesserit* son propietarios con titularidad dominical, que les atribuye facultades dispositivas, que están condicionadas, pero las tienen, y no hay duda de que pueden disponer, si bien su disposición estará afecta a la causa resolutoria y a sus resultados.

El usufructuario es titular de un derecho real en cosa ajena y por la naturaleza de su derecho no tiene facultades de disposición del pleno dominio, pues si hay que disponer de éste serán los nudos propietarios quienes lo hagan, y sólo cuando se trate de transmitirlo libre del usufructo será precisa la intervención del usufructuario. Así las cosas, es lógico preguntar: ¿Por qué en algunos casos se ve investido de facultades dispositivas y puede enajenar, partir y gravar?

Quienes han tratado de esta materia no se han adentrado en la cuestión. CÁMARA, en su citado trabajo (46), no se ocupa del usufructo y se centra en la partición, enajenación y gravamen de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria condicional. Más recientemente, LANZAS GALVACHE y SELVA SÁNCHEZ estudian la sustitución fideicomisaria condicional y uno de los fundamentos de su trabajo es la calidad de propietario que tiene el fiduciario, merced a la cual puede disponer (47). GONZÁLEZ PALOMINO trata de transmutar el usufructo en sustitución fideicomisaria

cia en sus manos, bien como administrador o bien, como parece más acertado, lo tuviera en plena propiedad, con garantía de restitución en los términos en que establece el artículo 800. En definitiva, dice, y en el mismo sentido cita a ALBALADEJO, que lo que parece más aceptable es que el artículo 800 rija, por analogía, para todas las condiciones resolutorias. O sea, que se conserve la administración por el primer llamado, sin perjuicio de las pertinentes medidas de garantía.

(45) El Tribunal Supremo, en sentencias de 26 de mayo de 1981 y 25 de abril de 1983, se ha mostrado muy restrictivo a este respecto. En la segunda de ellas, en que unos sobrinos pedían la puesta en administración de los bienes dejados al usufructuario con facultad de disponer, que era el esposo de la testadora, entendió que no podía aplicarse ninguna medida asegurativa e interventora en cuanto a los bienes relictos, ya que su único titular es el demandado, único heredero en la actualidad; confirmó lo argumentado por la Audiencia, donde se dijo que, al no tratarse de condiciones suspensivas, no pueden decretarse medidas cautelares pedidas al amparo del artículo 801 del Código civil.

(46) "Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria", *Revista de Derecho Privado*, 1948, julio agosto, pp. 637 y ss.

(47) "Sustituciones fideicomisarias, aproximación a dos problemas", *Homenaje a Vallet*, vol. II, pp. 769 y ss.

condicional, y la presenta con la denominación de pseudousufructo (48).

Sin embargo, la experiencia nos tiene demostrado que es en el usufructo donde se plantea el problema con mayor frecuencia. Muchas de las sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que han tenido que afrontar estas cuestiones han tenido su origen en casos de usufructo o, al menos, de relaciones jurídicas bautizadas con aquel nombre. En todos estos casos, el recho ante la concesión de facultades dispositivas a un mero titular de un derecho real en cosa ajena se ha convertido en el más difícil obstáculo.

Son muchos los matices que un usufructo, especialmente el de origen testamentario, puede ofrecer. Dejando a un lado los que se presentan en algunas viudedades de derecho foral, y aquellos usufructos constituidos con el carácter de usufructos de gestión, de donde resultan facultades dispositivas amplias y suficientes para el buen funcionamiento y administración de un negocio e incluso aquellos otros que verdaderamente son situaciones de sustitución fideicomisaria, donde al fiduciario se le denomina usufructuario y, en general, todos los supuestos en que, indagando la voluntad del testador, se puede llegar a entender concedidas facultades dispositivas. Vamos a tratar del supuesto más difícil, simplemente del usufructo normal, como derecho real en cosa ajena y sin más modalizaciones.

En cualquier especie de usufructo, el usufructuario es administrador. Así resulta de las líneas generales de este derecho real. Tiene el derecho, que a la vez se puede calificar de función, de administrar los bienes usufructuados. En nuestro Código civil, aunque sólo en uno de sus artículos dedicados al usufructo, se utiliza la palabra administración, resulta este carácter de otros preceptos y de la regulación en general (49).

Esta administración, que como parte de su derecho real le pertenece, sólo puede perderla en los casos en que el propio Código civil tiene previstos y que son la no prestación de fianza (art. 494), teniendo el testador la facultad de dispensar de dicha obligación (50) y el caso de abuso que infiriese graves perjuicios al propietario (art. 520). Fuera de estos casos, no se le puede privar de la administración que tiene por su propio derecho, y a ello se suma en muchos casos el haberle cualificado en dicha función el propio testador.

(48) "Diagnóstico y tratamiento del pseudousufructo testamentario. Enajenación y gravamen de bienes pseudousufructuados". Obras citadas.

(49) Son los artículos 491 y 492, necesidad de prestar fianza, consecuencias de su actividad de gestión; artículo 487, deber de cuidar las cosas como un buen padre de familia; artículo 480, que le faculta para arrendar; 486, facultad de ejercitar acciones en defensa de los bienes; 500, facultad de realizar reparaciones. La palabra administrar se utiliza sólo en el artículo 490 al decir que el usufructuario de una cosa poseída en común ejercerá todos los derechos que corresponden al propietario de ella referentes a la administración...

(50) Sentencia del TS de 11 de marzo 1911 y otras.

VENEZZIAN trata al usufructuario como algo más que un mero titular de un *ius in re aliena*, en razón a su deber de custodia, que supone actividad dirigida a mantener la cosa en su destino específico, en aptitudes para producir utilidad. Este deber de custodia patrimonial lo considera semejante al caso del tutor, del padre, de los mandatarios, de los gestores de negocios y también de los representantes del ausente, encajando en el prototipo del *curator bonorum*, que es en resumen nuestro titular interino (51).

Este carácter natural de administrador que tiene el usufructuario se encuentra siempre en el espíritu de las leyes reguladoras, y se trasluce nítidamente en algunos casos, como es el de la Ley 420 de la Compilación de Navarra, donde de forma directa atribuye esta facultad de administrar, incluso después de extinguido el usufructo y mientras no se determine la persona a quien irán a parar los bienes, al que fue usufructuario o a sus herederos. (*Infra* V-2. Derecho especial de Navarra.)

También de la Compilación de Navarra, Ley 259, aparecen facultades dispositivas para el viudo, impuestas en su número cinco como consecuencia de su deber de pagar con dinero de la herencia las deudas del cónyuge premuerto que fueren exigibles. Si no hubiere dinero suficiente podrá enajenar bienes de la herencia, previo acuerdo, con los nudo-propietarios, y a falta de éste o si aquellos fueren desconocidos o estuvieren ausentes, será necesaria la autorización judicial para enajenar bienes.

Todo esto aparece unido en la legislación de Navarra a la situación de analogía que se mantiene entre usufructo y sustitución fideicomisaria (52) y a las facultades de disposición con subrogación real y mediante autorización judicial que se conceden al fiduciario.

Los actos de disposición que realiza el usufructuario en todas esas situaciones de pendencia no las realiza en nombre propio, ni en uso de facultades integrantes de su derecho real, sino en su situación de titularidad interina sobre un patrimonio encargado a su custodia y acompañando su actuación con la autorización judicial, que suplirá la falta de asistencia de los titulares preventivos.

La Resolución de 22 de diciembre de 1950 explica esta solución con todo detalle. En un caso de usufructo, llamados después del fallecimien-

(51) Obra citada, vol. II, p. 514. El usufructuario de un establecimiento mercantil o industrial ejerce una actividad distinta de la mera custodia para conservar la organización del conjunto y de la que depende su eficacia productiva, pp. 521, 522, 526 y 527, vol. II. Esta facultad, y a la vez deber de custodia, los encuentra en el Código civil italiano, entonces vigente, en su artículo 511, semejante en su espíritu al de igual numeración del Código español.

(52) Leyes 410 y 412, que en materia de garantías que debe prestar el usufructuario y de límites de llamamientos se remite a los artículos 231 y 224, relativos a sustituciones fideicomisarias.

to de la última usufructuaria los hijos o descendientes de ésta, dijo que cabría estimar creada, por la indeterminación temporal de los sujetos, *una situación jurídica de pendencia* durante la cual se evitaría la indefensión y abandono de los bienes e intereses de los *concepturus* mediante una *titularidad interina conferida a la usufructuaria* que salvaría la anómala concesión de poderes dispositivos a la misma y el obstáculo que implica la representación de personas inexistentes.

También es de destacar el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1953, ya citada, y que considera bien hecha la venta realizada por la usufructuaria y quienes aún no son los nudos propietarios, ni se sabe si llegarán a serlo, pero que en el momento de la disposición integraban la estirpe llamada. Estimando así suficientemente representados los intereses de ésta, considera integradas las titularidades interinas y preventivas y con ello suficientes facultades dispositivas, acompañadas de la subrogación real de la contraprestación.

En resumen, la facultad de disposición que ejerce el usufructuario no es una de las integrantes de su derecho real en cosa ajena, sino consecuencia de su situación de titular interino, legitimado por la función de custodia y conservación de un patrimonio, y a quien, para suplir la falta de los indeterminados titulares preventivos, se le autoriza judicialmente para que realice la subrogación de bienes que el juez ha estimado necesaria o útil dentro del referido patrimonio.

5. Recurso técnico de la aplicación analógica.

La doctrina que más ha propiciado el camino para la solución de este problema que estamos tratando ha sido la ya recogida y expuesta por la Dirección General en varias resoluciones, consistente en calificar la situación como de pendencia y la distinción entre titularidad interina y titularidad preventiva. Pero no es suficiente por sí sola, puesto que queda por determinar el procedimiento adecuado a seguir y las garantías a adoptar en los delicados casos de disposición de bienes. Para obtenerlos del propio derecho positivo, los estudiosos de este tema han buscado en el Código civil preceptos que traten situaciones semejantes y que puedan ser aplicados por analogía.

En uno de estos trabajos (53) se prestaba atención al artículo 1.428, entonces remitente a la Sec. 5, cap. 5, título III del libro tercero, y a la segunda y tercera del capítulo III del título III del libro cuarto del Cód-

(53) GONZÁLEZ PALOMINO, "Diagnóstico y tratamiento del pseudousufructo testamentario", pp. 147 y ss. "Enajenación de bienes pseudousufructuados", pp. 30 y ss., de *Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio*.

go civil, especialmente a la primera remisión relativa a la aceptación de la herencia a beneficio del inventario, artículos 1.010 a 1.034, donde se contiene un procedimiento sencillo y de garantía, con intervención judicial y que sería aplicable a casos de liquidación de sociedades de ganancias con uno de los partícipes indeterminado. Hoy el artículo 1.410 hace una remisión más amplia, sin cita de preceptos, pero sometiéndose en lo no previsto respecto a la formación de inventario y reglas sobre tasación y venta de bienes y demás operaciones de división y adjudicación a lo establecido para la partición y liquidación de la herencia.

Otra tesis (54) es la que estima que el Código civil ofrece su solución en los artículos 801 y 804, en su remisión a las facultades del administrador de los bienes del ausente, artículo 186, o sea, el caso de la administración de la herencia sometida a condición suspensiva. Si bien el fiduciario no es el mismo administrador a que se refieren dichos preceptos, hay que buscar la *coincidencia en la función* de ambos *en un determinado momento*, suficiente para aplicar, con relación a dicho momento, al fiduciario las normas relativas al administrador. Reforzando la argumentación de analogía, se destaca el gran paralelismo existente entre condición suspensiva y resolutoria, y el mismo trato a que se somete a una y otra (arts. 971 y 1.123 del Código civil), y estos supuestos de indeterminación estarán siempre dependientes de una condición de una u otra clase.

Recientemente (55) se ha propuesto aplicar por analogía directamente el artículo 186, sin utilizar como puente el 804; el apoyo legal está en el artículo 4, con el que antes de la reforma del Código civil de 1974 no se contaba, y que dice: “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”, y se cumplen todos los requisitos, el incuestionable de existencia de laguna legal; la identidad de razón, igualdad jurídica esencial (el poseedor de bienes del ausente y el fiduciario actúan en interés de un sujeto indeterminado, a la vez que en el propio); e inexistencia de voluntad contraria del legislador, ya que el propio legislador lo ha usado expresamente en otros supuestos, y es para lo que utilizan el artículo 804, como apoyo de este último requisito preciso para la analogía.

Han dado su visto bueno a estas elaboraciones doctrinales otras muchas voces autorizadas, calificándolas de acertadas (56), utilizándolas como

(54) CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la, “Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria”, *Revista Derecho Privado*, julio-agosto 1948, pp. 637 y ss.

(55) “Sustituciones fideicomisarias, aproximación a dos problemas”, *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, pp. 793 a 808. De los registradores, Joaquín LANZAS GALVACHE y Luis M. SELVA SÁNCHEZ.

(56) SANZ FERNÁNDEZ, Ángel, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. II, pp. 376 y ss.

ya asentadas en algunos dictámenes (57), admitiéndolas y añadiendo algún razonamiento, como puede ser el de que si al amparo del artículo 7 (abuso de derecho), en casos de utilidad o necesidad, fuera necesario el consentimiento del fideicomisario y, por no prestarlo éste, se solicitare del juez su autorización supletoria. ¿Por qué no utilizar ésta en los casos de inexistencia o indeterminación? (58).

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Res. de 22 de diciembre de 1950, en sus considerandos detallaba: “la usufructuaria, como administradora de los bienes de la herencia, tenía facultades dispositivas de acuerdo con lo prevenido en el artículo 804 del Código civil, en relación con el 186, que preceptúa los requisitos de la enajenación por el representante legítimo del ausente”. Lo entendía como analogía, más o menos forzada, que no rechazaba, pero, por especiales circunstancias de aquel expediente, denegaba la inscripción.

No obstante, la misma Dirección General, en otra Res. de 7 de mayo de 1960, decía que los artículos 802 y 803 del Código civil deben ser interpretados restrictivamente y no consienten en ampliar las facultades a personas distintas de aquellas a las que la Ley se las reconoce. Lo afirma así de forma simple. No aporta, ni siquiera busca, un fundamento a este criterio restrictivo. Una norma jurídica susceptible de aplicación analógica en unos supuestos, puede no serlo en otros. Estos mismos preceptos citados pueden ser aplicados en dos direcciones muy distintas. Una de ellas, función de *intervención fiscalizadora*, puesta en administración y subsiguiente privación de la posesión a las personas que eventualmente la tuvieron. Otra dirección, determinación de *la manera* de administrar, extensión de las facultades del administrador y medidas de garantía que deben acompañar en ciertos casos. En la primera dirección, la norma tiene algo de excepcional, de limitativa, de odiosa y ello explica la exclusión de la analogía y la aplicación restrictiva que el TS ha recogido en algunas de sus sentencias (59). Aunque incluso en este aspecto de medidas de intervención fiscalizadora y garantía hay opiniones muy autorizadas que estiman aplicable por analogía a este artículo 801 en otros muchos casos (60).

(57) VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Dictámenes de un Notario*, 1987, pp. 449 y ss.

(58) DÍAZ ALABART, Silvia, *Comentarios al C.c.*, ALBALADEJO, t. X, vol. 2, pp. 332 y ss.

(59) 26 de mayo de 1981 y 25 de abril de 1983. En el segundo caso se trataba de un viudo dejado usufructuario por su esposa, y los sobrinos pedían la administración como presuntos titulares para cuando se cumpliera la condición. El TS, con igual doctrina que la sentada en el caso de la primera citada, dijo que, al no tratarse de una institución sujeta a condición suspensiva, no se puede decretar las medidas cautelares previstas en el artículo 801.

(60) GITRAMA, Manuel, *La administración de Herencia en el Derecho Español. Cita la administración en caso de institución a plazo*, p. 39; para la herencia a favor de persona jurídica en período de constitución o aún no constituida, p. 57; en las precauciones a adoptar en el caso de viuda encinta, p. 43; institución a favor de no concebidos, pp. 52 y 53.

En la segunda dirección, la norma no tiene nada de odiosa ni de restrictiva y no hay impedimento para aplicar por analogía esta forma de administrar a otros supuestos semejantes. Se da coincidencia de situación esencial, administración de un patrimonio que hay que conservar para un titular que aún está pendiente de determinación. Las diferencias que pudiera haber afectan a circunstancias accidentales. Si esencia y circunstancia coincidieran, *no estaríamos en caso de aplicación analógica, sino de aplicación directa del precepto.*

Las citadas resoluciones son anteriores a la reforma del Código civil de 1974. La jurisprudencia y la doctrina admitían la aplicación analógica en base al principio general de que, donde hay la misma razón, hay que aplicar el mismo derecho, y buscando un soporte de derecho positivo se citaba la disposición transitoria 13 al disponer que “los casos no comprendidos en las disposiciones anteriores se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento”. El TS lo recogió en varias sentencias, pero se cita sobre todo la resolución de la Dirección General de fecha 20 de junio de 1904 (61), en la cual hay que destacar el reto que suponía la aplicación analógica de un precepto de carácter sancionador, limitativo, odioso y, por consiguiente, poco adecuado para aplicarlo por analogía. Se presentaban contrapuestas dos opciones de signo odioso. O se aplicaba el artículo 785, que dejaba sin efecto la prohibición de enajenar impuesta por el causante, o dejaba de aplicarse, y entonces surgía la prohibición de enajenar perpetua, de signo no menos odioso. Se optó por la aplicación del citado artículo.

Después de la reforma de 1974, regulada ya expresamente la analogía en la forma en que lo hace el artículo 4.º del C.c., hemos tenido otras resoluciones de la Dirección General que se refieren a este problema. En la de 1 de septiembre de 1976 se refiere, sin que sea necesaria, y a la vez sin rechazarla, esta doctrina de la interpretación analógica de los artículos 801 a 804, y también la de 29 de enero de 1988, donde, sin basarse en la analogía, se hace una interpretación extensiva de esos artículos, pues si bien parece que se aplican directamente, en realidad se extiende su aplicación más allá de la letra estricta, puesto que los administradores, legítimos o dativos, han de ser expresamente designados por la autoridad judicial, y en el caso en cuestión se atribuye sin más este carácter y sus

(61) Era una donación a un párroco y a quienes le sucediesen como tales, prohibiéndoles la disposición, se aplicó el artículo 785, dejando sin validez la prohibición de enajenar, y si bien este artículo está en el capítulo de la herencia, debe entenderse extensivo a toda disposición que, envuelta tal prohibición, aunque esté contenida en contrato *inter vivos*, no sólo porque donde hay la misma razón debe de aplicarse el mismo derecho, sino también porque de lo contrario se eludiría fácilmente el propósito del legislador, inspirado en las leyes desamortizadoras de impedir en lo sucesivo la amortización de la propiedad inmueble.

consecuentes facultades a quienes están en posesión actual de dicho estado simplemente de hecho, sin nombramiento judicial (62).

En realidad, no es que pensemos que la regulación expresa de la analogía en nuestro Código civil haya dado lugar a una nueva orientación, pero sí entra dentro de lo lógico que el carácter de funciones sociales que la Constitución da a la propiedad y a la herencia, la legislación administrativa que en base a esa misma función social imponen movilidad a la propiedad, hayan dado nueva orientación interpretativa, sin olvidar el ejemplo dado por las legislaciones forales, que siguiendo un criterio muy semejante al que resulta de dicha interpretación han ofrecido soluciones eficaces.

IV. Posición de la jurisprudencia

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de la Dirección General de los Registros y del Notariado tienen como común y superior fin el logro de la uniformidad en la aplicación del Derecho, pero la función práctica a través de la cual sienta cada uno de ellos su doctrina origina apreciables diferencias entre ambos. Mientras que en el Tribunal Supremo se sentencia después de un largo contencioso, en la Dirección General, el contencioso no existe. En la primera se decide ya en última instancia, en la segunda es de prever un posterior procedimiento judicial y hay que cuidar no prejuzgar cuestiones. Así como en la primera se resuelve después de practicadas numerosas pruebas (testimonios, documentos, reconocimiento judicial, citación de todos los interesados), en la segunda sólo se cuenta con el contenido del Registro y la documentación presentada. La primera dispone de potestad para resolver, por lo general, con todos sus efectos, en tanto que la segunda ha de limitar su resolución a inscribir, suspender o denegar su inscripción, sin adentrarse en el fondo del asunto. Sin embargo, la de la Dirección General ha ido normalmente de forma más directa, en la materia que nos ocupa, a determinar la validez de los actos relativos a la disposición de bienes que están afectos a estas limitaciones que estamos tratando.

(62) De la Res. de 29 de enero de 1988 ya tratamos extensamente en otro lugar y, respecto del carácter de administradores que en aplicación del artículo 802 atribuye a los nietos nudo propietarios existentes ya, recordamos lo que en relación a su nombramiento dice en sus comentarios a estos artículos TORRALBA SORIANO (*Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, pp. 1963 y ss.), donde después de decir que será prioritario el administrador nombrado por el testador y sujeto en cuanto a normas de administración a lo dispuesto por éste, afirma que, en todo caso (y cita a ALBALADEJO), el nombramiento de administrador pertenece al juez, y no sólo en el supuesto del dativo (art. 803, segunda parte), sino en los casos de los legítimos (arts. 802 y 803, primera parte), ya que nunca se trata de que la administración corresponda automáticamente.

1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Ha tenido ocasión de fijar la doctrina legal en algunas cuestiones en las que se observaba cierta confusión. Así tenemos:

El examen de la disposición testamentaria para determinar si se trata de una *sustitución fideicomisaria o de un usufructo*.

En esta cuestión ha prevalecido normalmente la atención primordial a la *voluntad del testador*, comenzando por la interpretación *literal*, siguiendo el artículo 675, que pone en primer lugar, a no ser que aparezca ser otra la voluntad del testador, *el sentido literal de sus palabras*. De acuerdo con esto, ha sentado el principio de que donde hay un usufructuario hay un nudo propietario. En este sentido, la sentencia de 25 de abril de 1963.

Esto no indica un dogmatismo riguroso, que busque necesariamente a un nudo propietario determinado siempre que llame a un usufructuario, ni una literalidad a ultranza, pues en otras sentencias busca la verdadera voluntad del testador superando los términos literales; así, en la sentencia de 31 de diciembre de 1974 examina la declaración de voluntad y aprecia que hay una múltiple vocación, establecimiento de un orden sucesivo y cronológico para la adquisición y gravamen de conservar y entregar bienes, y con ello es suficiente para determinar la existencia de sustitución fideicomisaria, y en otra sentencia, de 4 de diciembre de 1975, reafirma el criterio, y dice que “los actos jurídicos son lo que son y no lo que digan las partes”.

En otras muchas sentencias (3 de abril de 1965, 8 de julio de 1940, 6 de marzo de 1944, 1 de junio de 1946, 6 de febrero de 1958, 4 de junio de 1959, 21 de febrero 1962, 4 de marzo de 1952 y 4 de noviembre de 1961) sigue una interpretación teleológica, indagando, preferentemente, en la voluntad del testador, qué trayectoria quería que siguieran los bienes.

Otra cuestión dudosa afrontada con criterio uniforme por la jurisprudencia del TS ha sido la referente a los llamamientos a *nundum concepti o a sujetos indeterminados*. Claro estaba que sí lo podían ser por medio de la sustitución fideicomisaria, ya que cabe en el artículo 781. Fuera de ella se solía desechar la posibilidad para los no concebidos e indeterminados por falta de personalidad en el momento de la muerte del testador. El TS, en sentencias de 17 de marzo de 1934 y de 29 de noviembre de 1945, admite la posibilidad, en base a los artículos 749, 29 y 30 del Código civil, especialmente teniendo en cuenta que será al cumplirse la condición cuando se determine el sujeto y cuando ha de tener capacidad para suceder (en la última de las sentencias [ponente CASTÁN] se afirman los argumentos con cita del art. 754 del Código italiano). En la primera de las citadas se dice que no se quebranta con ello la jurisprudencia, que dice que donde hay un usufructuario hay un nudo propietario, porque no deja

de haberlo, en este caso pendiente condición, ya que durante el tiempo del usufructo la nuda propiedad está en la situación regulada en los artículos 801 a 804 del Código civil, de modo eventual y variable, a favor de quienes serán en el momento de cumplirse la condición, ya sean los llamados o bien los herederos del testador al fallecer el usufructuario, o los legítimos, unos pendientes de condición suspensiva y otros de la resolutoria, puesto que la incertidumbre juega para unos en un sentido y para los otros en el opuesto. En semejante sentido, la sentencia de 25 de abril de 1963, que dice que se puede nombrar a personas no nacidas ni concebidas y a personas inciertas siempre que de algún modo sean identificables, y es muy común que se diga, mis descendientes, sin más. Muy semejante a éstas es la de 14 de mayo de 1975.

En la misma sentencia de 25 de abril de 1963 se pronunció sobre otra materia de interés y es la relativa a que la *partición practicada por el condador-partidor equivale a la hecha por el testador*, ya que en cierto modo es su representante y debe ser respetada por los Tribunales.

También ha matizado el TS la cuestión relativa a si el llamamiento es a plazo o condicional. Distingue según la condición sea impuesta para que a su cumplimiento *se adquiriera la cualidad de heredero* o si lo que determina es la entrada en la posesión de los bienes. En el primer supuesto habrá de ser capaz en el momento de cumplirse la condición, por aplicación del artículo 758, y en el segundo habrá de serlo cuando fallezca el causante, aplicando con ello el artículo 799 del Código civil. Así se trató en la *sentencia de 12 de febrero de 1915*.

En la sentencia de 17 de abril de 1953 se tratan bastantes puntos de interés, pues se afronta precisamente el problema de disposición realizada por usufructuaria y nudos propietarios aun indeterminados. La usufructuaria y los que pudieran ser, puesto que aún no lo eran, los nudos propietarios pendientes de determinar vendieron, juntamente con otros copartícipes, un inmueble en el que les pertenecía, en dicha forma, una pequeña cuota. La venta se hizo en documento privado, y al exigir al comprador el cumplimiento y el pago del precio, éste se negó argumentando que los vendedores no tenían facultades dispositivas, ya que la usufructuaria carece de ellas y los nudos propietarios están aún pendientes de determinación. En primera instancia prosperó el criterio del comprador, pero no en la segunda, ni en el recurso que dio lugar a esta sentencia.

Admite, aunque sin utilizar esta terminología, la *conjunción de las titularidades interina y preventiva como suficientes* para disponer al decir: "No es antijurídico estimar que si, conjuntamente actúan los titulares del usufructo y nuda propiedad, pueden enajenar con pleno dominio para el adquirente".

También es de advertir la *fórmula que adopta para concretar la titu-*

laridad preventiva. La considera constituida por los sujetos que de cumplirse la condición en el día de hoy serían los llamados, o integren la estirpe de los llamados, aunque el hecho de que lleguen a ser o no ser titulares depende del cumplimiento o no del acontecimiento que constituye la condición. Pues dice: "... por una parte, la usufructuaria" y por otra la nuda propiedad atribuida a los descendientes de ésta, quienes, aunque no logren la consolidación de su derecho hasta el día cierto, si bien no determinado, del fallecimiento de su madre, tienen, al nacer a la vida jurídica, la expresada nuda propiedad *in stirpe*, la cual, como antes se afirma, no puede quedar en el aire y por tanto se hallan capacitados para ejercitar los derechos que correspondan a la misma durante esta situación *de facto*, situaciones jurídicas éstas que también fueron contempladas por las diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 29 de diciembre de 1906 y 12 de enero de 1944.

Toma además en consideración los *motivos de utilidad y necesidad* al considerar que "... tanto la usufructuaria como los nudos propietarios convienen, por actuales razones de utilidad y necesidad, en sustituir aquella porción indivisa adjudicada por otra base económica de igual valor...". Se observa cómo el interés tenido en cuenta no es sólo el del sujeto indeterminado que se espera, sino el de la propia usufructuaria.

Y por último se apoya en la *subrogación real*, al explicar como "siempre que por continuar atribuidos en la misma forma que anteriormente lo estaban los respectivos derechos *sobre el nuevo bien que la contraprestación del adquirente* en el negocio jurídico realizado ha proporcionado, ni desaparezca la institución testamentaria condicional preestablecida ni sufran perjuicio los instituidos, tanto presentes como futuros, en aquellos derechos que respectivamente les otorgó la aludida institución"... "No pretendían los vendedores destruir la situación jurídica de usufructo y nuda propiedad que afectaba a lo que se enajenaba..., sino cambiar su base económica". O sea, que consagra como fundamento de la posibilidad de enajenación a la subrogación real, aunque no utiliza nunca este término.

El legado en principio fue de cantidad, pero se le dio cumplimiento adjudicando en pago del mismo, entre otros bienes, una cuota indivisa de un inmueble, por lo que realizada la adjudicación se concretaba el derecho en una cosa determinada, una cuota del inmueble, la cual sería sustituida por su valor o, mejor dicho, por la contraprestación recibida.

2. Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Función principal del conjunto de estas resoluciones es la uniformidad de criterio en las calificaciones registrales. No obstante, la natural evolu-

ción impuesta por el transcurso del tiempo, el reflejo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las nuevas orientaciones doctrinales, las exigencias de la práctica y las novedades resultantes de la evolución económica y social, alteran bastante esta uniformidad y nos permiten distinguir en su desenvolvimiento varias etapas, que ciñéndonos a la materia que estamos tratando son las siguientes:

Primera etapa, inmediata a la promulgación de la Ley Hipotecaria, en la que se destacan, en la confusión de los primeros momentos de aplicación de un régimen nuevo, las denegaciones de inscripción que surgen en cuanto aparece una condición resolutoria, por aplicación muy rigurosa de los artículos 37 y 109 de la Ley Hipotecaria (63). Hubo lugar a la Resolución de 22 de febrero de 1864, atendiendo consulta hecha desde Cataluña, donde claramente se determina que los bienes afectados a condiciones resolutorias pueden inscribirse, así como sus enajenaciones y gravámenes, expresando en el asiento tal condición; que dichos bienes pueden enajenarse y gravarse o hipotecarse, pues la Ley Hipotecaria no ha cambiado el estado del derecho sustantivo y la enajenación o la hipoteca nunca perjudicarán a las personas eventualmente llamadas, salvo a quienes hubieran consentido expresamente su enajenación (64).

Segunda etapa, principios de siglo, con el Código civil relativamente reciente y conjugándose con los preceptos hipotecarios ya asimilados en todas las esferas jurídicas. La solución dada por la jurisprudencia anterior, posibilidad de enajenar y disponer con subsistencia del gravamen resolutorio, ya no se recibió por la práctica como suficiente, pues la pretensión era la de enajenar como libres. En los tratadistas de derecho civil de aque-

(63) La resolución de 27 de octubre de 1863, en que se admitió la enajenación, entendiéndose que el artículo 109 sólo se refiere a las resolutorias, no a las suspensivas seguidas de otras muchas, admitiendo la inscripción, aparte de la citada de consulta de 1864, tenemos las de 26 de marzo de 1867, abril de 1868, 28 de junio de 1887, 21 de agosto de 1894 y 25 de junio de 1903. En todas estas resoluciones se insiste en que la Ley Hipotecaria es sólo derecho adjetivo y que siempre hay que estar al C.c. como principal y sustantivo, y se culmina la idea de que en los títulos sucesivos y en las nuevas inscripciones no es preciso repetir la existencia del gravamen resolutorio, puesto que ya figura en las anteriores, y se vuelve a reiterar en las resoluciones de 17 de octubre de 1919 y 1 de octubre de 1920.

(64) Otras resoluciones de esta época, relativas a esta materia, tratan de vinculaciones y mayorazgos con gran liberalidad, como la de 3 de julio de 1878, permitiendo que se realicen actos de disposición por el actual poseedor y el inmediato sucesor que reúnen la capacidad legal necesaria para alterar juntos la división y partición de los vínculos, sin autorización judicial, que sólo es precisa si son menores, incapacitados o desconocidos; en esta resolución y en otras (3 de julio de 1878 y 21 de agosto de 1894) se nota el influjo sobre la jurisprudencia en general de la todavía no muy lejana legislación desamortizadora. En todas se citan las leyes desamortizadoras de 11 de octubre de 1820; Decreto de 15 de mayo de 1821; Ley 26 de junio de 1821, Decreto de 30 de agosto 1836 y Ley 9 de agosto 1841.

lla época no se afronta este problema, ni se le busca solución. La práctica utilizó la autorización judicial como medio de garantía para superar la falta de facultades dispositivas. Lo admitió así la resolución de 29 de diciembre de 1906, en cuyo supuesto de hecho un padre usufructuario, cuyos nudos propietarios son sus hijos nacidos o nacerlos, vende en nombre de ellos, con autorización judicial, justificada la necesidad o utilidad de la enajenación y sustituyendo los bienes vendidos por su subrogado, valores del Estado según lo acordado por el juzgado. En el recurso se acuerda la inscripción, considerando que con dicha venta no se lastiman los derechos de los demás hijos que pudiera tener el referido padre usufructuario, puesto que se trata de sustituir unos bienes por otros en la forma acordada por el juzgado y, por otra parte, se encuentra cumplido el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, ya que se solicita la previa inscripción a favor de las personas en nombre de las cuales se dispone.

Esta solución se siguió por la práctica, pero otras muchas resoluciones resolvieron en sentido contrario (65) con los argumentos de que no es procedimiento adecuado y que la autorización puede ser válida cuando se vende en nombre de los hijos nacidos, pero no de los nacerlos.

También se extiende la dificultad a las operaciones de división y partición, pues la resolución de 22 de mayo de 1944, en cuyo supuesto se trataba de dividir una cosa perteneciente por cuotas a varios titulares, dos tercios de una sexta parte pertenecería a los hijos que pudiera tener la usufructuaria de dicha cuota, se confirmó la denegación en base a que sólo cabría hacer la división *el día del fallecimiento de la usufructuaria*. La disolución de comunidad, aunque no *equivalga a una enajenación, se parece mucho a ella*, y es necesario que los bienes pertenezcan a quienes efectúen la división, supuesto inexcusable para llevar a cabo las adjudicaciones individuales de los bienes distribuidos (66).

(65) 10 de septiembre de 1918; 23 de julio de 1924; 21 de octubre de 1924; 16 de septiembre de 1929 y otras. Se viene a decir en todas ellas que no vale afirmar que el actual poseedor asume la representación de los hijos futuros; en algunos casos, los titulares serían incluso nietos, sobre ellos no tendrá nunca la patria potestad. Esto llevaría a una pluralidad de representaciones condicionadas no contenidas en el artículo 164 del C.c. y a una confusión de los derechos de los llamados sucesivamente a la manera de fideicomisarios, tan sólo por la circunstancia de aparecer unidos por los vínculos de paternidad y filiación.

(66) En otra resolución anterior, 12 de enero de 1944. En el testamento se llama a la viuda al usufructo, y a la nuda propiedad a los hijos o a sus descendientes. La viuda renunció al usufructo y se hicieron las adjudicaciones. A pesar de que hasta que no falleciera la viuda no aparecerían determinados los nudos propietarios, se declaró inscribible la adjudicación aun con la duda de si el momento decisivo es el de la renuncia o el del fallecimiento; quedan cubiertas dichas dudas, ya que la adjudicación ha sido hecha bajo la condición resolutoria constatada que anuncia a los terceros los peligros de contratar con los indicados sucesores. En la misma resolución se destaca que, "aun a riesgo de parecer a veces contradictorias" las resoluciones entre sí y con las sentencias del TS, hay que ponderar en cada caso, no sólo las palabras

La que llamaremos *tercera etapa* la encontramos cuando juristas prácticos, al final de los años cuarenta (67), resaltan la necesidad de resolver este problema y proponen recursos de técnica jurídica para lograr la solución. También de esta época, 22 de diciembre de 1950, es la Resolución que da nueva orientación al tema. Como nuevas ideas aparecen en ella:

Tratar de las situaciones de pendencia, con la existencia de una titularidad interina y de una titularidad preventiva.

Colocar a la usufructuaria en la posición de titularidad interina, con lo cual se evitaría la situación de indefensión y abandono de los bienes e intereses de los *concepturus*, que salvaría la anómala concesión de plenos poderes dispositivos a la misma y el obstáculo que implica la representación a personas inexistentes.

La usufructuaria, titular interina y administradora de los bienes de la herencia, podría venderlos, en virtud de la analogía, más o menos forzada, de los artículos 804 (administración de la herencia sometido a condición suspensiva), en relación con el 186, que faculta al administrador de los bienes del ausente para disponer con autorización judicial en casos de utilidad o necesidad.

Después de expuesta esta tesis, la propia resolución, por entender que en el expediente concurren circunstancias de trascendencia decisiva, no admite la inscripción, detallando otros defectos, entre ellos deficiencias en la autorización judicial y tiempo excesivo (ocho años) desde que aquélla se concedió hasta la fecha de utilización.

Esta resolución, aun siendo denegatoria de la inscripción, se consideró por los comentaristas como un avance, posibilidades de solución basada en los recursos técnicos presentados por los autores. Los comentarios habituales en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (68) son francamente optimistas, estimando que se ha abierto el camino a la fuerte —por lo necesaria— corriente doctrinal de posible enajenación de los bienes del fideicomiso, y hasta pregunta si no se va más lejos por la Dirección General al eliminar uno de los problemas más graves, la representación de los no concebidos, de los que tanto se ha hablado.

Pero contra lo esperado, aparecen a partir de entonces las resoluciones más negativas.

empleadas o la intención manifestadas, sino las valoraciones de las sustituciones, el alcance de la representación y fijación de las estirpes llamadas.

(67) GONZÁLEZ PALOMINO, José, "Diagnóstico y tratamiento del pseudousufructo testamentario. Notas a la Resolución de 12 de enero de 1944". CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la, "Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1948, pp. 537 y ss. ROCA SASTRE, Ramón M.^a, "La subrogación real", *Revista de Derecho Privado*, abril 1949.

(68) Estos comentarios, de Ginés CÁNOVAS COUTIÑO, están recogidos en la obra *Antología Jurídica*, p. 458.

La de 2 de marzo de 1956, caso procedente de Cataluña (aplicando el derecho foral entonces vigente), fundamenta en la subrogación real una enajenación de bienes con autorización judicial. La Dirección General denegó en base a que la subrogación real es sólo un efecto, y no tiene virtualidad para crear un poder de disposición, puesto que más que premisa que sirva para autorizar el acto dispositivo funciona como resultado, una vez que se ha llegado a disponer en virtud de facultades recibidas por otra vía. Además señalaba que el procedimiento de enajenación de bienes de menores no es el adecuado.

También sobre la base de la subrogación real, y ya en ámbito de derecho común, tenemos la Res. de 13 de enero de 1965. Insiste la Dirección General en su argumento ya utilizado en la resolución que antes se cita, que la subrogación real no es premisa autorizante, sino consecuencia. La autoridad judicial en este supuesto de hecho había intervenido, no sólo autorizando, sino comprobando que la obra nueva que se había recibido como contraprestación del solar vendido había sido inscrita sujeta a la afección que el solar tenía y sin perjuicio de los derechos que correspondan a los hijos que puedan nacer.

Los comentarios a estas resoluciones que aparecen en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (69) lamentan que no se continúe en la misma línea de la de 22 de diciembre de 1950, así como el rechazo a la idea de subrogación real que ya había admitido el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de abril de 1953 y en la de 20 de octubre de 1954, de distinto sentido, pero con el mismo fondo, y especialmente el comentarista hace referencia a los preceptos de otras legislaciones que han resuelto el problema; así el artículo 694 del Código italiano, el 189 de la 12 Compilación Catalana y la Resolución de 29 de diciembre de 1906, y además se pregunta: ¿Cómo un registrador tan respetuoso con aquellas “consecuencias” vulneró el artículo 467 del C.c. y sin respetar el *salva rerum substantia* inscribió una declaración de obra nueva sin más consentimiento válido que el del usufructuario, y dejó para los posteriormente llamados la obra nueva y además el trozo segregado que no quiso inscribir para el comprador? Un criterio más generoso y abierto a las exigencias actuales (*¿que eran las de hace cerca de cuarenta años!*) “podría considerarse superado con la declaración de que la subrogación se ha perfeccionado contenida en el segundo auto del juzgado, resolución no muy técnica, ciertamente, pero más vívida y pragmática” (70).

Otra resolución denegatoria es la de 7 de mayo de 1960. Venta con autorización judicial, subrogación, subasta notarial y citación en el pro-

(69) P. 129 de la citada *Antología*.

(70) Comentarios del mismo autor en la citada *Antología*, pp. 1222 a 1228.

cedimiento de los posibles llamados en segundo lugar. Los considerandos de esta resolución distingúan entre la sustitución fideicomisaria condicional y la condición resolutoria, destacando el efecto retroactivo del cumplimiento de la resolución que *aniquila* el primer llamamiento, y que, según el principio *nemo dat quod non habet*, el titular del derecho sometido a condición resolutoria no puede dar más de lo que tiene, que es un derecho resoluble. También corta el paso a la posible aplicación analógica de los artículos 801 a 804 del Código civil, señalando que los artículos 802 y 803 del Código civil son de aplicación restrictiva. Y además, examinando el expediente de autorización judicial, advierte que se solicitó autorización por la aplicación analógica del entonces artículo 164 del Código civil y el juez se fundó en el 804, no siendo pues adecuado el procedimiento seguido.

En los comentarios, del mismo citado origen (71), se dice que si la Res. de 1956 hizo temer un cambio de doctrina, ésta desvanece toda ilusión al respecto y que pudo observarse cualquier detalle (la casa la valoró el aparejador en 135.580 ptas., y se adjudicó por 22.000 ptas.) y no inscribir en aquel caso concreto, pero no arremeter contra la doctrina. Dejar la esperanza abierta. Califica los argumentos utilizados como de un *frío dogmatismo difícil de debelar*.

En otro lugar, al tratar los correspondientes problemas doctrinales (*supra* III), hemos referido estas resoluciones, especialmente en materia de efecto retroactivo de la condición resolutoria cumplida (II-I-5) llamada (17), de la subrogación real (III-3) y la aplicación restrictiva de los artículos 801 a 804 del Código civil (III-5).

Ya por último, a partir de los años setenta, entramos en la que pudiéramos llamar *última etapa*, caracterizada por la sucesiva aparición de las Compilaciones Forales, que no se limitan a recoger sus peculiaridades y los principios del Derecho Romano por el que se habían regido, sino que aportan soluciones prácticas que superan las regulaciones clásicas. A la vez, las corrientes que tratan la propiedad con el carácter de función social y que acaban recibiendo en la Constitución Española y desarrolladas en leyes concretas referentes a la propiedad rústica, a la urbana y a sus formas de ser entendidas y que se traducen en una mayor presión social en contra de la inmovilización de la propiedad. Todo ello llega a trascender a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que con frecuencia invoca dichos principios y, por consiguiente, también a los criterios de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En la Res. de 1 de septiembre de 1976, en su considerando octavo, se dice: "A excepción de algunas Compilaciones Forales, hay que reconocer

(71) En la misma obra, p. 958.

que en nuestro Derecho se adolece de una falta de regulación sistemática de la materia, e incluso de carencia de normas, lo que hace difícil la busca de solución adecuada, y por ello la doctrina pretende, no sólo en este supuesto concreto de pago de deudas y cargas, sino en el más amplio de sustitución de unos bienes por otros, a través de diversos medios con fundamento en preceptos legales, obtener un resultado positivo a través de la autorización judicial correspondiente –art. 804 del Código civil en relación con el 186 del mismo cuerpo legal–, o mediante subasta pública en los casos de abintestatos y juicios de testamentarias, artículos 1.097 en relación con los 1.093 y 1.051 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

En este considerando, QUE NO ERA PRECISO PARA RESOLVER en el asunto tratado, se destaca: Que existe un vacío legal, que las Compilaciones ya lo tienen cubierto y que hay una estimable doctrina que apunta la solución a través de los preceptos que cita.

Y vuelve a esta doctrina, en sentido favorable también, la Res. de 29 de enero de 1988, diciendo: “Para el supuesto de que el legado esté sujeto a condición suspensiva, tienen aplicación los artículos 801 y siguientes, *y esta solución debe ser también aplicable* al presente supuesto, aunque no sólo dependa del acontecimiento futuro el llamamiento, sino la misma existencia del sujeto llamado. Por tanto, son los mismos nietos colegatarios ya existentes los que, conforme al artículo 802, tienen la administración del derecho de la parte legada a *todos los nietos...* Expresión que debe entenderse en el amplio sentido que se desprende del artículo 804, es decir, que en el concepto de *administradores o titulares interinos* tienen incluso facultades dispositivas, como las que tienen los administrativos de los bienes del ausente, de modo que, aun sin contar con el consentimiento de los titulares preventivos –en el presente supuesto imposible– pueden realizarse actos dispositivos plenamente eficaces”.

En aquel caso, en base al artículo 1.054 del C.c., se habían practicado unas operaciones particionales, adjudicando a los nietos ya existentes la participación que les correspondía con cuotas entre ellos variables para el caso de que aparecieran más nietos, pero en todo caso definitiva para los restantes lotes no afectados por la condición. La Dirección General confirmó la nota, pero no en el sentido que le daba el registrador de que con un llamamiento condicional no se puede practicar la división, sino añadiendo que puede inscribirse siempre que se obtenga la correspondiente autorización judicial.

Analizando la doctrina contenida en esta resolución, observamos en ellas las orientaciones siguientes:

Se refiere en general a *actos de disposición*, con lo que hay que entender incluidos, no soamente los de división, como en el caso se trataba, sino los de enajenación y gravamen.

Sigue la línea sentada por la sentencia de 17 de abril de 1953, de que los nudo-propietarios ya existentes, llamados *in stirpe*, tienen la representación de la nuda propiedad en la totalidad, incluyendo a los hoy indeterminados.

Adopta la cautela de la autorización judicial, defendiendo a los no presentes, titulares preventivos, evitando connivencias con los partícipes ya determinados, incluso con prestaciones en dinero no confesadas, como algún autor ya previno (72).

No se plantea ninguna exigencia en cuanto al procedimiento a seguir para obtener la autorización judicial, hay que entender que será el mismo que procede en los casos de enajenación de bienes del ausente.

Comparando estas resoluciones más recientes con las de épocas anteriores resulta que, entre los supuestos de hecho de las de 22 de mayo de 1944 y 29 de enero de 1988, hay gran semejanza y mientras en la de 1944 se dice que sólo cabrá hacer la división el día del fallecimiento de la usufructuaria, por contra, la de 1988 argumenta: "El hecho de que la titularidad interina sobre la parte de un derecho parciario esté pendiente de un acontecimiento futuro e incierto no puede tener para toda la herencia unas consecuencias tan perturbadoras como las que pretende en la nota el registrador", y que era la misma que en la de 1944, o sea, no dividir hasta que fallezca la usufructuaria.

Lo mismo ocurre si ésta del 1988 la comparamos con la de 13 de enero de 1965, en ambas la indeterminación era puramente cuantitativa, y esto, que la de 1988 utiliza como obstáculo mínimo salvable con la autorización judicial, en la de 1965 fue obstáculo insuperable, aunque se contaba con autorización judicial y perfecto control de la subrogación real constatada por auto judicial.

En otras resoluciones se observa (73) preocupación por resolver el problema, sugiriendo ideas, como son posibles subsanaciones registrales, o se adentra en el fondo del asunto para demostrar que se reúnen todos los posibles intereses en juego y que es admisible la inscripción. En resumen, ha adquirido sentido práctico, sin el frío dogmatismo y excesivo rigor científico que se censuraba en su día a aquellas resoluciones negativas, y vemos además cómo no se buscan nuevas doctrinas, ni argumentos teóricos distintos, ni otros recursos de técnica jurídica no utilizados hasta ahora, sino que más bien en esta última etapa se siguen criterios prácticos y se somete a reconsideración lo ya expuesto en anteriores resoluciones, recordando las posiciones favorables de algunas de ellas, y, lo que es más elocuente, olvidando otras negativas.

(72) Manuel de la CÁMARA ÁLVAREZ, en el trabajo ya citado.

(73) Res. de 2 de diciembre de 1986 y 4 de febrero de 1980.

La cancelación de hipotecas en los casos de acreedores nudos propietarios o fideicomisarios indeterminados. Las tratamos aparte, pues han sido objeto de jurisprudencia cambiante, hasta desembocar en solución dada reglamentariamente.

Hubo resoluciones de los tres posibles sentidos: Negativa, 22-IX-1879 (cancelar es enajenar y el usufructuario no tiene facultades de enajenación). Positiva (12-III-1903) (admitida la inscripción, incluso sin autorización judicial, ponderando la posición de los deudores, que pagan y no obtienen la cancelación de su gravamen y basándose en que cancela quien tiene el derecho inscrito y que el importe recibido queda afecto a la condición pendiente), en igual sentido la de 25-V-1931, que interpretando una frase del testamento, *lo que dejare*, entendió que se consideraba implícita la facultad de disponer. La de 9 de julio de 1913 impone limitaciones, pues exige la autorización judicial, ello de acuerdo con el artículo 507 del Código civil, que así lo dispone para los casos en que el usufructuario no hubiera constituido fianza (74).

El Reglamento Hipotecario aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, en su artículo 178, núm. 4, resuelve el problema, para el caso de que los nudos propietarios o fiduciarios no sean conocidos, facultando al usufructuario o fideicomisario para cancelar siempre que se invierta el importe de los derechos reales extinguidos en valores del Estado, depositados en un establecimiento bancario o Caja Oficial a favor de quienes puedan tener derecho a dicho importe.

Sus innovaciones consisten:

En que basta con el usufructuario o el fiduciario para cancelar, pero sólo en el caso de que el nudo propietario o el fideicomisario sean desconocidos; si son conocidos, habrá que contar con ellos.

Se opera la subrogación real del crédito por el dinero cobrado, pero no se precisa autorización judicial, cosa explicable, puesto que no hay que discernir acerca de la utilidad o necesidad; ni es procedente el avalúo en prestaciones dinerarias y tampoco tiene que controlar la subrogación, quedando esta función a cargo del registrador.

(74) La doctrina de los hipotecaristas no ayudaba mucho, consideraban como indispensable la intervención de nudo propietario e insuficiente la fianza constituida cuando no es hipotecaria. Incluso respecto de las resoluciones favorables que hemos citado las interpretaban en el sentido de que habían prohibido al usufructuario sin fianza la cancelación de la hipoteca, pero que no habían autorizado a cancelar al usufructuario con fianza. Admitía como únicos casos posibles, aparte de la concurrencia del nudo propietario, la constitución por el usufructuario de fianza hipotecaria o una orden judicial de cancelación en procedimiento ejecutivo. Así DE LA RICA, cita entre ellos a MORELL, p. 174 de los *Comentarios al Nuevo Reglamento Hipotecario*, de Ramón de la RICA ARENAL, Madrid, 1948.

Este precepto fue muy bien acogido por los comentaristas (75), que entienden que activa la dinámica registral inmobiliaria y colabora a la adecuación del Registro a la realidad jurídica.

Para nosotros tiene además otro importante valor. Es síntoma de comprensión y de la adecuada aplicación e interpretación de los principios de nuestro derecho positivo, que nos pueden conducir a resolver estas situaciones, pues no se limita al caso de usufructo que tiene un apoyo legal en el artículo 507, del Código civil, sino que lo extiende a los fiduciarios que no cuentan con ningún precepto legal aplicable directamente, lo que indica que un precepto dado para el usufructo se aplica a la sustitución fideicomisaria por *analogía*. Ni usufructuario ni fiduciario tienen facultades dispositivas, pues es indudable que cancelar es disponer y, sin embargo, se les conceden estas facultades dispositivas. El usufructuario y el fiduciario quedan igualados, admitiendo con ello que hay una analogía innegable en todas las situaciones de sujeto desconocido, inexistente e indeterminado. Y llama, a los últimos, fideicomisarios, y no sustitutos, y pensamos que así lo hizo, no sólo en previsión de su aplicación en zonas de derecho foral donde subsiste el fideicomiso puro, sino porque coloca a usufructo y fideicomiso como polos extremos de toda la gama comprensiva de supuestos de esta índole, y estima procedente utilizar un término genérico que comprenda todas las situaciones de análoga problemática.

Por último, es de advertir que las legislaciones de Navarra y Cataluña han resuelto este problema en la regulación de estas instituciones. La Ley 234 de Navarra dice que el fiduciario por sí solo... podrá cancelar por cobro los créditos hipotecarios o pignoraticios. Y en materia de usufructo, la Ley 418, en cuanto al cobro de créditos, se remite a la 410, que atribuye al usufructuario plena disposición, pero habrá de restituir una cantidad igual en género y cantidad.

El Código de Sucesiones de Cataluña, en el artículo 220, núm. 2.º, incluye entre los actos que puede realizar por sí solo el fiduciario, bajo su

(75) DE LA RICA, *op. cit.* pp. 172 y ss., encuentra la inspiración del precepto en el párrafo 4.º del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, en el que, en relación con los bienes afectos a la garantía o mención legitimaria, arbitra la indicada fórmula para cancelar hipotecas, redimir censos y en general extinguir los derechos reales que recaigan sobre dichos bienes. También en dicha obra señala que queda sin resolver el problema del caso del fideicomisario o nudo propietario conocido cuando el usufructuario o fiduciario hubieren prestado fianza, ya que el artículo se refiere sólo al caso de que sean desconocidos. Tengamos en cuenta que el citado artículo reglamentario no se refiere para nada al caso de fianza prestada o no prestada y que el otro precepto aplicable, artículo 507 del Código civil, no se refiere tampoco al conocimiento o desconocimiento del nudo propietario; por consiguiente, en caso de fianza prestada, podrá cancelar sin autorización judicial, siguiendo lo dispuesto en el artículo 507 del Código civil. Este precepto está dado para el usufructuario, pero habida cuenta del criterio analógico que sigue el Reglamento en su artículo 178.4.º, entendemos puede aplicarse también al fiduciario, que habrá de atenerse a lo dispuesto en el referido 507 del C.c.

responsabilidad... los de consentir la cancelación de inscripciones de hipoteca constituidas en garantía de créditos hereditarios ya extinguidos o que se satisfagan, siempre que los interesados exijan los respectivos actos. Quedará afecto al gravamen el dinero recibido. La facultad de cobro se admite en el artículo 184, siempre que el deudor lo exija (76).

V. La cuestión en otros ordenamientos jurídicos

1. Derecho extranjero.

Hay ordenamientos, como el francés, que prohíben el fideicomiso y otras figuras análogas, en cuanto implican limitación de las facultades dispositivas. No son éstos los más adecuados para obtener orientación acerca de las buscadas soluciones al problema que estamos tratando. Queda subsistente en el usufructo, donde se sigue planteando el problema.

En otros sistemas, como en el del Derecho inglés, con tantas diferencias con el Derecho latino, empieza la dificultad al tratar de encontrar instituciones semejantes, en su tratamiento jurídico, al usufructo o a la sustitución fideicomisaria condicional, pero sí que encontramos algunas que cubren muy parecidas finalidades económicas. Se cuenta con el fideicomiso comercial (*trader's settlement*) y con la propiedad temporal o tenencia por vida (*estate for life*). Estas situaciones pueden originarse por disposición de la Ley o por voluntad de los disponentes de los bienes.

El primero (*trader's settlement*), de acuerdo con el significado de la palabra *settlement*, supone llamamientos sucesivos, y el otro término, *trader*, comerciante, da idea de que su objeto patrimonial es una empresa integrada por bienes destinados al cambio, y en ello se funda su especialidad, por razón de su objeto.

El segundo (*estate for life*), propiedad temporal o vitalicia, tiene más bien un fundamento subjetivo y está más bien pensada en consideración a las sucesivas personas que irán disfrutando de los bienes.

(76) O'CALLAGHAN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*, ALBALADEJO, t. XXIX, vol. 1, p. 296, dice que hay que entender modificado el artículo 178.4.º del Reglamento Hipotecario y aplicar la normativa contenida en este artículo de la compilación, y si el crédito integrante del fideicomiso estaba garantizado con hipoteca y se cobra o se extingue por cualquier otro medio y el interesado lo exige, deberá el fiduciario consentir la cancelación. En realidad, nos parece más correcto entender que cada precepto se aplicará con el carácter que tiene, los artículos de la compilación como derecho sustantivo, y los del Reglamento Hipotecario como adjetivo, subordinado a aquél, luego si el reglamento exige algún requisito no mencionado por el precepto sustantivo, se aplicará éste y no aquél y, por consiguiente, el requisito no será exigible; por contra, si en el derecho sustantivo encontramos una laguna, acudiremos al precepto reglamentario para cubrirla, que es lo que se ha operado en el Derecho Común.

Por otra parte, el Derecho inglés ha sido siempre contrario a la vinculación de la propiedad, que ha considerado como algo opuesto a los fines de la misma y de resultados nocivos, incluso para la economía nacional.

También ha sido contrario a imponer limitaciones en los llamamientos. No ha prohibido los llamamientos sucesivos. Ha considerado también improcedente la limitación de los grados a que pueden llegar. Estimando más perjudicial imponer sólo un par de llamamientos que establecer unos fines perpetuos a los que queden afectos los bienes. El que se sabe poseedor sin futuro propio atenderá menos los bienes que quien se sabe una de las piezas que a lo largo del tiempo ha de actuar en pro de los fines propuestos.

La solución la ha buscado el Derecho inglés en la concesión de facultades dispositivas a los titulares de los primeros llamamientos. El *tenant for life* era propietario, más bien que titular de un derecho real en cosa ajena, y se le concedían verdaderos derechos de disposición bajo la vigilancia siempre de la autoridad judicial o administrativa. Se reputaba nula toda cláusula del acto constitutivo que excluya o restrinja estas facultades de disposición. El *tenant for life* podía disponer, enajenar, cambiar, pero nunca emplear en propio beneficio aquello que constituye *valor capital* y que debe entregarse a la persona a quien vayan a parar los bienes después de la tenencia vitalicia (*remain-derman* o *reversioner*).

En ambos casos, en el fideicomiso comercial y en el *tenant for life*, la garantía de los posteriormente llamados estaba en la obligación de restituir del primer llamado, operando la afección de los bienes obtenidos como contraprestación, ejercida la vigilancia en un principio por los *trustees*, y después conferida ésta, ante la inercia y tendencia a eludir responsabilidades de aquéllos, a la autoridad judicial o a la administrativa. (*Land Commissioners*).

En el Derecho alemán se admite y se regula la institución, pero con orientaciones distintas a las que sigue nuestro Derecho. Aunque se dice que el BGB es de inspiración romanista, la influencia del Derecho Romano no ha sido suficiente para anular la raíz germánica, reminiscencia de la SALMANN (persona elegida por el causante, a quien se entregaba el caudal relicto, y debía realizar las ofrendas por el difunto), y el propio BGB no regula el fideicomiso, sino la sustitución fideicomisaria, y no se sigue el principio esencialmente romano del *semel heres semper heres*, sino que distingue dos herederos sucesivos para un mismo causante. Herebero previo, preheredero, VORERBE, dueño del caudal relicto mientras dure su calidad de heredero fiduciario, y heredero sucesivo posheredero; NACHERBE, que es heredero fideicomisario, que empieza a serlo cuando se abre la sucesión fideicomisaria. El BGB, artículo 2.100, admite esta sucesión sucesiva de procedencia romana, pero la regula con sistemática,

precisión y tecnicismo alemán y con ciertos añadidos y previsiones. Por esto no es fácil encajar sus preceptos en los huecos que nos deja nuestra legislación. En el Derecho alemán, el primer llamado es indiscutiblemente dueño, sin más límites que el respeto a la expectativa del fideicomisario; por ende, sus enajenaciones son válidas, pero son ineficaces *en cuanto perjudiquen* al fideicomisario (art. 2.113). Esta acción de ineficacia, no sólo puede ejercitarla el fideicomisario, sino cualquiera, pero esta acción está *objetivamente limitada en su extensión*, pues sólo subsiste en cuanto el derecho del fideicomisario resulte perjudicado por la disposición.

El sistema, como vemos, es distinto al de nuestro Derecho común. Sin embargo, extrayendo principios y llegando a través de ellos a la conclusión de que la acción por ineficacia puede ser defendida con una excepción cuando se produzca el adecuado contravalor, algún autor extrae del artículo 2.111 el juego de la subrogación real y su base para facilitar así los actos dispositivos del fiduciario (77).

Más próximo a nuestro Derecho se encuentra el italiano, pues aparte de la semejanza de su regulación con la nuestra, ofrece un cierto paralelismo con ella en cuanto a su evolución histórica. En su Código civil de 1865 abroga radicalmente las disposiciones fideicomisarias, tal como se proyectaba para el nuestro en 1851. En nuestro Derecho, por entender que la posición equilibrada estaba en su admisión dentro de ciertos límites, se rectifica en este sentido y así pasan al proyecto de 1882 los que después serían los artículos 781, 787 y 789, hoy vigentes. Por la misma causa, el Código italiano de 1942 supera aquella prohibición absoluta y admite la sustitución fideicomisaria si se impone a los *hijos*, a favor de todos sus hijos, legítimos o no, nacidos o por nacer. También puede imponerse a los hermanos y hermanas a favor de sus hijos nacidos o por nacer y a favor de una entidad. Más allá no se admite.

Pero la experiencia y evolución de ideas operadas dentro de esos casi ochenta años propiciaron la inclusión del texto contenido en el artículo 694, que dice: "La autoridad judicial puede autorizar la enajenación de los bienes objeto de la sustitución en caso de utilidad evidente, disponiendo la reinversión del precio obtenido. También puede, con las necesarias cautelas, autorizar la constitución de hipotecas sobre los mismos bienes en garantía de créditos destinados a mejoramientos y transformación de los fondos". Aquí tenemos el precepto añorado por los juristas prácticos

(77) ROCA SASTRE, Ramón María, en sus notas a ENNECERUS, KIPP y WOLF, t. V., vol. I, pp. 71 y ss. y 92 y ss. *Vid.* también O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, "Comentarios a los artículos 162 a 216 de la Compilación de Cataluña", t. XXIX, vol. 1.º de los *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, pp. 8 y ss., y a VENEZZIAN, "Usufructo, uso y habitación", Madrid, 1928, *Biblioteca de Derecho Privado*, vol. I, pp. 64 y ss.

que han tratado este tema (78) y que ha sido incluso superado por nuestras legislaciones forales en cuanto a las enajenaciones con subrogación y la concesión de créditos hipotecarios y pignoratícios para la refacción.

La doctrina de los autores italianos llega a más, pues tratando el caso en que el fiduciario enajene sin los requisitos del citado artículo 694, no estando ordenada la publicidad del vínculo fideicomisario, ni estando el sustituto legitimado para perseguir los bienes en terceras manos, el vínculo no tiene carácter real y se resuelve en la mera obligación de no hacer, impuesta el instituido. En atención a esto podrá solamente obtener la resolución de la enajenación atacando el acto y tendrá las ventajas que resulten de su declaración de nulidad, pero sin efectos reales, por lo que hay muchas posibilidades de no recuperación de bienes, sobre todo si se trata de muebles, donde la posesión legitima tan fuertemente (79).

2. Derecho foral.

Los ordenamientos jurídicos especiales de Cataluña, Baleares y Navarra, al regular el fideicomiso, han sido respetuosos con sus precedentes romanos y con las especialidades del derecho autóctono, pero han introducido innovaciones que se concretan en un conjunto de medidas necesarias para superar en la práctica las dificultades que las referidas instituciones ofrecen en la vida moderna.

Por nuestra parte, encontramos como caracteres dominantes en todas ellas los dos siguientes:

Uno. La liberalización de los movimientos del fiduciario. Continuidad del tráfico jurídico mientras el fideicomiso está pendiente. (Práctica de las operaciones particionales del causante aunque estén interesados fideicomisarios, enajenación de bienes como libres del fideicomiso, obtención de créditos refaccionarios con garantía real sobre dichos bienes...)

Dos. Contrapartida del anterior. Adopción de medidas de garantía en salvaguarda de los derechos de los llamados en segundo lugar. (Obligación del fiduciario de inventariar y afianzar, depósito de los valores y obligación de reinvertir el dinero que se obtenga en valores seguros, constatación en el Registro de la Propiedad de la afección de los bienes al fideicomiso, notificación a fideicomisarios y representantes de los mismos y posibilidad de oponerse o de impugnar de éstos...)

(78) GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios de Arte menor sobre Derecho Sucesorio. Enajenación de bienes pseudousufructuados*, pp. 301 y ss.

(79) MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones jurídicas Europa y América, Buenos Aires, 1956.

Entrando muy someramente en el detalle de lo dispuesto en cada una de ellas, vemos:

Derecho especial de Cataluña.

El reciente Código de sucesiones por causa de muerte, en el Derecho Civil de Cataluña (80), dedica a esta materia todo el capítulo VII, del título III, que contiene 67 artículos, de los cuales, más de la tercera parte, 23, integran la sección segunda que trata de “Los efectos del fideicomiso mientras está pendiente”. Allí se tratan y resuelven los más graves problemas que estas situaciones de pendencia han motivado. Es la regulación más detallada y minuciosa de todas las conocidas en vigor acerca de esta materia. Y no es esto novedad de la reciente Ley 40/1991, 30 diciembre, sino que, como dice el preámbulo de la misma, se ha conservado en esta materia casi íntegro el texto de la Compilación de 1960, con lo cual llevan muchas de sus disposiciones más de treinta años de vigencia. Se utilizan para las soluciones prácticas los antes citados recursos técnicos, que para algunos de los que gestaron la referida Compilación (CONDOMINES y FAUS) eran auténticas novedades, mientras que el principal inspirador de ellas (ROCA SASTRE) considera que son actualizaciones de viejas doctrinas (81). En este reciente Código se acentúa el pragmatismo. En el preámbulo de la Ley que lo sanciona se destaca como una de las finalidades de la Ley “la modificación del derecho sucesorio para adaptarlo a la realidad de hoy”. Es respetuoso con los grandes principios del Derecho Romano, tan arraigados en el Derecho Sucesorio Catalán, pero queda claro que esto será siempre que no haya “suficientes justificaciones de orden jurídico, social o práctico, que hagan aconsejable su modificación, aunque sea parcial”. En materia de fideicomiso ha suprimido la figura del fideicomiso puro, “con lo cual se consigue una notable simplificación de la institución”. “Se facilita la disposición de bienes fideicomitidos...” y en general completa la regulación en este mismo sentido con otras novedades que ya estudiaremos con más detalle. En realidad, los treinta y dos años de experiencia han reforzado el criterio seguido por la Compilación de 1960 (82).

(80) “Código de Sucesiones por causa de muerte en Catalunya. Promulgado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre”, publicada en el *Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya* el 21 de enero de 1992, núm. 1.544.

(81) O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “Comentarios a la Compilación Catalana”, en *Comentarios al Código y Compilaciones* de ALBALADEJO, t. XXIX, vol. I, p. 267.

(82) El afán de que se extendieran sus soluciones a otros ordenamientos en que se encontraban deficiencias de regulación resultaba ya del preámbulo de la Compilación de 1960, donde se decía: “Los artículos, relativamente abundantes, que regulan algunas materias, como

Entrando en el aspecto práctico de la cuestión, encontramos casos en que la solución es muy semejante a la que se puede adoptar en el derecho común, como son los supuestos de enajenación de bienes con subsistencia sobre ellos de la afección fideicomisaria, y también cuando estaba ya prevista la enajenación por el fiduciante, más aquellos otros en que el propio testador ha realizado la partición, o la realiza el contador-partidor nombrado por aquél. Pero hay otros supuestos en que, frente a la laguna del derecho común, la Ley catalana prevé detalladamente la solución, así tenemos:

Enajenación de bienes como libres del fideicomiso

a) Sin más requisitos que la notificación al fideicomisario o en su caso al curador del fideicomiso. Lo regula el artículo 218, junto con el 219, en un conjunto de supuestos que vienen a ser los previstos por la auténtica Res Que. (Pago de la legítima del fiduciario, pago de deudas y cargas de la herencia, gastos conservación y mejora, refaccionarios.) Para ello es preciso que en la herencia no exista dinero y que se realice la notificación referida, dando la nueva Ley la facilidad de que se practique mediante acta notarial.

b) Con subrogación real y previa autorización judicial. La regula el artículo 221, se admite en casos de utilidad y necesidad y en los encaminados a obtener un mayor rendimiento de los bienes subrogados. La autorización judicial, en procedimiento de jurisdicción voluntaria y sin que sea preceptiva la subasta, se dará después de practicar pruebas para la justa valoración y las medidas procedentes para la efectiva subrogación, con liberación del bien afectado y sujeción del subrogado en el mismo gravamen. Hay que citar en el procedimiento a los fideicomisarios y al curador del fideicomiso, en su caso.

c) También con subrogación real, pero sin la intervención judicial, el fiduciario está facultado para, por sí solo y bajo su responsabilidad, realizar el conjunto de actos previstos en el artículo 220. Cuatro números comprende este artículo, y en ellos se contienen, entre otros, la venta de bienes no conservables, derechos de opción concertados por el fiduciante, convenios de expropiación forzosa, aceptación de indemnizaciones de seguros o de los propios responsables, cancelación de hipotecas en seguridad de

la de fideicomisos... está sobradamente justificada por la doble consideración de la importancia primordial de aquéllas dentro del Derecho Civil Especial de Cataluña, y de la que puede tener en el futuro su acceso, previa comunicación de los distintos Derechos hispanos al esperado Código General...". Se ha frustrado el intento de un Código General, pero persiste la aspiración de los juristas catalanes de proporcionar un modelo que sirva para suplir las deficiencias del derecho común y de otras legislaciones patrias.

créditos ya extinguidos, sustitución de elementos de una empresa agrícola, mercantil o industrial. La finalidad no es propiamente la obtención de mayor beneficio, sino la evitación de un daño o el carácter forzoso del acto a realizar. No se requiere notificación a fideicomisarios ni curadores, simplemente es suficiente la subrogación real, que regula en su último párrafo y la responsabilidad personal del fiduciario.

El curador del fideicomiso

La Compilación de 1960 recogía esta figura. En el Código de Sucesiones se conserva. Aunque pudiera recordar al clásico *curator bonorum*, administrador de patrimonio sin titular determinado, no es esta su naturaleza, pues no administra, ya que lo hace el fiduciario. Tampoco es un ejecutor de disposiciones testamentarias, a pesar de que el artículo 226 dice que se regirá por las normas del albaceazgo, hay que entender ésta como una mera referencia normativa. Estas dos referencias más bien pertenecen al titular interino, y el curador del fideicomiso se encuentra en la posición del titular preventivo. Es el defensor de los intereses del fideicomisario indeterminado, en especial en los casos de los artículos 219, 220 y 221.

El curador cumple muy útiles funciones. Es el destinatario de las notificaciones del fiduciario, bien voluntarias o preceptivas, y que pueden hacerse, no solamente en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, sino, según innovación del reciente Código, por acta notarial. Puede oponerse a lo solicitado por el fiduciario en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación y en todo caso, y según el artículo 227, puede impugnar los actos de disposición otorgados por el fiduciario, pero mientras no se defiera el fideicomiso, las sentencias que den lugar a la impugnación únicamente podrán ejecutarse en la medida necesaria para salvaguardar inmediatamente los intereses de los fideicomisarios.

En el artículo 226 del Código de sucesiones se introduce como novedad la de que en los casos de fideicomisarios no nacidos o no concebidos, las notificaciones, que antes habían de practicarse a un curador, se harán a los que serían sus más próximos ascendientes que vivan. El curador será el destinatario de la notificación en el caso de que la personalidad de los posibles fideicomisarios sólo fuera determinable por algún acontecimiento futuro.

El nombramiento de curador se puede hacer por el propio testador en testamento o codicilo posterior; a falta de ello, por el juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Prohibición de enajenar

El Código de sucesiones, en el artículo 166, perteneciente al capítulo V, del título III, regula las prohibiciones de disponer y únicamente las admite si son temporales y se encuentran dentro de los límites establecidos para la sustitución fideicomisaria. En realidad, es en la referida sustitución fideicomisaria donde encontramos la esencia de regulación de la misma, permitiéndonos distinguir varias especies (83):

a) Prohibición institucional. Es la propia de la situación de fideicomiso que impide la enajenación de los bienes por estar reservados para el fideicomisario, pero no impide la práctica de actos de disposición con subsistencia del gravamen fideicomisario.

b) Prohibición específica. Ésta es la que indudablemente se refiere el artículo 166, impide la enajenación, incluso con subsistencia del gravamen fideicomisario, así resulta del artículo 217. Sin embargo, no impide la enajenación cuando se utiliza el mecanismo de la subrogación real, acompañada la enajenación de las formalidades exigidas por el artículo 221, en cuyo caso podrá disponerse de los bienes como libres del fideicomiso y de la prohibición de enajenar.

c) Prohibición de la subrogación real. Ésta impide cualquier acto de enajenación, incluso con subsistencia del gravamen o con subrogación real. Esta prohibición ha de ser impuesta expresamente con este carácter, si bien también puede resultar como implícitamente impuesta cuando de la propia disposición aparece la incompatibilidad con la subrogación real.

Así resulta conjugando los artículos 166, 217 y 221 del Código sucesiones.

Actos particionales y de división de bienes fideicomitados

En las operaciones particionales que haya un fiduciario o varios, o una cuota de bienes afectados por un fideicomiso, según el artículo 211, el fiduciario puede pedir la partición y practicarla con los demás herederos, sin intervención de los fideicomisarios, pero si se excedieren de los actos puramente particionales habrán de adoptarse las medidas previstas en el artículo 221, o sea, la obtención de la autorización judicial por el procedimiento en dicho precepto desarrollado. En cuanto a la división de bienes poseídos en común, cuando una de las cuotas esté afecta a gravamen fideicomisario, se hará aplicación de la misma norma. En todos estos casos el fideicomisario tendrá los derechos que la Ley atribuye a los cesionarios de los partícipes en la división de cosa común.

(83) Ya en la subrogación (*Supra* III-3) anticipábamos esta distinción.

Concreción del fideicomiso

El artículo 212 permite que en el caso de que un solo heredero tenga que adjudicarse bienes libres, con otros sujetos a sustitución fideicomisaria, puede realizarlo por sí solo con citación de fideicomisarios o curadores. Creemos que, de acuerdo con la doctrina seguida en el apartado anterior, será preciso que lo que realice sean actos puramente particionales, pues en caso de exceder de éstos habrá de recurrir a la autorización judicial que prevé el artículo 221. El artículo 211 cita expresamente el caso de cosa indivisible, adjudicada libre mediante pago de precio a los demás partícipes.

Hipoteca refaccionaria

Con este nombre trataba la doctrina a las garantías constituidas con carácter real sobre los bienes fideicomitidos para asegurar créditos obtenidos con el fin de evitar deterioros de los mismos. El Código de sucesiones la admite y regula, en los artículos 218-5.º y 219, incluidas entre los actos que puede realizar el fiduciario, por ministerio de la ley. Será preciso que no haya dinero en la herencia, y si bien no se requiere la intervención de los fideicomisarios, sí que será precisa la notificación a los mismos y al curador; si existe, tal como se regulan estas notificaciones en los artículos 225 y 226. En el Registro de la Propiedad se cancelará la expresión registral del gravamen fideicomisario. La carencia de interés suficiente en el fiduciario para gravar bienes no afectos al fideicomiso, con el fin de conservar los fideicomitidos que en el futuro no han de ser suyos, eran el fundamental argumento de quienes propugnaban esta reforma, que ya se recogía en la *Compilación de 1960*. Por consiguiente, se puede garantizar con prenda o hipoteca sobre bienes fideicomitidos el préstamo destinado a obras de construcción, ampliación o mejora de fincas rústicas o urbanas, o extinguir una deuda hereditaria más gravosa que el propio préstamo.

La reunión de titularidades interinas y preventivas

En esta materia, ya el artículo 196 de la *Compilación*, con igual contenido que el 224 del Código de sucesiones vigente, permitía enajenar en concepto de libres del fideicomiso los bienes que estén sujetos al mismo mediante el consentimiento de futuro, de presente o de pretérito, de todos los fideicomisarios que efectivamente lleguen a serlo al deferirse el fideicomiso. Este efecto también se podría lograr en el mismo derecho común. En la redacción del Código, además de esta disposición, se ha incorporado una novedad, que es el artículo 222, que dice: "En caso de que

ya no pueda haber más fideicomisarios llamados *que los vivos o sus descendientes*, no será necesaria la autorización judicial prevista en el artículo anterior cuando presten consentimiento, que no implicará renuncia al fideicomiso, todos los posibles fideicomisarios vivos. Por los menores o incapacitados actuarán sus representantes legales. Podrán adoptarse las medidas de garantía que se crean oportunas”. No es simplemente lo ya anteriormente previsto, consistente en acumular el consentimiento de todos los posibles llamados para que en el momento en que se defiera el fideicomiso, si se han reunido los consentimientos de todos los que han resultado fideicomisarios, la enajenación sea irrevocable, sino que se trata de algo más.

Se exceptúan de la autorización judicial para disponer aquellos casos en que, aun estando indeterminados individualmente los llamados, hay certeza en cuanto a la estirpe. Contando con quien en este momento es la cabeza de estirpe, es suficiente con su consentimiento.

Algo de esto hemos tenido en algunas Resoluciones de la Dirección General y en sentencias de TS para el Derecho común. En la resolución del 4 de febrero de 1980, aún pendiente la determinación de la condición suspensiva del fallecimiento de la llamada en primer lugar, ya no podía haber otros fideicomisarios, y aunque por estar sujetos a condición suspensiva no podían transmitir ningún derecho a sus herederos, al darse entre ellos un derecho de acrecer, se consideraron reunidos todos los posibles interesados y válido el acto dispositivo. En la sentencia de 17 de abril de 1953 se decía que “aunque no logren la consolidación de su derecho hasta el día cierto, si no bien determinado, del fallecimiento de su madre, tienen... su derecho *in stirpe*... y se hallan capacitados para ejercitar los derechos de la misma (la estirpe) durante esta situación *de facto*.”

Tanto en este artículo 222, como en el 224, se tiene el cuidado de detallar que se trata de consentimiento a la enajenación, pero nunca renuncia al fideicomiso. Éste subsistirá sobre el subrogado.

Obsérvese la tendencia a facilitar la disposición por el fiduciario, que ya se adelanta en el preámbulo de la Ley.

Compilación de Derecho especial de Baleares (84)

Afronta estos problemas con menos extensión, pero en esencia en forma muy semejante a la del Derecho catalán. Como garantías se regulan las de inventario y fianza a más de otras que podrán adoptarse por acuerdo previo de los interesados o, en su defecto, por decisión judicial. En

(84) Es de 19 de abril de 1961, revisada por la Ley 8/1990, de 28 de junio, del Parlamento de Baleares.

cuanto a inmuebles será suficiente la constancia del fideicomiso en la inscripción registral.

Los bienes fideicomitidos podrán enajenarse como libres con el consentimiento de los fideicomisarios y también sin la concurrencia de éstos, y sin ningún otro requisito en casos semejantes a los señalados por el Derecho catalán, como son los de pago de Trebeliánica y de legítimas, de las deudas de la herencia y gastos extraordinarios de conservación y de refacción de bienes fideicomitidos. En todo caso, podrán enajenarse como libres del fideicomiso, con autorización judicial, siempre que el testador no lo hubiere prohibido expresamente para invertir su contravalor en otros de mayor rentabilidad o utilidad (art. 34). Respecto de la específica prohibición de enajenar, no establece las sutiles diferencias que marcan los artículos 166, 221 y 217 del Código de sucesiones de Cataluña.

La subrogación real queda admitida, pues, aunque no utiliza este término, queda incluida indudablemente en la frase *inversión de su contravalor*. No aparece la figura del curador del fideicomiso, pero se acude a la representación del Ministerio Fiscal para el caso de fideicomisos a favor de desconocidos o no comparecientes.

Compilación de Derecho especial de Navarra (85)

Aparte alguna peculiaridad, como la de permitir los llamamientos hasta el cuarto grado, y el diferente trato de las conjeturas en el caso de los hijos puestos en condición, en el tema que nos ocupa se aparta muy poco del sentido de las antes referidas legislaciones especiales. En materia de garantías regula las de inscripción de la existencia del fideicomiso para los inmuebles, depósito bancario de los títulos-valores con constancia del fideicomiso en los resguardos y la caución que el juez estime suficiente cuando se trate de otros bienes (Ley 231).

Puede el fiduciario, sin consentimiento del fideicomisario y sin ningún otro requisito, cancelar los créditos hipotecarios y pignoratícios; retrovender en caso de venta con carta de gracia o con pacto de retro; realizar enajenaciones a que estuviere obligado el fiduciante y cualesquiera otros actos de cumplimiento de deberes inherentes a la propiedad y anteriores a la adquisición por el fiduciario; dar dinero a préstamo, respondiendo de la solvencia del deudor y sustituir los bienes consumibles o que se deterioren por el uso (Ley 234). También puede hacerlo cuando así lo haya autorizado el disponente, ajustándose a sus disposiciones.

Puede enajenar con el consentimiento de todos los fideicomisarios, siempre que no lo haya prohibido el disponente.

(85) Compilación 1 de marzo de 1973. Reformada por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril.

Puede enajenar con autorización judicial, siempre que tampoco lo haya prohibido el disponente, en defecto del consentimiento de todos los fideicomisarios, o cuando alguno de éstos sea persona indeterminada, incierta o futura, en casos de necesidad o utilidad evidente, en actos de jurisdicción voluntaria y adoptando las medidas oportunas para asegurar la subrogación.

En cuanto a los actos particionales, puede el fiduciario por sí solo, según el número uno de la Ley 234, pedir y practicar la partición de herencia, división de cosa común, deslinde y amojonamiento, siempre que se trate de puros actos de partición, división y deslinde; de no ser así, precisará el consentimiento de todos los fideicomisarios o la autorización judicial, conforme establece la Ley 233.

El concepto de subrogación real aparece bien definido y regulado en la Ley 235, regla general, que determina que quedarán afectos el dinero y los bienes que sustituyan a los enajenados, por subrogación, y lo reitera en la Ley 233, números 1 y 2, con especial disposición en éste de que el juez adoptará las medidas oportunas para asegurar la subrogación.

No aparece la figura del curador del fideicomiso, ni tampoco la especial regulación de las prohibiciones de disponer que ofrece el Derecho catalán.

En materia de usufructo conviene subrayar el criterio de analogía entre éste y la sustitución fideicomisaria, con remisiones recíprocas; la Ley 410 se remite al fideicomiso al tratar de las garantías a prestar por el usufructuario, especialmente la fianza. También es de destacar la Ley 420, relativa al caso de indeterminación del nudo propietario, que dice: "Al extinguirse el usufructo sobre bienes que deban recaer o revertir en favor de persona no determinada, el usufructuario o sus herederos habrán de continuar como administradores de aquellos bienes hasta que se determine la persona a quien deban de entregarse los mismos, y podrán cobrarse los gastos con cargo a los frutos percibidos, así como retener la posesión hasta el total abono".

Se atribuye al que ha dejado de ser usufructuario, e incluso a sus descendientes, una titularidad *interina con facultades de administración* de un patrimonio con titular indeterminado. Es obvio que también considera como titular interino al usufructuario mientras lo es, puesto que la situación posterior a la extinción del usufructo la considera como continuación de la que ya tenía como usufructuario.

VI. Conclusiones

Sintetizando, diremos:

1) Hay una laguna legal y por consiguiente es necesaria una adecuada regulación de esta materia. Problema de *lege ferenda*.

2) De *lege data*, con la actual regulación, afectada por la referida laguna, es preciso: a) Realizar una interpretación integradora de la Ley. La jurisprudencia existente, analizada con detalle, no es opuesta a que se utilicen los antes indicados recursos de técnica jurídica.

b) En la práctica hay que adoptar precauciones que eviten la aparición del problema y que, caso de que éste se presentare, sirvan de ayuda para resolverlo. Jurisprudencia cautelar.

1. De *lege ferenda*.

La jurisprudencia, al afrontar esta materia, destaca la existencia de un vacío legal, señala los perjuicios que la paralización del tráfico jurídico causa, no sólo a quienes están llamados a los bienes en primer lugar y los detentan en el momento, sino a los definitivos destinatarios para quienes se reservan, e incluso se hacen referencias a los perjuicios que pueden trascender hasta la economía nacional, llegándose a afirmar que todo ello se agudiza en determinadas situaciones y expresamente se citan las de concentración parcelaria, obligación de edificar en un determinado solar, etc. (86).

También se admite que el problema está resuelto en otros ordenamientos jurídicos y especialmente en la legislación especial de nuestros territorios donde rige derecho foral (87). Siendo esto así, lo procedente

(86) Res. de 7 de mayo de 1960, "inconvenientes y perjuicios para el propietario individual, para la economía nacional, por excluir los bienes del tráfico, por no servir de base al crédito, no ser mejorados dichos bienes y su consiguiente desvalorización, y para los propios posibles destinatarios que en su día habrían de recibir, en lugar de la finca enajenada, los bienes que ocuparon su lugar". Res. de 13 de enero de 1965. "La situación de inmovilización de la propiedad es perjudicial incluso para los *nundum concepti* llamados y esto se agudiza cuando se puede llegar a una situación de expropiación forzosa por causa de utilidad pública, concentración parcelaria en la zona o imposición por la administración de la obligación de construir en un determinado solar".

(87) Res. 1 de septiembre de 1976. "... a excepción de algunas Compilaciones Forales, hay que reconocer que en nuestro Derecho se adolece de una falta de regulación sistemática de la materia, o incluso de carencia de normas, lo que hace difícil la busca de solución adecuada, y por ello la doctrina pretende -no sólo en este supuesto concreto de pago de deudas y cargas, sino en el más amplio de enajenación para reemplazar unos bienes por otros-, a través de diversos medios con fundamento en preceptos legales, obtener un resultado positivo a través de

sería cubrir esta laguna legal mediante la reforma del Código civil, el cual, en su disposición adicional tercera, tiene prevista una reforma decenal, para la cual se han de tener en cuenta “los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro”.

Todos sabemos que las referidas reformas decenales no se han producido. Cuando el Código civil se ha reformado ha sido siempre a impulsos de situaciones excepcionales. Las de 1939, especialmente la ausencia, por la aparición de muchos casos durante la guerra que entonces acababa; en 1958, recogiendo tendencias feministas después de una campaña periodística en este sentido; la de 1975, coordinación con las legislaciones forales. 1981 y siguientes, adaptación a principios constitucionales... Pero la materia de que tratamos no cuenta con unos impulsos motores que provoquen presiones sociales u otras que procedan del campo del derecho público, y no es muy de esperar su reforma.

Una esperanza en este sentido podría estar basada en la necesidad de mantener el Derecho común a semejantes alturas de eficacia y perfección que las alcanzadas por el Derecho foral. Así ha sucedido en algunos temas; recientemente hemos visto cómo la materia de los requisitos formales del testamento, especialmente la intervención de testigos, ha sido tratada con sentido práctico por los derechos de Aragón y Baleares, y unos años después el legislador del Derecho común ha sacado adelante su Ley reformadora de 20 de diciembre de 1991, siguiendo el mismo camino el Derecho de Cataluña.

Otra esperanza puede fundarse en que la reforma llegue por la vía reglamentaria, ya que a veces la jurisprudencia registral acaba cristalizando en preceptos reglamentarios, caso de las prohibiciones de disponer (88) o de la constatación registral del carácter reservable de los inmuebles (89) o la escritura de manifestación de bienes inmuebles específicamente legados, caso de inexistencia de legitimarios, donde el reglamento ha admitido la posibilidad de que la otorgue el propio legatario facultado expresamente por el testador para posesionarse de los bienes legados (90).

la autorización judicial correspondiente –art. 804 C.c., en relación con el 186 del mismo cuerpo legal– o mediante subasta pública en los casos de abintestatos y juicios de testamentarías, artículo 1.097, en relación con el 1.093 y 1.031 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

(88) La prohibición de disponer y su acceso al Registro de la Propiedad fue tratada en Res. 15 de enero 1918; 14 de abril de 1924; 27 de noviembre de 1929; 14 de abril de 1931; 25 de noviembre de 1935; 25 de febrero de 1943, que perfilaron el problema de registración que en su esencia fue recogido en los artículos 26 y 27 Ley 1944-46.

(89) El artículo 265 del Reglamento 1947 recogió doctrina de Res. 5 de marzo de 1910 y otras.

(90) La Res. 19 de mayo de 1947 decía que sería de desear un procedimiento más flexible que impidiera posibles perjuicios cuando los herederos carecen de interés para aceptar la herencia y dificultan con su actitud la entrega, el artículo 1.005 no es solución eficaz, y añadía

Otras veces, la reforma reglamentaria se basa en situaciones de analogía de regulación legal, así fue el caso del artículo 178-4.º del Reglamento Hipotecario de 1947, que según sus comentaristas (91) se inspiró en algunas situaciones previstas en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria 1944-46, y en cuyo precepto se resolvió el problema de cancelación de hipotecas por cobro, en casos de acreedores fideicomisarios o nudos propietarios indeterminados, con solución adoptada por igual para ambos supuestos. Otro tanto puede decirse del trato analógico con el dispensado a otras especies de gravámenes, que se da en el artículo 82 del Reglamento Hipotecario, reforma de 12 de noviembre de 1982, que aparte de admitir como medio adecuado el acta de notoriedad para la determinación de los sustitutos no designados nominativamente y para hacer constar la extinción o ineficacia del llamamiento sustitutorio, concede al adquirente de bienes sujetos a sustitución fidicomisaria facultades para obtener, en su caso, a través del expediente de liberalización de cargas y gravámenes regulado en los artículos 209 y 210 de la Ley Hipotecaria, la cancelación de gravamen fideicomisario si han transcurrido treinta años desde la muerte del fiduciario que le transmitió los bienes, sin que conste actuación alguna del fideicomisario o fideicomisarios.

No puede pensarse, como sin duda tampoco lo hizo el legislador del siglo pasado, en una reforma-copia de preceptos extraños basados en unas peculiaridades que no siempre encajan en nuestro ordenamiento, sino en estudiar aquellas fórmulas por ellas adoptadas para resolver problemas análogos y adaptarlas a nuestras propias instituciones, sin llegar a desnaturalizarlas. Por ejemplo, la figura del curador del fideicomiso, cabe encajarla en la que en nuestro Derecho aparece con la denominación de defensor judicial para supuestos análogos. La institución del defensor judicial, aun estando sólo regulada en sede de patria potestad, se utilizaba por los juristas prácticos como cajón de sastre a emplear en cuantos casos surgiera la necesidad de protección a quien faltare representante idóneo, por la no existencia del mismo o por contraposición de intereses. Esta posible extensión de la misma ha adquirido perspectivas y esperanzas de futuro bien fundadas a partir de la Ley 24 de octubre de 1983, al dar a esta figura una regulación aparte, general y unitaria, diferente de la anterior,

que estas anomalías sólo pueden ser corregidas mediante una reforma legislativa, para casos de inexistencia de legitimarios. En Res. de 19 de noviembre de 1952 destacaba como finalidad fundamental de la entrega de legados la intangibilidad de la legítima y aconsejaba de *lege ferenda*, en casos especiales, una fórmula más sencilla que armonizase los derechos de legatarios y herederos. La reforma del 17 de marzo de 1959 ya tocó el problema y se perfiló mejor en el artículo 81, reformado en 12 de noviembre 1982.

(91) RICA ARENAL, Ramón de la, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*. -Innovaciones.- Madrid, 1948, p. 174.

que sólo la refería a los casos de patria potestad (92). Ya en el artículo 299-3.º del Código civil dice: "... en todos los demás casos previstos en el Código civil", lo que ha creado la opinión (93) de que esta regulación unitaria y general invita a extenderla a cualquiera otros que vayan apareciendo.

Esta figura sería tan útil en los casos de fideicomisario indeterminado como en los de usufructuario en igual situación, puesto que en el usufructo hay muchas situaciones, como las contenidas en los artículos 507, 509, 510, 517, 518, 519, que suponen la existencia de acuerdos, comunicaciones y en general colaboración entre usufructuario y nudo propietario, que en la situación de indeterminación no puede darse, si no es a través de un medio supletorio como el que esta figura nos proporcionaría.

También colocándolos en el lugar más adecuado, y sometidos a nuestra propia técnica, habrían de incluirse las garantías y afianzamientos que debe prestar el fiduciario, las facultades de éste, tanto en la administración como en la disposición, y detalle de los actos que pueda realizar por sí solo o con otras garantías, como puede ser la autorización judicial. A más de la regulación de los supuestos de subrogación real, especialmente de los producidos *ex voluntate*.

Como la regulación no debe ser reiterativa, habría que colocarla en el lugar más adecuado, sea el supuesto de sustitución fideicomisaria, usufructo o institución condicional, al que se remitirían en lo aplicable los restantes, y dejando la puerta abierta a la interpretación analógica en cuanto fuere posible. Así ocurre en nuestras legislaciones forales, donde encontramos que la Ley 410 de Navarra, en materias de garantías del usufructuario, se remite a la Ley 231 de la sustitución fideicomisaria. O en Cataluña, en cuya Compilación, artículo 112, se atribuye al usufructuario, no legatario, el carácter de heredero fiduciario, o el 420 de la Compilación de Navarra, cuando, caso de extinción del usufructo de bienes destinados a persona indeterminada, dice continuarán en la administración del usufructuario o sus herederos. Estableciendo así una correlación y semejanza entre los diversos supuestos que facilita la aplicación analógica entre ellos.

2. De lege data.

Si comparamos el derecho extranjero, y también especialmente el contenido de nuestra legislación foral, con los preceptos del Código civil ob-

(92) El Código civil dedica a esta figura, después de la citada Ley, todo el capítulo IV del título X del libro primero, artículos 299, 299 bis, 300, 301 y 302.

(93) FLORENZA i TOMAS, "El Defensor judicial", pp. 131, 237 y 231, *Cuadernos Civitas*, 1990.

servamos cómo en éste faltan unos cuantos artículos reguladores de las referidas situaciones de pendencia. “Los efectos del fideicomiso mientras está pendiente” es el epígrafe de la sección 2.^a del capítulo VII del título III del Código de Sucesiones por causa de muerte de Catalunya. Tiene 23 artículos. Hay otros equivalentes en las legislaciones de Navarra y Baleares.

El Código civil carece por completo de la regulación de esta situación de pendencia. El artículo 783, refiriéndose al momento de extinción del fideicomiso y consiguiente entrega de la herencia al fideicomisario, admite deducciones por gastos legítimos, créditos y mejoras, lo que implica la consideración de la situación como un supuesto de administración gestionaria, pero la deja sin regular. Nos encontramos, por lo tanto, en un supuesto innegable de laguna legal.

a) *La interpretación integradora. Análisis de la jurisprudencia existente.*

Habida cuenta de ello, las soluciones habrá que buscarlas a través de la actuación jurisprudencial que suplirá el vacío de la Ley mediante la aplicación analógica de otros preceptos del mismo Código civil, o de sus principios, y con la utilización de los recursos técnicos valederos cuando es precisa una interpretación integradora.

La jurisprudencia referente a este tema ha sido adjetivada por algún autor como “contradictoria, vacilante y desorientadora” (94) y no se puede negar la existencia de una opinión común tendente a considerarla como prohibitiva de cualquier acto dispositivo. No obstante, examinándola con más detenimiento, en su conjunto, no en un caso aislado ni en una etapa determinada, y dispuestos de diferente ánimo crítico, buscando en ella lo que haya de positivo, vemos que no están las posiciones tan cerradas.

La procedente del Tribunal Supremo no se centra exclusivamente en el problema de la limitación del tráfico jurídico, sino que trata otros múltiples aspectos de la cuestión, próximos y relacionados, como son la posibilidad de llamar a *concepturus*, cuestión del nudo propietario no designado ni siquiera aludido, estado de los bienes en estas situaciones de pendencia; pero sin que sus conclusiones en materia de actos de disposición pueden considerarse cerradas en uno u otro sentido. En la sentencia del 17 de abril de 1953 (95), no sólo acoge doctrinas favorables a la solución (como subrogación real, y otras), sino que falla favorablemente, estimando válida la venta realizada por una usufructuaria y los actuales

(94) GONZÁLEZ PALOMINO, “Diagnóstico y tratamiento del pseudousufructo testamentario”. Ya citado.

(95) Ya estudiada, *supra* IV-1, p. 55.

miembros de la estirpe en la que recaerá la nuda propiedad cuando aquélla fallezca.

Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que van más directamente encaminadas a determinar si un acto de disposición está o no autorizado con arreglo a la Ley, para admitir o denegar su inscripción, no se pueden calificar sin más como de sentido negativo, en su conjunto. Hay fallos denegatorios, pero se llega a ellos las más de las veces concretando defectos en el procedimiento utilizado, o falta de algún requisito, pero sin cerrar el paso a ninguna doctrina. Por contra, se encuentran Resoluciones (29 de diciembre de 1906, 1 de septiembre de 1976, 4 de febrero de 1980 y 29 de enero de 1988), donde es favorable, no sólo la doctrina, sino el acuerdo para aquel caso concreto.

Conforme a su función de orientación y de unificación de criterios, la Dirección General encuentra en los considerandos de sus resoluciones el cauce adecuado para que, rebasando los límites del caso concreto, discurren sus doctrinas de carácter general. Así vimos cómo los problemas de la autocontratación encontraron sus guías en las resoluciones de 29 de diciembre de 1922, 30 de mayo de 1930 y otras, y cómo las sociedades de responsabilidad limitada, huérfanas de regulación, vieron soluciones en la de 1 de abril de 1945, 2 de agosto de 1950, 10 de mayo de 1946, 21 de marzo de 1947, 11 de agosto de 1943 y otras, y también el problema de la retroactividad de la ratificación y su posible perjuicio a terceros fue expuesto en la de 3 de marzo de 1953. Si buscamos alguna construcción doctrinal acerca de la materia que aquí tratamos, la encontraremos en la resolución de 22 de diciembre de 1950, en cuyos considerandos 5.º y 6.º está recogida su doctrina referente a la posible solución de estas situaciones de pendencia, titularidades interinas y preventivas, posibilidad de disponer con autorización judicial mediante aplicación analógica de los artículos 801 al 804 del Código civil, que ya hemos detallado en otro lugar (96). Hubo comentarios muy favorables y, a pesar de su acuerdo denegatorio, fue recibida con optimismo (97).

La calificación registral sólo tiene como pruebas básicas el contenido de los libros registrales y lo que resulte de la documentación aportada, por esto se tratan con extrema prudencia aquellos casos en que no resulta fehacientemente probado el consentimiento de todos los interesados y se evita prejuzgar los asuntos y crear los fuertes efectos de la inscripción registral y del juego de los principios hipotecarios. Pero esta falta de elementos probatorios resultantes de los documentos que contienen los actos registrables se ha resuelto mediante la aportación de expedien-

(96) Ver *supra* IV-2, *tercera etapa*, p. 59.

(97) CÁNOVAS COUTIÑO, *op. cit.*, pp. 458 y ss.

tes y autorizaciones, complementarias de los documentos aportados. Así resuelve nuestro Derecho en casos semejantes, como menor edad y ausencia, valiéndose de la autorización judicial, que ha sido también el recurso utilizado por parte del derecho extranjero y por nuestras legislaciones forales.

Por eso, la doctrina expuesta por los considerandos de la resolución del 22 de diciembre de 1950, que más que provocada por los informes de los interesados fue ofrecida espontáneamente por la Dirección, fue bien acogida por los autores, que ya habían orientado la solución en este sentido y por otros que luego se sumaron a la corriente (98), y también por la práctica, que ya contaba con la experiencia de que la autoridad judicial actuaba cautelosamente en casos semejantes, no siendo nunca pródiga a la hora de conceder estas autorizaciones, y que dicta su auto de autorización después de obtener total conocimiento de los asuntos, de practicar cuantas pruebas se le ofrecen y todas las que ella misma solicita, de recibir el informe del Ministerio Fiscal y de la citación y la comparecencia, en su caso, de cuantos pudieran tener interés en el asunto, y termina con la adopción de todas las garantías precisas para evitar perjuicios a cualquiera que pudiera estar directamente interesado y a los terceros.

La misma autoridad judicial, en instancias superiores a quien concedió la autorización, la ha estimado como correcta y suficiente. Así ha ocurrido en numerosas ocasiones (Res. 10 de septiembre de 1918, 23 de julio de 1924, 22 de diciembre de 1950, 13 de enero de 1965), en que, interpuesto el recurso contra la denegación de inscripción, el juez delegado, o el presidente de la Audiencia Territorial (según la época a que pertenezca el recurso), se han mostrado conformes con la autorización.

La propia Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando ha estimado suficiente esta autorización judicial ha antepuesto la seriedad y solvencia de la autoridad que interviene a cualquiera otra consideración. "Sólo se trata de sustituir unos bienes por otros *en la forma acordada por el Juzgado*", dice Res. 29 de diciembre de 1906.

Cuando en resoluciones posteriores a la dicha de 1950 no se confirmaba aquella doctrina, los comentaristas lamentaban que se hubiesen rebuscado argumentos de un frío dogmatismo y no se siguiesen criterios interpretativos de mayor flexibilidad y más acordes con las necesidades de la vida moderna (99). Esto se pensaba hace más de treinta años, cuando en algunas de nuestras leyes (de protección a la vivienda, de colonización) ya se ensayaba la idea de la función de la propiedad, con sus inmediatas consecuencias en el derecho privado y en el ejercicio de los derechos

(98) *Supra*, notas 68-69-70 y 71 de *supra* IV-2, pp. 59, 60 y 61.

(99) CÁNOVAS COUTIÑO, *op. cit.*, pp. 958 y ss.

subjetivos (100). Más tarde, en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973, en su artículo 2.º, se dedican varios apartados a detallar a cuánto *obliga* el cumplimiento de la *función social de la propiedad* de fincas rústicas, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de su titular.

Esta consecuencia natural de la evolución económica y social la recoge la Constitución Española en su artículo 33, donde se reconoce el derecho a la propiedad y a la herencia, pero a la vez se indica que la función social de estos derechos delimitará su contenido. Las posturas teóricas, en nuestra patria, acerca de hasta dónde trasciende esta función en la naturaleza de los derechos subjetivos, se puede resumir en las siguientes: a) Simple indicación programática o adjetiva, sin repercusión inmediata en la naturaleza jurídica de estos derechos. b) Límite externo, de acuerdo con las palabras utilizadas en el precepto, pero que no altera la esencia del derecho subjetivo. *Tiene* función social, pero *no es* función social. c) Estos derechos comportan en sí mismos una función social, con sus facultades y deberes. No han dejado de ser derechos subjetivos, pero la categoría de los derechos subjetivos ha sufrido una profunda transformación. Esta última orientación es la que se considera como predominante por gran parte de nuestros tratadistas y se deduce de algunas sentencias del Tribunal Constitucional, en las que, conjugando, al interpretar, los tres apartados del artículo 33 llega a la conclusión de que es un derecho debilitado que por interés social debe ceder para convertirse en su equivalente económico (101).

Esta última posición, que pudiéramos llamar fuerte, acerca de la función social de la propiedad, ha sido informante de algunas leyes, como la 8/1990, 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo. Sin embargo, el referido principio constitucional, en cualquiera de sus tres posiciones teóricas, todas respetuosas con las ideas de conservación y aprovechamiento adecuado de la riqueza, puede servir de base a criterios de interpretación acordes con la economía moderna, la actual dinámica de los derechos y las exigencias del tráfico jurídico.

La base para interpretar con tales criterios no es preciso buscarla en la dudosa aplicación del artículo 53 de la Constitución, en cuanto atribu-

(100) Ley de Expropiación Forzosa de 1954, artículos 71 a 75, incumplimiento de la función social de la propiedad. Ley de Montes, 1957.

(101) Véase PÉREZ LUÑO, A. E., en *Comentarios a las Leyes Políticas*. Dirigidos por Óscar Alzaga. *Constitución Española de 1978*, pp. 418 y ss., Edersa, 1983, y BAENES VÁZQUEZ, J., *La propiedad Constitucional. Estatuto jurídico del Suelo Agrario*, pp. 52-53. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, p. 47, 1988, y sentencias del Tribunal Constitucional: 25/14 de julio 1981, 111, 1983, 2 de diciembre de 485/1985, 14 de octubre; 23/1987, 27 de febrero, 37/1987-26 de marzo y 29 de noviembre de 1988.

ye a determinados preceptos el carácter de informantes de la práctica judicial, sino que nos bastará invocar el propio Código civil, que en su artículo 3-1, en materia de interpretación, dispone que se debe tener en cuenta la *realidad social del tiempo* en que deben ser aplicadas.

Hay resoluciones, de resultado negativo (102), que mencionan los perjuicios que se causan al propietario individual y a la economía nacional, al apartar los bienes del crédito, y desvalorizarlos, y que señalan (103) una contraposición entre la disposición testamentaria y la actual situación, que para conservar el patrimonio a favor de los titulares futuros, cumpliendo así la voluntad del testador, exigiría la enajenación de todo o parte de los bienes, lo que se agudiza en casos de concentración parcelaria o imposición administrativa de la obligación de construir. Situándonos en el ambiente y concepciones actuales de estos derechos subjetivos, mal se avienen estos considerandos, reveladores del contenido de la situación de hecho, con una solución denegatoria que se ha fundado en rebuscados argumentos dogmáticos.

Más que todo lo expuesto, ayudan a una interpretación favorable las soluciones ofrecidas en las ordenamientos afines al nuestro y especialmente en las legislaciones forales.

No ha estado ausente de las Resoluciones de la Dirección General la referencia al Derecho extranjero cuando se ha tratado de cubrir lagunas de la Ley; así, en la misma antes citada de 1 de abril de 1945, relativa a sociedades de responsabilidad limitada, después de hacer referencia a “un Estado ligado a nuestra patria por estrechos vínculos” y de agregar que “examinados el derecho científico, las legislaciones extranjeras y la respectiva jurisprudencia que tanto contribuye a poner de manifiesto la realidad jurídica, a provocar la reforma de las Leyes y suplir sus deficiencias...”, termina citando las aludidas normas y las orientaciones científicas. En otras se citan, no ya orientaciones, sino artículos en concreto (184 del Código alemán y 1.399 del italiano, Res. de 3 de marzo 1953) (104). Sin embargo, nunca para cubrir la laguna legal que estamos tratando ha hecho referencia a legislaciones ni orientaciones científicas extranjeras.

Este aparente trato discriminatorio tiende a desaparecer a partir de la entrada en vigor de las compilaciones forales. Ya en la Res. de 1 de septiembre de 1976 se empieza a sentir el influjo de las soluciones adoptadas por aquéllas, se reconoce en un caso de prohibición de enajenar, la

(102) 7 de mayo de 1960. Ver *supra* IV-2, *tercera etapa*, p. 60, línea 34.

(103) 13 de enero de 1965. Ver *supra* IV-2, *tercera etapa*, p. 60, línea 8.

(104) En esta Res. se trataba de cubrir el vacío legal que se advierte acerca de si la retroacción de una ratificación puede afectar a terceros, y se utilizaron para resolver los criterios orientadores de dichos preceptos.

existencia de laguna legal en nuestro Derecho y se advierte cómo en las legislaciones forales se ha dado salida al problema. En otra de 27 de marzo de 1981, relativa a si la sustitución fideicomisaria comprende la vulgar, se da solución al problema que plantea la laguna legal adoptando la solución acogida por el Derecho Comparado y por las legislaciones forales, citando los artículos 155 de Cataluña, 25 de la Compilación Balear y 226-1.º de la de Navarra. Como es lógico, no las cita como directos fundamentos legales del acuerdo, pero sí acepta el criterio que las inspira y lo utiliza en forma de ayuda a la interpretación integradora de nuestra Ley. Es lógico que así se haga al ser este Derecho el más próximo al nuestro y que habrá de aplicarse en ocasiones conjugándolo con él y sometidos ambos a las mismas leyes de carácter general, como la Hipotecaria y de Enjuiciamiento Civil y, desde luego, sometidos ambos a la misma norma superior constitucional.

Aquella citada Resolución de 22 de diciembre de 1950, que no recibió la aquiescencia de sus inmediatas en el tiempo (2 de marzo de 1956-7 mayo 1960 y 13 de enero de 1965), se vuelve a recordar, con evocación favorable, en otras que tenemos mucho más recientes. En la mencionada de 1 de septiembre de 1976, donde a nuestro parecer no era necesaria su alegación, se le cita. En otra más reciente, de 29 de enero de 1988, se expone su doctrina detalladamente, y es un caso que más bien entraba de lleno en el artículo 1.054, y la expone con carácter general y sin ceñirse al supuesto de división material que allí se discutía. Trata de actos de disposición en términos genéricos, no se adentra en el discutido tema de la aplicación analógica de los artículos 801 a 804 del Código civil, no precisa el procedimiento contencioso para la autorización judicial, ni la necesidad de subasta, ni presenta ninguna de las cuestiones que fueron obstáculos en otros supuestos para la admisión de su doctrina, sino que simplemente recuerda la posibilidad de utilizar el procedimiento de venta de bienes del ausente, con el uso de la correspondiente autorización judicial, que para aquel caso *aconseja* como solución.

De las resoluciones citadas, y de alguna otra (105), trasciende la aspiración de no someterse a un estrecho rigor científico inmovilizador, y de ir dando entrada a aquellas interpretaciones y doctrinas que reporten pragmatismo y que sean molde adecuado para recoger nuevas orientaciones y tendencias y llegar a través de ellas a alcanzar soluciones prácticas.

(105) 4 de febrero de 1980. En ésta se trataba de discernir si la sustitución era a término o condicional, para conocer si los fideicomisarios estaban ya determinados o habían de esperar el fallecimiento de la fiduciaria, examina el supuesto fáctico, y, sin darle valor a la situación de posible indeterminación que pudiera presentarse si se opta por la segunda, estima suficiente la intervención de todos los interesados posibles. Vemos cómo antepone el problema práctico, de la imposibilidad de perjuicios para los interesados, a las precisiones dogmáticas.

Utilizando palabras de nuestro Tribunal Supremo, decía DE CASTRO (106): “La jurisprudencia no es estática, tiene que ser dinámica, como las propias leyes, con la necesidad de cambiarla cuando se entienda equivocada, exagerada o rigurosa la interpretación dada hasta entonces a los preceptos legales”.

Efectivamente, la jurisprudencia cambia, no sólo en el sentido de sus fallos, sino en sus fundamentos. Una sentencia reciente (107), referente a problemática muy próxima a la que estamos tratando, ha aplicado una analogía reiteradamente rechazada por una jurisprudencia anterior, y fundamenta este cambio radical en una aplicación restrictiva de las leyes que limitan las facultades de disposición, en el especial juego de la subrogación real y en el nuevo sentido que para el Tribunal Constitucional tiene la noción de seguridad jurídica.

Ya hemos visto cómo las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la materia que estamos tratando, han vuelto a exponer, recordar y detallar una doctrina que, transcurridos más de cuarenta años, podría considerarse ya olvidada, pero esta repetición, este recuerdo, nos revela, al menos, que no hay intención de olvidarla, sino más bien de mantenerla viva, dejándola allí expuesta, como recurso valioso a utilizar cuando se crea oportuno y procedente, a tenor de las circunstancias del caso en cuestión.

b) *Jurisprudencia cautelar. Precauciones adoptables.*

La llamada jurisprudencia cautelar o justicia preventiva está constituida por aquellas medidas de técnica jurídica con las que se da certeza a las relaciones de derecho y aseguran su efectivo cumplimiento, evitando lleguen a hacerse contenciosas o a provocar situaciones de paralización o ineficacia, siempre en armonía con la seguridad jurídica.

En la cuestión que estamos tratando se ofrecen ocasiones propicias para utilizar estas medidas. Tengamos en cuenta:

— Que el jurista práctico cuenta con varias oportunidades de intervención como asesor, autorizante, intérprete y ejecutor de disposiciones testamentarias.

— Que la materia está regulada por normas en su mayor parte de *ius dispositivum*, salvo el respeto a la legítima, límites en los llamamientos en sustitución fideicomisaria y algún otro supuesto aislado, por lo cual no

(106) *Derecho Civil de España*, p. 571.

(107) TS 21-10-91. Relativa a la posibilidad de que el reservista mejore, en la reserva lineal.

es difícil adoptar las referidas medidas a través de la voluntad del testador y de su interpretación.

— Que existen abundantes lagunas legales y se brinda la oportunidad de prevenirlas.

En la intervención del jurista práctico hay que destacar en especial tres momentos: El del otorgamiento del testamento; el de su interpretación y el de aplicación de sus disposiciones al practicar las operaciones particionales.

a) Momento del otorgamiento. El autorizante aquí realiza una primera interpretación directa de la voluntad del testador. La recibe y la plasma en el contenido literal del testamento. Su primera función consiste en oír al testador atentamente. Analizar cuáles son sus deseos y los fines que pretende conseguir; cuál es la trayectoria que quiere que sigan sus bienes, si muestra intenciones de hacer sucesivos llamamientos y cuáles son las facultades que quiere que tengan cada uno de los sucesivamente llamados en cuanto a administración, disposición y disfrute de dichos bienes, y garantías y precauciones a adoptar en defensa de los derechos de unos u otros. Si se ve que esta voluntad encaja en cualquiera de los tipos regulados o se ve predisposición del testador a utilizarlos hay que explicarle el contenido de la figura que se propone y todas sus posibles consecuencias, para que después de ello decida completamente enterado, evitando con ello que por efecto natural del tipo institucional adoptado se produzcan consecuencias en ningún momento deseadas por el testador.

No es que debemos proscribir estas disposiciones, pero sí evitar su utilización peligrosa. No existe fórmula jurídica sustancialmente mala, pero hay que evitar la atracción que todo lo estereotipado ejerce. Dice ROCA SASTRE, refiriéndose a la sustitución fideicomisaria, que es fórmula de repercusiones tan intensas que de ella debe hacerse un uso racional, “es como una droga que en determinadas ocasiones proporciona ventajas, pero de la que no se puede abusar”.

También hay que hacerle saber al testador que lo que ahora dispone ha de producir su juego en circunstancias que no son exactamente las actuales, que él conoce, y las futuras que pueda prever, sino en otras muchas inesperadas e imprevisibles y que han de presentarse en el largo período de pendencia que se tiene que abrir y a través del cual puede darse por seguro que aparecerán. Pueden ser radicalmente distintas de las que actualmente está viviendo el testado y que son las que más o menos directamente han contribuido a formar su decisión. Dice GONZÁLEZ PALOMINO: “La sustitución fideicomisaria y todas sus figuras afines son como

un mecanismo de explosión retardada, que no se sabe qué circunstancias se estarán viviendo en el momento de su explosión". También se refiere a esta dificultad de predicción ENNECERUS y lo expone muy gráficamente diciendo que para evitarla tendría que haber designado en todos los Estados un adivinador infalible para que nos asesorara en el momento de la regulación de esas situaciones de pendencia.

Tenemos observado que, informado adecuadamente el testador, suele desistir. Creemos que esta actuación de asesores y autorizantes ha motivado que disminuyan considerablemente los casos. No obstante, si es deseo definitivo del testador imponer las limitaciones, deben redactarse las disposiciones con cuidado de acompañarlas de cuanto pueda ayudar, en su día, a resolver posibles problemas.

Como complementarias de esas disposiciones limitativas, se pueden sugerir al testador las siguientes:

Nombrar una persona que sea de la confianza del testador, que con su intervención permita la realización de actos dispositivos, por ejemplo, al imponer una prohibición de enajenar, dejar a salvo la posibilidad de realizar la enajenación o el gravamen con la asistencia de dicha persona. Puede ser el cónyuge del testador, un amigo, pariente o cualquier otra persona que por su experiencia o por su relación familiar no ofrezca duda en cuanto a la salvaguarda de los intereses de unos y otros. El riesgo de que esta persona no exista cuando sea necesaria se puede obviar utilizando recursos cuantitativos, o sea, designando a varios por un orden, o con otros cualitativos, designándola por una posición familiar en aquellos momentos, como el mayor de los descendientes, el menor de los ascendientes, o por referencia a cualquier cargo, posición o jerarquía, procurando siempre que se den circunstancias de conocimiento del asunto e imparcialidad.

También es aconsejable dejar señalado el procedimiento a seguir en actos de enajenación o gravamen, forma de avalúo, determinación de trámites, con subasta o sin ella, todo lo cual se puede prevenir con el correspondiente detalle o bien con referencia a los trámites ya establecidos en la Ley para situaciones afines como la tutela o la ausencia.

Siempre es recomendable el nombramiento de contador-partidor. Son muy amplias las facultades que éste tiene, reconocidas por reiterada jurisprudencia (108). Según ésta, es como si la hubiere realizado el propio testador. Puede ser la solución para partir en los casos de indeterminación de sujetos... Las facultades nacen de la Ley (109), pero es conveniente de-

(108) Sentencias 26 de mayo de 1976; 20 de marzo de 1918; 24 de junio de 1940 y Resoluciones 26 de febrero de 1906, 22 de agosto de 1914 y 11 de septiembre de 1907.

(109) Artículos 901 y 902 del Código civil.

tallar algunas de ellas, como entrega de legados, liquidación de sociedades conyugales e incluso las naturales de interpretar es muy útil detallarlas y ampliarlas expresamente; las frases “interpretar y decidir con arreglo a su leal saber y entender... las cláusulas dudosas del testamento...” han sido base para que la jurisprudencia se manifieste en el sentido de que “las facultades concedidas... al contador... son tanto ejecutivas y periciales como declarativas..., por lo que las manifestaciones hechas en el ejercicio de tales funciones crean un estado de derecho, según repetida jurisprudencia...” (110). En alguna de sus sentencias, el TS estimó que la decisión del contador-partidor no podía en aquel caso ser impugnada ante los tribunales (111). También en la legislación de Cataluña se da igual trato a la partición practicada por el propio causante que a la verificada por el contador-partidor que aquel designó y surtirá efectos incluso para los fideicomisarios (112).

b) Momento de la interpretación. A este respecto se presentan dos supuestos. En casos de testamentos ológrafos, cerrados o redactados con arreglo a minuta, que por lo general contienen la expresión de la voluntad directamente expuesta por el testador, sin intervención de asesoría jurídica, la que realizan los albaceas, herederos y contadores-partidores es una primera interpretación. Es análoga a la que hace el autorizante del testamento abierto y hay que tener en cuenta, por lo tanto, todo lo dicho con anterioridad, que le será aplicable si la expresión que de su voluntad ha hecho el testador lo permite por su flexibilidad, su ausencia de términos técnicos y de tipificación de situaciones; sobre todo podrá realizarse con más holgura si se conceden expresamente facultades de interpretación.

En el segundo supuesto, que es el caso del testamento abierto o de otra clase, pero en el que ya ha intervenido asesor-autorizante, la primera interpretación ya la realizó éste y ha redactado el testamento plasmando en letra aquella voluntad según él la hubo entendido. La función del intérprete ha sido en gran parte asumida por el asesor redactor. No obstante, aún pueden quedar posibilidades de indagación de la verdadera voluntad del testador, de valorar las palabras en las que quedó plasmada su voluntad, e incluso, siguiendo el tenor del mismo testamento, integrar sus disposiciones cubriendo sus lagunas. Es también momento de discernir si el testador quiso realmente disponer o tan sólo dar consejo o manifestar un ruego, y consiguientemente es también el momento de aplicar

(110) Res. 9 de marzo de 1921 y 23 de julio de 1925.

(111) Sentencia del TS de 26 de mayo de 1976.

(112) Artículo 190 de la Compilación de Cataluña, hoy del Código de Sucesiones.

el principio *in dubio* contra fideicomiso recogido en los artículos 783 y 785 del Código civil.

En cualquier caso, los albaceas, herederos, contador-partidor deben tener en cuenta que su interpretación causa estado y que en lo sucesivo va a ser decisiva, figurará en las inscripciones registrales y, en principio, y mientras no prospere impugnación en contra, la tendrán preferentemente en cuenta los tribunales.

También hay posibilidades de subsanarla. En Rs. de 2 de diciembre de 1986, denegada la inscripción de un acto dispositivo porque no se ajustaba a la titularidad atribuida al disponente por la interpretación que del testamento hicieron los albaceas y herederos, en un último considerando se dejaba la puerta abierta a una nueva y diferente calificación para el caso de que *todos* los herederos y albaceas rectifiquen su anterior interpretación, ya constante en el Registro, o bien que los Tribunales lo dispongan en el procedimiento adecuado. Lo que equivale a decir que los albaceas y herederos tanto pudieron interpretar en uno como en otro sentido, que el momento de la interpretación decidió, pero que con el consentimiento de todos los que intervinieron se puede deshacer el error y subsanar.

c) Momento de la partición. Cuando llega el momento de realizar las operaciones particionales, éstas, aun sometidas a la interpretación que del testamento se haya hecho, ofrecen nueva oportunidad para que, sin apartarse de la voluntad del testador, las limitaciones resultantes de aquellas disposiciones restrictivas de las facultades de disposición recaigan sobre aquellos bienes a los que correspondan exclusivamente y sobre los que sean menos perjudiciales sus efectos inmovilizadores.

La misma complejidad de las operaciones particionales (que por lo común comprende previa liquidación de sociedades conyugales, fijación de legítimas, colaciones, determinación de deudas, adjudicaciones para pago de ellas, entrega de legados, formación de hijuelas), nos sitúa en la alternativa de propiciar la solución o agravar seriamente el problema, según se haya optado por uno u otro camino, al realizar las adjudicaciones. En este aspecto es recomendable:

— No practicar adjudicaciones generales, cubriendo varios conceptos del haber del mismo heredero. Huir del llamado *totum revolutum*, contrario a la nitidez de las situaciones y al propio principio de especialidad registral. La partición cuidadosamente hecha debe distinguir claramente unas adjudicaciones de otras, evitando que queden impregnados por la limitación aquellos bienes que no debían ser afectados por ellas.

— Usar de las facultades que el testador, expresa o tácitamente, haya concedido para elegir qué bienes deben ser sometidos a la inmovilización.

En aquellos casos en que el testador no haya indicado determinados bienes para dejarlos afectados por la sustitución o el gravamen de que se trate, quedan los partidores con libertad para formar los respectivos lotes y en el propio patrimonio relicto pueden encontrar sectores muy poco aptos para la inmovilización, mientras que otros serán más adecuados para sufrir dicha limitación.

— Tener en cuenta, en el llamado cuerpo general de bienes, aquellas parcelas en las que el testador no tenía plenas facultades dispositivas, como son las integrantes del patrimonio ganancial o las afectadas por la legítima. Los bienes que se destinen a cubrir estos haberes quedarán enteramente libres de las afecciones impuestas por el testador. Es conveniente jugar adecuadamente con estas posibilidades, para tratar de conseguir el resultado más acorde con la voluntad del testador y a la vez el menos limitador de facultades de disposición.

El cuidado y habilidad en el momento de partir pueden ser decisivos. Veamos unos ejemplos:

Un testador, sin hijos, deja heredera en pleno dominio a su esposa, con resolución para el caso de que contraiga ulteriores nupcias, y designa un contador-partidor con las máximas facultades. Determinado el haber de su viuda, integrado por sus gananciales, su legítima viudal y herencia de su esposo, como única interesada se le hace una adjudicación global sin distinguir entre sus respectivos haberes. Cuando quiere disponer de unos solares, originariamente gananciales, encuentra que la resolubilidad pesaba sobre ellos.

Por contra: Los testamentos gemelos de unos cónyuges contienen un legado a favor de la hija soltera, consistente en la casa-domicilio conyugal, de naturaleza ganancial, pero si fallece sin hijos pasará la casa a sus hermanos y sobrinos que en ese momento vivan. Fallece la madre testadora y transcurridos varios años una inmobiliaria pretende adquirir la casa, de una sola planta y obra vieja, para sobre el solar construir nuevas viviendas, a cambio de un piso en el nuevo edificio y parte de los bajos. El segundo llamamiento condicionado deja indeterminados los definitivos titulares y no se puede llevar a efecto la conveniente operación. Se resolvió solicitando el viudo la liquidación de la sociedad de gananciales y la adjudicación de la casa, de acuerdo con el artículo 1.406-4.º del Código civil. Pudo ver así realizada la operación y asimismo comprobar lo peligroso y contraproducente de su disposición condicionada. El cambio de circunstancias que orientó su voluntad en sentido contrario se había operado en menos de veinte años.

Comprobamos, pues, cómo las operaciones particionales pueden tener consecuencias en la solución de estos problemas.

Por último, hay que señalar, como posible elemento coadyuvante a utilizar la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981, en cuanto agregó al artículo 1.057 su segundo párrafo, donde se dispone que, a falta de testamento, contador-partidor en el designado o vacante el cargo, el juez, a petición de los herederos y legatarios que representen al menos el cincuenta por ciento del haber hereditario, podrá nombrar un contador-partidor dativo. La partición habrá de ser aprobada judicialmente, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

Esta innovación elimina la necesidad de unanimidad en la partición. Si bien se afirma que, estudiando el proceso de elaboración legislativa, se pensó en este contador-partidor como medio para facilitar las operaciones particionales en los casos de coincidencia de familia matrimonial con no matrimonial; esta finalidad no aparece ni resulta de su letra, ni de forma expresa ni deducida, y por consiguiente es aplicable a cualquier otro supuesto, entre los cuales cabe perfectamente el que puede resultar de esta indeterminación de sujetos (113).

Ya hemos expuesto antes lo muy eficaz que resulta en estos supuestos la existencia de un contador-partidor testamentario. La eficacia debe ser la misma en el caso del dativo, ya que el legislador lo ha previsto para suplir la falta de contador-partidor testamentario, como resulta de la propia letra del precepto.

Será preciso para obtener el nombramiento contar con la mayoría que el artículo 1.057 exige. Una vez nombrado practicará las operaciones particionales y, si no se obtiene la confirmación de las mismas, que en este caso puede quedar a falta de la correspondiente a los indeterminados, la aprobación judicial es suficiente para suplirla.

Al ver incluido en este artículo 1.057 el referido segundo párrafo, pensamos en la posibilidad de aplicarlo a las situaciones de difícil unanimidad ya existentes antes de la fecha de entrada en vigor de este precepto, pero al parecer la doctrina ha estimado que no puede tener efectos retroactivos y, por consiguiente, no puede aplicarse a las herencias causadas antes de su entrada en vigor. Ahora, transcurridos cerca de doce años, ha comenzado el tema a perder importancia. De todas formas, nunca quedamos convencidos por completo de los razonamientos utilizados a favor de

(113) Los autores que tratan esta materia no suelen oponer reparo a que se le aplique al supuesto de fideicomisarios u otros llamamientos posteriores, incluso a favor de los sujetos aún no determinados, partiendo del principio de que todo lo que pudiera hacer un contador-partidor testamentario lo puede hacer el dativo. PUIG FERRIOL ("El contador-partidor dativo", *ADC*, 1988, p. 682) parece exigir como requisito el que todos los herederos estén determinados, pero entendemos que esto será a lo sumo en cuanto a los llamados en primer lugar, nunca a los posteriores. Si los actuales determinados superan el tanto por ciento preciso para solicitar el nombramiento de contador-partidor dativo, no vemos inconveniente.

esta irretroactividad. Recordamos una situación similar, la de la aplicación del artículo 1.413 del Código civil (retocado en 1958) a los casos de matrimonios anteriores, que se resolvió doctrinalmente en sentido favorable a su retroactividad, por razones prácticas, que pusieron a su lado a lo más autorizado de nuestra doctrina, que para encontrar fundamento apeló a los más rebuscados argumentos (114).

Resumiendo, diremos que, de todas estas medidas de precaución que hemos enumerado, extraemos como consejo capital el que tanto al redactar el testamento, como luego al interpretarlo y al aplicarlo después, quien actúe en cualquiera de estas posiciones ha de tener presente que cada palabra que se utilice debe ser meditada, su inclusión puede tener enorme trascendencia, y que una denominación imprecisa puede traer en el futuro efectos contraproducentes, en muchas ocasiones más perjudiciales que beneficiosos para aquellos a quienes el testador con sus disposiciones quiso favorecer.

La voluntad del testador, Ley de la sucesión, respetada extremadamente por la legislación y la jurisprudencia, debe ser en cada una de las referidas etapas objeto de cuidadoso análisis. Ese sacrosanto respeto que se le otorga está conferido a la voluntad auténtica, probada, acorde con sus fines, ponderada, y no a la que se llega a fijar, causando estado, mediante improvisaciones, falsas apreciaciones y rutinarias calificaciones técnicas.

(114) El profesor Federico de CASTRO, en su apéndice del *Compendio de Derecho Civil*, p. 20 (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958), tratando este problema del artículo 1.413 del entonces reformado Código civil, utiliza, al afrontar su aplicación retroactiva, argumentos que, *mutatis mutandis*, podían ser válidos en los casos de aplicación del párrafo segundo del artículo 1.057 actual a las herencias causadas antes de la reforma y aún pendientes de práctica de las operaciones particionales.

Obras citadas

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2.º, t. XIV, vol. 2.º y t. XXIX, vol. 1.º, Edersa.
- ALZAGA, Óscar, *Comentarios a las Leyes Políticas*, Constitución Española de 1978, Edersa, 1983.
- BAENES BLÁZQUEZ, J., *La Propiedad Constitucional*, Estatuto Jurídico del Suelo Agrario.
- CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la, "Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria". *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1948, pp. 673 y ss.
- CÁNOVAS COUTIÑO, Ginés, *Antología Jurídica*. "Comentario a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado". Centro de Estudios Registrales, del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- SANZ FERNÁNDEZ, Ángel, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. II. Instituto Editorial Reus, 1955.
- SELVA SÁNCHEZ, Luis, M.ª con LANZAS GALVACHE, Joaquín, "Sustituciones fideicomisarias, aproximación a dos problemas". *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, pp. 806 y ss., del vol. II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, año 1988.
- TORRALBA SORIANO, *Comentarios al Código Civil en su centenario*. Del Ministerio de Justicia. A los artículos 800 y siguientes, p. 1956.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Instituciones Sucesorias*. Vol. II. Dictámenes de un Notario, 1987.
- VENEZZIAN, "Usufructo, Uso y Habitación". *Biblioteca Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1928.
- RICA ARENAL, Ramón de la, *Comentarios al Nuevo Reglamento Hipotecario*. Junta Directiva del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1948.
- ROCA SASTRE, Ramón, M.ª, "La subrogación real". *Revista de Derecho Privado*, abril 1949, pp. 280 y ss.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Derecho Civil de España*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1948.
- *Compendio de Derecho Civil*, Apéndice 1958, del mismo Instituto de Estudios Políticos.
- *Temas de Derecho Civil, parte general*, t. I, reimpresión 1976.
- DÍAZ ALABART, Silvia, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2.º Edersa, 1985.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Comentarios a la Reforma del Código Civil*, vol. 1.º Editorial Tecnos, 1977, y *Ley*, 2 mayo 75.
- ENNECERUS, KIPP y WOLF, *Anotaciones de don Ramón M.ª Roca Sastre*, t. V., vol. 1.º
- FLORENZA I TOMÁS, *El defensor judicial*. Civitas, 1990.
- GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, *La Administración de Herencia en el Derecho Español*. Editorial Revista de Derecho Privado, 1950.

- GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, "El Acto de Administración en el Derecho Civil". *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XIX, p. 331, Edersa, 1976.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *De concordancias, motivos y comentarios al Código Civil*, 1952, edición 1973 de la Editorial Base.
- GONZÁLEZ PALOMINO, José, "Pseudousufructo testamentario. Notas a la Resolución de 12 de enero de 1944". *Estudios de Arte Menor sobre Derecho Sucesorio*.
- *Enajenación de bienes pseudousufructuados*.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina Constitucional de la propiedad privada*. 1988.
- MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, t. VII. Instituto Editorial Reus, séptima edición, revisada y puesta al día por don Tomás Ogayar Ayllón, 1951.
- MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas de Europa y América, Buenos Aires, 1956.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXIX, vol. 1.º Edersa, 1988.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Comentarios Constitución 1978*. Edersa, 1983.
- PUIG PEÑA, José María, *Derecho Civil*, t. IV, vol. 2.º Edición de 1965.
- PUIG FERRIOL, "El contador-partidor dativo", *Anuario de Derecho Civil*, 1988, p. 682.
- SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho Civil*, t. VI, vol. 2.º

Jurisprudencia citada en esta obra

Tribunal Constitucional

Sentencias de 14 de julio de 1981; 2 de diciembre de 1983; 14 de octubre de 1985; 25 de febrero de 1987; 26 de marzo de 1987 y 29 de noviembre de 1988. Todas en la nota 101, p. 86.

Tribunal Supremo

Sentencias de:

- 11 de marzo de 1905, nota 52, p. 46
- 12 de febrero de 1915, p. 55
- 20 de marzo de 1918, nota 108 de la p. 92
- 14 de mayo de 1929, nota 10 de p. 22
- 17 de marzo de 1934, p. 54
- 29 de noviembre de 1935, núm. 9, p. 22
- 24 de junio de 1940, nota 108, p. 92
- 8 de julio de 1940, p. 54
- 9 de febrero de 1942, nota 10, p. 22
- 6 de marzo de 1944, p. 54
- 29 de noviembre de 1945, p. 54

1 de junio de 1946, p. 54
4 de marzo de 1952, p. 54
17 de abril de 1953, nota 18, p. 29; nota 25, p. 33; p. 55; pp. 63 y 76; p. 60;
p. 36 y p. 84
20 de octubre de 1954, nota 18 de p. 29 y p. 60
6 de febrero de 1958, p. 54
4 de junio de 1959, p. 54
4 de noviembre de 1961, p. 54
22 de diciembre de 1961, nota 18 de p. 29
21 de febrero de 1962, p. 54
25 de abril de 1963, pp. 54 y 55
3 de abril de 1965, p. 54
31 de diciembre de 1974, p. 54
14 de mayo de 1975, p. 55
4 de diciembre de 1975 p. 54
26 de mayo de 1976, nota 11 de la p. 92
26 de mayo de 1981, nota 45 de p. 44 y nota 59 de p. 50
25 de abril de 1983, nota 45 de p. 44 y nota 59 de p. 50
21 de octubre de 1991, nota 18 de p. 29 y nota 107 de p. 89

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

27 de octubre de 1863, nota 63, p. 57
22 de febrero de 1864, nota 63, p. 57
26 de marzo de 1867, igual que las anteriores
7 de abril de 1868, igual
3 de julio de 1878, nota 64 de igual p.
22 de septiembre de 1879, p. 64
28 de junio de 1887, nota 63, p. 57
21 de agosto de 1894, p. 57, notas 63 y 64
12 de marzo de 1903, p. 64
25 de junio de 1903, nota 63, p. 57
26 de febrero de 1906, nota 108, p. 92
29 de diciembre de 1906, nota 16 de p. 25, p. 57, pp. 56, 60, 84 y 85
11 de septiembre 1907, nota 108, p. 92
5 de marzo de 1910, nota 89, p. 81
9 de julio de 1913, p. 64
22 de agosto 1914, nota 108, p. 92
28 de julio de 1917, nota 6, p. 21
20 de marzo 1918, nota 108, p. 92
10 de septiembre de 1918, nota 65 de p. 58 y p. 85
17 de octubre de 1919, nota 63, p. 57
1 de octubre de 1920, igual que la anterior
9 de marzo de 1921, nota 110, p. 92
29 de diciembre de 1922, p. 84
14 de abril de 1924, nota 88, p. 81

23 de julio de 1924, nota 65 de p. 58 y p. 88
 21 de octubre de 1924, nota 65, p. 58
 23 de julio de 1925, nota 110, p. 92
 16 de septiembre de 1929, nota 88, p. 81
 30 de mayo de 1930, p. 84
 14 de abril de 1931, nota 88, p. 81
 5 de mayo de 1931, p. 37
 25 de junio de 1931, p. 64
 25 de noviembre de 1935, nota 88, p. 81
 22 de marzo de 1939, nota 9, p. 22
 25 de febrero de 1943, nota 88, p. 81
 11 de agosto 1943, p. 84
 12 de enero 1944, p. 56 y nota 66 de la 58
 22 de mayo de 1944, nota 6 de p. 21 y p. 63 y p. 58
 11 de abril de 1945, p. 84
 10 de mayo de 1946, p. 84
 19 de mayo de 1947, nota 90, p. 81
 2 de agosto 1950, p. 84
 22 de diciembre 1950, p. 25, texto y nota, p. 32, y nota 24 p. 33, p. 36, p. 47,
 p. 60, pp. 84 y 85
 19 de noviembre de 1952, nota 90, p. 81
 3 de marzo 1953, nota 9 de p. 22 y p. 88
 2 de marzo 1956, p. 36, texto y nota 32, y nota 61, p. 59
 7 de mayo de 1960, nota 17 de p. 28, texto de p. 49, nota 86 de p. 79,
 nota 102, p. 87
 13 de enero de 1965, p. 36 y 61, nota 86, p. 79 y nota 102, p. 87
 1 de septiembre 1976, p. 51, p. 61, nota 87 de p. 80 y p. 84
 4 de febrero de 1980, nota 26 de p. 33, nota 73 de p. 63, p. 76 p. 84 y 89
 27 de marzo de 1981, nota 9, p. 22
 2 de octubre 86, nota 73 de p. 63, pp. 93 y 94
 29 de enero de 1988, nota 16 de p. 25, nota 23 de p. 32, nota 24 de p. 33,
 texto de p. 36, nota 62 de p. 51, pp. 62, 63, 84
 19 de julio de 1991, p. 29

LEY DE LA SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA

CARLOS MARÍN CALERO
Notario

ESQUEMA DE TRABAJO

Cuestiones generales

- Sistema de fuentes.
 - Forma societaria especial.
 - Aplicabilidad del régimen general de las sociedades limitadas.
- Rigidez estructural del nuevo régimen: ventajas e inconvenientes.
- Ámbito subjetivo:
 - Sociedades que NO pueden constituirse bajo la forma de Nueva Empresa.
- Objetivos de la Ley:
 - Facilitación del proceso constitutivo.
 - Colaboración de funcionarios, profesionales y terceros.

Procesos y datos preparatorios

- Formación de la denominación social.
 - Diferencias con el régimen general. ¿Subsisten las certificaciones negativas?
 - Intervención del notario en el proceso. Tres diferentes interpretaciones.

- Capital social.
 - Cifras máximas y mínimas. Desembolso.
- Otros datos de identificación social. Especialidades relativas a:
 - Objeto social. Admisibilidad de objetos abiertos y poco determinados.
 - Órgano de Administración.
- Proceso propiamente constitutivo.
 - Relación detallada de pasos en los que debe intervenir el notario y el registrador provincial.

Examen del régimen de la ley

- Estatutos sociales.
- La transmisión de las participaciones sociales.
 - Transmisiones prohibidas.
 - *Inter vivos*, a personas jurídicas.
 - Todas a un solo socio que ya lo sea único de otra sociedad limitada Nueva Empresa.
 - Consecuencias de una adquisición prohibida.
- Transmisiones permitidas que aumenten el número de socios, sobre el máximo de los fundadores.
- Libro-Registro de Socios.
 - Consecuencias de su ausencia.
 - Anotaciones de embargo.
 - Acreditación de la unipersonalidad sobrevenida.
 - Conocimiento de los gravámenes o derechos reales, por socios futuros y acreedores.
- Juntas generales:
 - Convocatoria. Las formas alternativas y la doctrina al respecto de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
 - Mayorías especiales:
 - Nombramiento y cese de administradores.
 - Transformación en sociedad limitada ordinaria, con la consiguiente adaptación de los estatutos sociales.
- Administración de la sociedad:
 - Requisitos para ser nombrado administrador.
 - Retribución de los administradores.
 - Duración del cargo.
 - Remoción del cargo. Mayorías necesarias. Votos computables.
 - Nuevos nombramientos. Mayorías necesarias.
- Modificación de estatutos:
 - Supuestos permitidos y prohibidos.
 - Propuestas sobre modelos de estatutos.

- Modificaciones que obligan al cambio de forma social.
- Eficacia de modificaciones no permitidas.
- Requisitos especiales:
 - Cambio de denominación.
 - Separación del socio cuyo nombre se incluye en la misma.
 - Consecuencias de su permanencia.
 - Aumento de capital.
 - Límite máximo.
 - Desembolso del aumento.
 - Supuestos que obligan al cambio de forma social.
 - Reducción de capital.
- Cuentas anuales y contabilidad:
 - Simplificación de la contabilidad y de la presentación de cuentas anuales.
- Disoluciones forzosas:
 - Disminución del patrimonio social.
 - Sociedades patrimoniales.
- Transformación:
 - De otra forma social en Nueva Empresa.
 - De Nueva Empresa en otra forma social o cooperativa.
 - De Nueva Empresa en sociedad limitada: continuidad.
- Beneficios fiscales.

Ensayaré el estudio de la Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa desde una triple perspectiva: de un lado, haciendo la interpretación de su texto, que, en ocasiones, me parece un tanto confuso y creo que debe ser explicado; de otro lado, mediante la puesta de manifiesto de aquellas de sus normas que, en mi opinión, contienen una regulación errónea o desacertada y merece, por tanto, la crítica; de otro lado, y de modo simultáneo a los otros dos, mediante la sistematización de sus normas, lo que me ha de permitir su mejor comprensión y, consiguientemente, su aplicación, en la medida en que, como notario, me competa. (Se trata, por tanto, de un trabajo personal que pongo a disposición de mis compañeros, pero desde la base del reconocimiento de sus limitaciones.)

Haciendo una delimitación negativa, he de aclarar que no tendré en cuenta en este estudio ni los antecedentes históricos o legislativos (que

desconozco); ni la perspectiva y complemento del Derecho Comparado; ni los estudios y aportaciones doctrinales ya existentes, salvo en aquellas pocas opiniones que he tenido ocasión de conocer y que ya forman inevitable parte (en positivo o en negativo) de mis propios pensamientos.

Me limitaré, por tanto, al texto de la Ley, al riguroso Derecho Positivo: Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (*).

Y lo primero que cabe notar en dicha norma es que no es ni quiere ser en modo alguno autónoma o autosuficiente. Según ella, la regulación de la llamada Sociedad Limitada Nueva Empresa está, al menos, en la normativa ordinaria de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (arts. 53, 105, 136, 138) –si bien la aplicabilidad de esta normativa general requiere de algún comentario, que seguidamente haré–; en la futura Orden del Ministerio de Economía, que regulará el procedimiento de asignación del código a que se refiere el artículo 131; en la Ley del Impuesto sobre Sociedades (art. 132); en las normas que regulan el empleo por notarios, registradores y las Administraciones públicas de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas (art. 134); en la legislación específica sobre uso de firma electrónica avanzada por parte de notarios y registradores mercantiles (art. 134); en la legislación registral, en general (art. 134); en el acuerdo del Consejo de Ministros que apruebe el Documento Único Electrónico (cuya denominación es legalmente abreviada como DUE); en las normas reglamentarias que incluyan datos en ese DUE; en los convenios entre Administraciones Públicas que también incluyan datos en el DUE (disposición adicional octava); en los convenios entre la Administración General del Estado y otras Administraciones Públicas y entidades públicas o privadas, sobre establecimiento de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (denominación ésta que legalmente es abreviada como PAIT) de las sociedades Nueva Empresa (disposición adicional octava); en la Orden del Ministerio de la Presidencia que establezca los criterios de incorporación de las prescripciones tecnológicas propias de los PAIT (disposición adicional octava); en los convenios que las Administraciones tributarias celebren con el Consejo General del Notariado, el Colegio de Registradores de la Propiedad, de Bienes Muebles y Mercantiles de España y otros colegios profesionales, cámaras de comercio y PAIT, sobre presentación de declaraciones, comunicaciones y otros documentos tributarios (disposición adicional no-

(*) En una colaboración mía al libro *La Sociedad Limitada Nueva Empresa* –Thomson-Aranzadi, 2003–, ya he podido tener en cuenta también la formativa reglamentaria o de desarrollo, anunciada por la Ley y publicada después de la fecha de este artículo.

vena); en las Órdenes y “cauces” de los Ministerios de Hacienda y de Trabajo y Asuntos Sociales, que establezca los supuestos y condiciones de ejercicios de tales convenios con los colegios citados (disposición adicional novena), y, para no cansar más, en la Orden del Ministerio de Justicia que apruebe el modelo orientativo: de estatutos de la sociedad Nueva Empresa (disposición adicional décima).

Cúmulo este de normas y regulaciones del más diverso rango (incluso sin rango, propiamente dicho) que me plantean una doble dificultad: de un lado, porque me obligan a traer a colación un examen de otras normas ya de por sí muy complejas en algunos casos, examen que será sesgado, parcial y probablemente, y por ello, insuficiente; y de otro lado, porque la mayoría de las citadas son normas y acuerdos aún no nacidos, y sobre cuyo futuro contenido no tiene sentido ni utilidad especular ahora.

Pero, naturalmente, no todas las normas tienen la misma importancia; unas son sólo complementarias, mientras que algunas otras constituyen propiamente el núcleo del régimen legal. Y cuál sea éste es algo que debería estar claro y, sin embargo, no me lo parece.

La pregunta es aparentemente objeto de respuesta en la propia Ley, en su artículo 130.

De un lado, dice que la regulación es la que nace y se crea en esta Ley; pero, de otro, no crea un cuerpo nuevo, sino que el nuevo conjunto de normas se articula dentro y como un capítulo especial de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, afirmando expresamente que se trata de una especialidad de tal tipo societario.

El problema es precisamente ese: ¿en qué consiste la especialidad?; y, sobre todo, ¿hasta dónde llega?

En definitiva, la cuestión importante que se plantea es la aplicabilidad a las Nuevas Empresas de la normativa general de las sociedades de responsabilidad limitada.

No cabe la menor duda de que hay normas de la ley general que también son aplicables a la Nueva Empresa, ya que así lo ordenan algunos de los artículos de este capítulo especial (por ejemplo, el 136, 138, 142 y 144); así como que, dado que en este capítulo no hay norma alguna relativa a muy diversas e importantes cuestiones societarias, es razonable pensar que no hayan quedado jurídicamente huérfanas y que estarán sometidas a la ley general, aunque sólo sea por analogía. Pero, de lo que tampoco puede haber duda es de que este capítulo especial alcanza a aspectos tan fundamentales de la regulación de una forma social y lo hace de modo tan básico que en la práctica está creando una nueva, al menos tan nueva y distinta como pueda serlo la sociedad limitada laboral, por poner un ejemplo. Además, si no es más que una especialidad, ¿cómo es que el legislador ha considerado necesario reiterar aquí normas tan

básicas como que “la sociedad Nueva Empresa requerirá para su válida constitución escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio” y que “con la inscripción adquirirá la sociedad Nueva Empresa su personalidad jurídica”?

En todo caso, lo cierto es que, salvo que se reputé innecesario, la Ley no contiene una remisión genérica a la normativa general de las sociedades de responsabilidad limitada más que en su Exposición de motivos, lo que desde luego no tiene más que un alcance retórico, nunca normativo.

Pero, si el conjunto de la regulación va a tener muy diversas fuentes, como resulta de la enumeración hecha, ello no quiere decir en modo alguno que, en mi opinión, el régimen jurídico que se impone a la llamada Sociedad Limitada Nueva Empresa vaya a ser, globalmente considerado, oscuro, confuso y contradictorio. Antes al contrario, creo que lo que se pretende y probablemente se conseguirá será un régimen estrecho, estricto, riguroso y encorsetado, que limite tanto la libertad de los particulares para configurar su propia empresa que conducirá a la proliferación de sociedades que se constituyan y organicen bajo un mismo patrón y estén estandarizadas; clónicas en su estructura jurídica (aunque, naturalmente, sin que ello condicione una mayor o menor diversificación en su actividad económica, que al fin y al cabo es la razón de ser de la empresa y del empresario, y no la preocupación por su estructura formal, bajo una u otra cobertura técnica).

Creo, por tanto, que la profusión de normas de Derecho necesario y que, por tanto, la sociedad y los socios deberán respetar, y sobre todo la existencia anunciada de modelos oficiales, así como la dificultad para modificar los estatutos sociales, después de la constitución, no buscan confundir, sino limitar; creo que se pretende proporcionar un cauce estrecho, pero perfectamente delimitado, claro y seguro, a los nuevos emprendedores.

La Exposición de motivos de la Ley expresa este objetivo con una frase bastante clara: “... establecer fórmulas societarias sencillas y mejor adaptadas a la realidad de las empresas más pequeñas...”.

Hay que considerar, por tanto, que esta pretensión responde pues a una decisión estratégica, política en fin; una decisión de política legislativa que sólo cabe ser juzgada bajo la óptica de la oportunidad o inoportunidad y, naturalmente, de sus resultados.

Aparentemente, puede parecer atrevido un diseño así en un ordenamiento como el español, que tiene como una de sus más importantes señas de identidad el respeto a la autonomía de la voluntad. Principio por lo demás que, con mayor o menor sinceridad o ironía, se repite también en esta Ley aunque un tanto perdido en el interior del fundamental artículo 134.

Sin embargo, frente a los grandilocuentes principios, si atendemos a lo que nos muestra la realidad cotidiana, es difícil no darse cuenta de la importancia decisiva que, en los trámites jurídicos de las sociedades mercantiles, tienen los modelos prediseñados de estatutos o los modelos de certificaciones y actas, en los que se recogen los distintos tipos de acuerdos sociales; modelos que en su inmensa mayoría han nacido en las notarías, y que, por tanto, nosotros conocemos bien. Del mismo modo que sabemos que la mayoría de las Juntas generales de muchas sociedades limitadas, que generalmente son universales, tienen lugar también en las notarías.

La amplísima libertad que las leyes mercantiles, generales y especiales, conceden a los socios para gobernarse libremente y para dotarse de un conjunto de reglas propias, que específicamente contemplen y resuelvan sus problemas o sus intenciones más particulares, se disuelve en la práctica y en demasiadas ocasiones en el mero trámite de adoptar el único modelo que se ofrece a los socios, con la total indiferencia que les provoca el que consideran a la casi totalidad del contenido de los estatutos sociales como algo irrelevante para ellos. Los socios constituyentes y, al menos en las ciudades pequeñas, sus asesores o gestores, en la mayoría de las ocasiones, no proporcionan otros datos al notario que su identidad, la distribución entre ellos del capital social (muchas veces, ni siquiera la cuantía del mismo, que resultará determinada por la cifra legal mínima), la parte esencial o económicamente principal del objeto social, el domicilio social y la estructura y elección del primer órgano de administración.

La verdadera incidencia práctica que tengan pues las enormes restricciones que esta nueva Ley impone, a la hora de constituir la sociedad limitada o de modificar sus estatutos, comparada con la amplísima libertad reconocida en la Ley que podríamos llamar general (la especial de las sociedades de responsabilidad limitada), está por lo tanto por ver.

En mi opinión y a la espera de sus resultados, no me parece una mala opción.

Claro que una cosa es considerar, en abstracto, que sea bueno o malo un modelo legislativo basado en la rigidez, estrechez y claridad de los cauces jurídicos que ofrece a los particulares y otra bien distinta pronunciarse sobre el concreto modelo de esta Ley de Sociedad Limitada Nueva Empresa.

Queda por demostrar que las “fórmulas societarias sencillas” que se ofrezcan a los interesados —cuando sean una realidad, pues aún falta por conocer el contenido de tales fórmulas— son también, como se dice, las “mejor adaptadas a la realidad de las empresas más pequeñas”.

Y eso es lo que procede hacer ahora: examinar el contenido de la ley, empezando por determinar sus destinatarios y por conocer sus objetivos.

Destinatarios de la reforma

La nueva regulación, tanto en lo que es el contenido propio de esta Ley como en la parte que se anuncia para después y fuera de ella, lleva ya desde su propia denominación una confusión de dos cuestiones sobre las que la doctrina científica hace mucho que sabe hacer las adecuadas distinciones, pero que suelen verse mezcladas tanto en el lenguaje ordinario como en los textos legales. Me refiero a la distinción entre empresa y empresario. La sociedad es el empresario, o sea, la titular de la o de las empresas mercantiles que desarrolle. La empresa es la reunión de medios, materiales y humanos, bajo la dirección del empresario, para la consecución de los fines de éste, que han de ser fines mercantiles.

Así, esta Ley –y sus desarrollos– podrían haberse limitado a tratar de las sociedades de responsabilidad limitada que son nuevos empresarios, pero no es así; según la citada Exposición de motivos, una parte esencial de las novedades que la Ley trata de introducir se dirige a la creación de nuevas empresas, al desarrollo de empresas innovadoras y, sobre todo, a los citados CIRCEs, que se conciben como redes de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT), en los que se asesora y se presta servicios a los emprendedores, tanto en la gestación, tramitación administrativa y puesta en marcha de sus iniciativas empresariales, como durante los primeros años de actividad de las mismas.

(Aunque lo cierto es que la Ley 7/2003 no contiene ninguna norma reguladora de los CIRCEs o redes de asesoramiento, que dice serán producto de convenios entre Administraciones Públicas o entre éstas y ciertos organismos públicos o entes privados sin ánimo de lucro; el Derecho Positivo parece que se usará sólo para la determinación de criterios técnicos y especialmente los de carácter informático.)

Por lo demás, el nuevo sistema quiere ser especial y no se dirige a todas las sociedades limitadas.

La especialidad se manifiesta de dos maneras: una, más tajante, es la imposibilidad o prohibición de usar esta forma para ciertos proyectos; la otra, indirecta, resulta de que la Ley exige a la Sociedad Limitada Nueva Empresa el cumplimiento y mantenimiento de determinados requisitos de funcionamiento, subjetivos y objetivos.

En cuanto a la primera manera, y como luego se verá de modo más concreto y detallado, no podrán ser sociedades limitadas Nueva Empresa las siguientes:

- Las sociedades ya existentes, puesto que no cabe la transformación de cualquier otro tipo societario en este.
- Las llamadas sociedades “patrimoniales”.
- Las sociedades que pretendan desarrollar un objeto que deba [con exigencia legal] ser exclusivo de la mercantil.

— La segunda y ulteriores sociedades limitadas Nueva Empresa, de carácter unipersonal, que pretenda poner en marcha una misma persona.

En cuanto a la segunda manera, esta Ley —como casi todas las demás que regulan los distintos tipos sociales— exige el cumplimiento de determinados requisitos y prohíbe algunas opciones. Lo más característico aquí es que la mayoría de tales requisitos y limitaciones son muy poco o nada determinantes: o bien despliegan sus efectos sólo en el momento inicial de la constitución —y son ineficaces en cualquier momento posterior—, o bien se refieren a aspectos imposibles de valorar objetivamente, tales como los calificativos de “empresa innovadora” y de “pequeña y mediana empresa”.

En realidad, casi todas las sociedades limitadas que se creen durante la vigencia de esta Ley podrán utilizar esta modalidad societaria: Las sociedades patrimoniales están sufriendo una auténtica ofensiva fiscal (casi única razón de su existencia) y su número se verá sin duda reducido en el futuro; la exigencia legal de que una sociedad no tenga más que un objeto es un supuesto casi desconocido en la práctica, y la imposibilidad de constituir más de una sociedad unipersonal de este tipo será sin duda un grave inconveniente para aquellos a quienes interese (y además un inconveniente que, como casi todos los de esta Ley, resulta injustificado), pero no es un problema mayoritario.

La única cuestión auténticamente importante, la efectiva prueba de fuego es que verdaderamente los nuevos emprendedores quieran hacerlo; que las ventajas, que las tiene y muchas, sean bastantes para superar las inconveniencias —incluso las inconveniencias meramente psicológicas—, que también acompañan a esta Ley.

Es casi una cuestión contable, de equilibrio entre ganancias —ventajas— y pérdidas —inconvenientes—; y una valoración que, en gran medida, le va a corresponder hacer a los profesionales que instruyen, asesoran y aconsejan a los futuros socios.

Todo eso, digo, respecto de las nuevas sociedades que se creen durante la vigencia de esta Ley, porque donde la limitación operará con toda su potencia es respecto a las sociedades ya existentes. Si la nueva regulación se hubiera limitado a facilitar el proceso constitutivo, esta consecuencia sería obligada; pero, puesto que, además, establece cauces más modernos y presumiblemente más eficaces y útiles para la inscripción registral, especialmente en el Registro Mercantil; puesto que se preocupa de la puesta en marcha de nuevas iniciativas empresariales y éstas pueden evidentemente provenir de un empresario ya existente; si se trata de mejorar la financiación de las empresas, etc.; no resulta evidente el por qué la Ley no ha permitido que las sociedades ya existentes, aquellas que cumplan —o hagan en sus estatutos los cambios necesarios para poder cum-

plir— los requisitos subjetivos y objetivos, tengan acceso a los ofertados beneficios legales.

Sin embargo, ni se permite la transformación desde otras formas societarias a ésta de la Nueva Empresa, ni se permite que una sociedad limitada ordinaria pueda cumplir voluntariamente las peculiaridades de esta especialidad y así simplificar, por ejemplo, sus obligaciones contables.

Una imposibilidad de transformarse que, además, es absolutamente novedosa en nuestro Derecho. En todo caso, es una opción clara del legislador, cuya bondad o maldad acreditará la práctica.

(Al final de este estudio mencionaré una forma, indirecta, que, en mi opinión, podría habilitar un cauce de transformación impropia; pero es un cauce propiamente establecido en la Ley y, por tanto, dependiente del siempre dudoso artificio de la interpretación.)

Objetivos de la Ley

La mayor parte de la nueva regulación y también del contenido de esta nueva Ley está dedicada al proceso constitutivo de la sociedad. Y no sólo, y ni siquiera principalmente desde el punto de vista de la técnica jurídica.

La mayor atención y esfuerzo se dedica al propio itinerario constitutivo, entendido desde la óptica de un ciudadano al que se considera como un sujeto bastante pasivo, al modo de un consumidor, y al que se coloca y presupone en la posición de la parte débil y desinformada, necesitada de una legislación tuitiva y equilibradora.

Con la particularidad de que aquí la contraparte de ese sujeto pasivo (de actitud pasiva) no es un empresario al uso, sino un sujeto institucional: la propia Administración Pública, incluidos especialmente ciertos Registros Públicos, así como los a veces llamados profesionales oficiales, como notarios y registradores, y también determinados colectivos profesionales: los que habitualmente tienen un gran protagonismo en los procesos a que se refiere la Ley.

El objetivo básico parece ser la unificación de trámites y sobre todo la reducción de plazos. La Exposición de motivos contiene a este respecto frases como éstas: “(se trata de) simplificar los trámites para la creación de empresas”; de “propiciar la actividad empresarial a través de una puesta en marcha menos costosa y más rápida”; de “remover los obstáculos administrativos que dificultan a las empresas su constitución y el desarrollo de su actividad”. Y concluye por afirmar que “todos estos elementos contribuirán a hacer posible la constitución de la Nueva Empresa en tiempos sustancialmente inferiores a los actualmente requeridos”.

Por eso, la nueva regulación podrá ser juzgada con todo rigor y con toda precisión en función de la consecución de unos objetivos tan fácilmente medibles. Pero, no podemos olvidar que muchas otras reformas legislativas (sin duda, más importantes que ésta, como la de los procesos judiciales) se han dictado con parecidos objetivos de remover obstáculos “burocráticos” y reducir sustancialmente los tiempos de realización del Derecho. No siempre se han conseguido y sería ingenuo conceder de antemano el objetivo como logrado sin mayor comprobación.

Para lograr esa simplificación del proceso constitutivo, lo principal de la nueva estrategia de la Ley es, en mi opinión, lo siguiente:

- Facilitación de la formación de una denominación social original, mediante un proceso de asignación de un código diferenciador.

- Puesta a disposición de los constituyentes de un modelo de estatutos sociales cuya aceptación por parte de los distintos funcionarios (sobre todo registradores y también notarios) llamados a acogerlos esté garantizada.

- Creación de especiales cauces jurídicos para las distintas tramitaciones, previas y sobre todo posteriores a la constitución, con concesión a notarios y registradores de plazos extraordinariamente breves y perentorios, para el desempeño de sus respectivas funciones; y

- Llamamiento a la colaboración de las Administraciones Públicas y de ciertos agentes sociales y/o económicos.

Tal simplificación de los trámites iniciales no es el único propósito de la nueva regulación. La Exposición de motivos de la Ley añade otros objetivos y los califica de principales, ya sean genéricos, como la citada remoción de los obstáculos administrativos que dificultan a las empresas el desarrollo de su actividad; ya sean específicos, y que se dicen detectados en la mayoría de las empresas, como las dificultades de financiación, la pérdida del control de la gestión por los socios que ostentan la mayoría y los problemas de supervivencia de la sociedad derivados de la sucesión generacional.

Sigue diciendo dicha Exposición de motivos que el proyecto Nueva Empresa se fundamenta en tres elementos esenciales: el ya citado Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), el régimen jurídico de la Nueva Empresa y el sistema de contabilidad simplificada.

Los motivos del legislador, ya los exponga antes del texto legal y en el mismo documento que lo contiene (exposición de motivos), ya los declare la doctrina científica, no son ley, claro está, y no siempre cabe apreciar una adecuada correspondencia entre unos y otra. Más adelante haré alguna valoración sobre si se puede considerar que la Ley ofrezca verdaderamente soluciones sobre esos mismos problemas que enuncia.

CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA

Distinguiré en el análisis de la Ley dos partes: de un lado, el proceso de constitución de una sociedad; de otro lado, todas las demás cuestiones jurídicas.

(Y añadiré, entre paréntesis, un juicio de valor: que todas esas demás cuestiones distintas del proceso constitutivo son de menor importancia, con la única excepción de los beneficios fiscales.

Los beneficios fiscales, como la fe, pueden mover montañas.)

Y tal análisis lo haré desde el punto de vista, ya enunciado también, de sólo el Derecho Positivo y, más concretamente, del Derecho Positivo ya existente, sin prejuzgar, como es natural, posibles regulaciones futuras, ya se prevean como textos legales o como convenios particulares.

En la dinámica habitual, lo que necesitan la o las personas que han decidido, bien directamente, constituir una sociedad, bien indirectamente, realizar una empresa mercantil (siendo la constitución de la sociedad un medio más de ese esfuerzo), es ante todo entrar en contacto con las personas o instituciones que puedan asesorarles e instruirles en tal menester.

A veces, acudirán directamente a una notaría, en donde sin duda recibirán toda la asistencia jurídica necesaria, pero muy poca o ninguna acerca de los procesos administrativos, fiscales, laborales, contables, etc., que siguen a la constitución. Otras veces, utilizarán los servicios de una asesoría o gestoría, de una u otra clase. Puede tratarse de un servicio de tanta calidad técnica como el que les proporcione un abogado o un economista, o puede ser un asesor no especialmente titulado. En esta última opción, la asistencia sí que suele extenderse a la totalidad del proceso constituyente, incluidas las altas fiscales y laborales, o la apertura de locales, etc.; generalmente, se postularán incluso para continuar el asesoramiento y la asistencia también en el futuro, durante la vida activa de la sociedad, y tanto en los asuntos jurídicos como en los económicos o administrativos.

De una u otra manera, los socios resolverán su problema: la citada necesidad legal de constituir la sociedad en escritura pública, que habrá de inscribirse necesariamente en el Registro Mercantil, les garantizará la mayor seguridad jurídica; el asesoramiento profesionalizado y la efectiva ejecución por especialistas de los trabajos legalmente obligados, de contabilidad y publicidad, por ejemplo, les asegurará igualmente que cumplan con sus deberes administrativos de todo tipo.

El verdadero problema es el coste y el tiempo. No existe hoy día una carencia de medios, ni tampoco de medios o instrumentos jurídicos. Todo cuanto impone la nueva legislación puede ser establecido por los socios en los estatutos de sus sociedades, incluso las prohibiciones legales, que luego veremos. Con la ya expresada salvedad de los beneficios fiscales, todas las novedades jurídicas de la Ley podrían haberse introducido en las prácticas societarias sin más que crear y patrocinar un modelo de estatutos, de origen oficial u oficioso.

La verdadera ofensiva se libra por reducir el coste económico; la abreviación de los plazos es también en realidad un beneficio económico.

Volviendo a los distintos apartados del proceso de constitución, el primer importante obstáculo a superar es la consecución de un nombre para la sociedad.

En realidad, no hay muchos más y ninguno tan relevante. Generalmente, a los socios les bastará con decidir además, la actividad económica principal a que se dedicarán; el domicilio que haya de tener la sociedad; el sistema de administración y la designación de su primer órgano y la cifra de su capital fundacional.

La denominación social

Antes de nada, a modo de inciso inicial, hay que decir que, aunque desde luego no es su principal función, el artículo 131 sirve para corregir el extraño error del título del capítulo especial XII, recordando que se trata de la Sociedad Limitada Nueva Empresa y no de la Sociedad Nueva Empresa.

Como he dicho, en mi opinión, una de las mayores (si no la mayor) dificultades jurídicas a que se enfrentan quienes pretenden constituir una sociedad mercantil es la obtención de un nombre propio, aceptable para el Derecho.

La existencia de un registro único de denominaciones, el Mercantil Central, que no es accesible, hoy por hoy –tampoco por esta Ley–, por medios telemáticos; la exigencia legal de incorporar a las escrituras de constitución el original del certificado emitido en ese único lugar; la limitada vigencia de ese certificado; así como los requisitos legales para la validez de la denominación que los interesados proponen (requisitos que serán objeto de doble calificación: una vez por parte del registrador mercantil central y otra por el registrador mercantil territorial), convierten el trámite de obtención de un nombre para la sociedad naciente en el más lento y dificultoso.

Con todo, de ese conjunto de obstáculos, el principal es, sin duda, la

dificultad de imaginar un nombre original, al menos teniendo en cuenta el tipo de nombre que habitualmente solicitan los promotores de una sociedad.

Ciertamente, pues, cualquier iniciativa legal que facilite y abrevie este proceso de creación de una denominación para la sociedad en formación será bien recibido.

Sin embargo, en este punto la Ley ha optado por una estrategia que, si bien tendrá el éxito asegurado en cuanto al cumplimiento del requisito de la originalidad, puede chocar con los deseos y la conveniencia de los socios.

Dice el artículo 131 que la denominación se formará con los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores, seguidos de un código alfanumérico; código cuya regulación queda para una decisión futura del Ministerio de Economía.

Los errores de redacción de esta Ley son muy importantes y frecuentes, como ya hemos visto y seguiremos viendo. Aquí hay uno bastante incomprensible. No todas las personas a las que la Ley permitirá constituir Sociedades Limitadas Nueva Empresa tendrán dos apellidos. Se requiere, es cierto, que los constituyentes y los socios sean personas físicas y eso garantiza que tendrán nombre y apellido, pero la utilización de dos apellidos es una costumbre nacional, de ciertos países sólo, y es seguro que la Ley no quiere, porque sencillamente no puede, impedir la constitución de una sociedad española ni a los españoles que tienen un solo apellido (que los hay), ni tampoco a los extranjeros que tengan un solo apellido y cumplan los requisitos generales de válida actuación en y para España.

Dicho lo cual, este artículo 131 plantea un buen número de otros problemas, tanto de interpretación como presumiblemente de aplicación.

Ante todo, esta única manera de formar la denominación social resulta una exigencia sorprendente, que por lo demás es absolutamente tajante y, a diferencia de otras prohibiciones de esta misma Ley, imposible de burlar en la práctica.

Sin pretender elevar a categoría lo que no es sino una limitada experiencia personal, no es frecuente encontrar sociedades cuya denominación esté formada de esa manera que impone el artículo 131.

Ni siquiera en las paradigmáticas, y hoy casi inexistentes sociedades colectivas o civiles, que son el exponente máximo (en la concepción del legislador) de una sociedad personalista, es frecuente una sociedad que forme su denominación exclusivamente por el nombre de uno de sus socios. En las sociedades limitadas, que el legislador conceptúa como lugar de "armónica convivencia de elementos personalistas y capitalistas", cabría esperararlo menos aún.

Y si esta estrategia de creación de una denominación para la sociedad no se ve ni aun en las sociedades unipersonales, ¿cómo decidirán las sociedades con varios socios cuál de sus nombres debe representar a todos? ¿Por qué dejar que el máximo exponente de la identificación pública de la sociedad quede al albur de que el socio cuyo nombre es la razón social transmita sus participaciones sociales o fallezca?

En mi opinión, y puesto que no es seguro que el nuevo sistema abrevie los plazos de constitución de la sociedad, sólo un argumento podrá combatir tales inconvenientes: las bonificaciones fiscales prometidas. Es más, creo que la tensión que surgirá en torno a esta exigencia, que a buen seguro cogerá por sorpresa a los promotores de una sociedad, pondrá bien a prueba el conjunto de la estrategia legal. Elevado a la categoría de portillo de paso inexcusable, obligará a los socios a una clara elección: o forman la denominación de la futura sociedad que quieren constituir con el nombre y apellidos de uno de ellos o aceptan seguir con el viejo, conocido y más acomodado a sus costumbres régimen de las tradicionales sociedades limitadas. Y, además, para siempre, puesto que, por las razones que sin duda tendrá el legislador, aunque no las ha explicado en el texto de la Ley, no es posible transformar una sociedad limitada llamémosla ordinaria en una sociedad limitada nueva empresa.

Dicho lo cual y aceptada, aunque sólo sea a efectos dialécticos, la oportunidad de la Ley, resulta sorprendente la previsión de una norma futura para regular el procedimiento de asignación de un código alfanumérico que permita la identificación de la sociedad “de manera única e inequívoca”, según se expresa en la Exposición de motivos. Es bien conocido que existen casos de varias personas que comparten un mismo juego de nombre y apellidos y la probabilidad, en el caso de personas con un solo apellido, sin duda aumentará. Que se dé la circunstancia de que esas personas homónimas sean los socios y además los socios que prestan su nombre a una sociedad limitada nueva empresa, probablemente volverá a reducir la incidencia, pero ninguna de esas es la cuestión.

Si lo que se pretende (y enseguida veremos si se pretende o no) es conseguir una automatización en el proceso de generación de denominaciones sociales, en esa suprema directriz de acelerar al máximo el trámite de creación de nuevas sociedades o de nuevas empresas, ¿por qué no utilizar sin más el código que ya existe y tienen todos los sujetos que actúan jurídicamente en España —nacionales y no nacionales—, de carácter alfanumérico, por cierto, y cuya no reiteración en relación con otra persona está legalmente garantizada ya? Dicho en otras palabras, ¿por qué no utilizar el Número de Identificación Fiscal (NIF) o el Número de Identificación de Extranjero (NIE)?, número que por lo demás (y con rela-

ción a todos los socios y no únicamente al que preste su nombre a la sociedad) deberá constar en el título constitutivo de la sociedad.

Habida cuenta de la publicidad que se va dar al nombre y apellidos, supongo que el legislador no se habrá detenido en razones de respeto a la intimidad.

Pero, la cuestión que en mi opinión es verdaderamente crucial desde el punto de vista de la coherencia entre los objetivos y los medios de la Ley es la de saber cuál es el proceso de obtención de denominaciones que habrán de seguir los socios y qué cambios y mejoras se producen respecto a los problemas de constitución de las sociedades limitadas en general.

Como es bien conocido, el actual sistema de producción de denominaciones originales para una sociedad se basa en una mezcla del puro azar y del procedimiento de ensayo y error. Los socios idean tres posibles denominaciones, procurando que sean fáciles de recordar y repetir, que “suenen bien” y que tengan al menos alguna relación con su actividad, o con sus socios, o con sus clientes (o con cualquier otra cosa que estimen de interés comercial); con ellas formulan por escrito, al Registro Mercantil Central, una solicitud de certificación negativa, certificación que, caso de obtener, se plasmará en un documento escrito y quedará reservada a su favor, en ciertas condiciones que señala la Ley.

Si ninguna de las tres propuestas prospera (por corresponder a denominaciones ya existentes o tratarse de una denominación social no admisible en Derecho), reiteran sus pasos hasta que acierten.

Dado que verdaderamente es un proceso tan primitivo como parece y que utiliza técnicas de comunicación (entrega en mano y envío de papeles originales por correo ordinario) que ya casi no se dan en la vida económica, y dado que la nueva Ley se propone un uso intensivo de las telecomunicaciones informáticas o “telemáticas”, sería razonable suponer que, en adelante, y al menos para las Sociedades Limitadas Nueva Empresa, tal proceso cambie sustancialmente.

Es razonable, digo yo, pero, ¿es así?

En este punto se ponen de manifiesto todos los errores posibles de redacción de la Ley, que antes he mencionado y que tanto pueden dificultar innecesariamente su aplicación.

La regulación, bastante detallada, que del tema hace la Ley; unida a la indefinición general, antes resaltada, sobre el régimen jurídico aplicable a estas sociedades; junto a las contradicciones que el capítulo XII contiene entre sus distintas referencias sobre el particular; y, por si algo faltara, la perturbadora intervención al respecto de la Exposición de motivos de la Ley, hacen muy difícil la interpretación.

El artículo 131, en su punto cuarto, se refiere a las “certificaciones acreditativas de la denominación de la sociedad Nueva Empresa”; y aña-

de que son certificaciones que se “expedirán” (por el registrador mercantil central). Antes, y en ese mismo punto cuarto, ha dicho que “la denominación social (formada conforme a las previsiones de este artículo) se incorporará inmediatamente a una subsección especial de la Sección de Denominaciones del Registro Mercantil Central, quedando constancia de ello en la correspondiente certificación que se expida”.

De modo que lo que no se dice es que la denominación social se formará y se reservará, en unas u otras condiciones, a la espera de que efectivamente la sociedad se constituya (y lo haga además dentro del período máximo de vigencia de la reserva), y su constitución quede reflejada en ese mismo Registro Mercantil Central, para entonces incorporarla a ese Registro y que sirva así de base para futuras certificaciones negativas. (Certificaciones negativas, dice el Reglamento del Registro Mercantil, porque lo que se certifica es que la denominación no la usa ninguna otra sociedad, según el mandato de diversas leyes mercantiles.)

Por el contrario, la certificación a que se refiere literalmente el artículo 131 es una certificación positiva: la de que la denominación ha sido inscrita, “incorporada” a la citada “subsección especial”.

O sea, que, entendida así, la certificación acreditativa de la denominación, a que se refiere seguidamente el punto cuarto del artículo 131, no es negativa, sino positiva: servirá para acreditar que la sociedad ya tiene esa denominación y, al menos hasta ahora, si la sociedad ya tiene algo, una denominación o lo que sea, es porque ya existe, esto es, porque ya ha sido constituida.

El problema es que una certificación positiva seguramente no sirve para nada. La posibilidad de obtenerla sin duda ya existe en la actualidad, por la normativa general de publicidad de los registros públicos, entre ellos el Mercantil Central, con el añadido de que, en el caso de una sociedad limitada Nueva Empresa, sólo la podrá solicitar el socio cuyo nombre coincide con el de la sociedad y no la propia sociedad o sus administradores, como parecería lo más normal. Pero, ¿para qué puede necesitar tal certificación el solicitante?; ¿para qué finalidad que no quede ya lograda sin más que presentando la propia escritura de constitución de la sociedad o a través de la publicidad registral (del Registro Mercantil Territorial o Central) relativa a ella?

Otro punto cuarto, pero ahora del artículo 134 de la Ley, regula también la incidencia de la denominación social en el proceso constitutivo (y probablemente también, aunque nada se diga en el texto legal, en el proceso de cambio de una denominación ya existente). Dice así: “4. El notario que vaya a autorizar la escritura de constitución de la sociedad comprobará, de conformidad con la legislación registral, que no existe ninguna denominación social anterior idéntica a la de la sociedad que se

pretende constituir. Una vez efectuada la comprobación anterior, procederá de manera inmediata a su otorgamiento.”

Y, naturalmente, la pregunta es: ¿a qué “legislación registral” se refiere este apartado cuarto? Si se refiere a una legislación futura, que el legislador tiene en mente, aunque nada nos haya anticipado sobre su intención de crearla, tendremos que esperar su advenimiento. Pero, si no es así, la única legislación registral que hoy existe es la ya mencionada de las certificaciones negativas, con el citado sistema de reservas.

La Exposición de motivos parece apostar por la interpretación de que efectivamente se trata de seguir solicitando y usando el sistema de certificaciones negativas de denominación, cuando dice que: “Los puntos de asesoramiento e inicio de tramitación serán oficinas desde las que se podrá solicitar la reserva de denominación social a que se refiere el apartado cuarto del artículo 134”. Dado que el artículo 134 no regula directamente ninguna reserva, la referencia habría de ser indirecta, subsumiendo en la remisión a la legislación registral todo el actual sistema de certificaciones negativas y reserva de las mismas hasta la constitución.

Pero, si el sistema sigue siendo el mismo, el problema, en términos de tiempo necesario para conseguir encontrar una denominación original, también lo seguirá siendo.

Y, de otro lado, si de todas maneras hay que cumplir el trámite de solicitar la certificación negativa de denominación al Registro Mercantil Central, esperar su emisión y la llegada física del documento, ¿para qué la exigencia ineludible de formar la denominación de una forma tan poco comercial?

En mi opinión, no hay forma de encajar de forma coherente todas las piezas de este puzzle.

Parto de los siguientes presupuestos, que considero seguros:

— Que la denominación social estará formada por la suma del nombre y apellidos de uno de los socios y un código alfanumérico; de modo que, por ejemplo, las denominaciones “Pedro Pérez Pérez 0001” y “Pedro Pérez Pérez 0002” serán a todos los efectos distintas e identificarán a dos distintas sociedades (sin que pueda plantearse ningún problema de semejanza, según el art. 408 del Reglamento del Registro Mercantil).

— Que será necesario que la denominación de una sociedad limitada Nueva Empresa, suma de un nombre y apellidos y un código, no esté siendo usada por ninguna otra sociedad preexistente, cualquiera que sea su forma y que tampoco esté vigente una reserva de denominación igual a ella, a favor de otros promotores o socios.

— Que una sociedad no constituida tampoco tiene denominación, de modo que la incorporación de su denominación a un registro público o, en concreto, a la subsección especial de la Sección de Denominaciones

del Registro Mercantil Central no podrá hacerse hasta tanto se haya formalizado en escritura pública y haya quedado inscrita en un Registro Mercantil Territorial.

— Que, no obstante lo anterior y aunque otra haya sido la práctica hasta hoy, conceptualmente cabe distinguir entre una denominación que tiene y usa una sociedad —ya existente— y una denominación, apta para ser usada por una sociedad, o si se prefiere por un tipo especial de sociedad —pero que aún no lo es por ninguna—, que pertenece a cualquier sujeto jurídico: una sociedad existente, sus socios o cualquier persona que se proponga o pueda llegar a constituir una sociedad y, a tal fin, y quizá con la suficiente antelación, se provee de ella, dejándola registrada y protegida a su nombre, para cuando llegue el caso. Esta opción requiere de un cauce legal que le dé virtualidad, claro, pero para eso están las nuevas normas.

Sobre esta base, analizaré las dos hipótesis de que se requiera y de que no se requiera obtener y utilizar una reserva previa de denominación social, distinguiendo, en el último caso, entre dos subsupuestos.

En el primer caso, el proceso debería ser el siguiente:

1. Los socios designarán el que de ellos prestará su nombre y apellidos a la denominación de la sociedad.
2. Formarán por sí mismos o solicitarán en el lugar y del organismo que corresponda el código alfanumérico correspondiente, en la forma que establezca la prevista Orden Ministerial.
3. Por sí o por medio de las Administraciones Públicas, y de las entidades sin ánimo de lucro que constituyan los citados PAIT, solicitarán del Registro Mercantil Central la expedición de la correspondiente certificación negativa y la oportuna reserva, en la forma y con los efectos establecidos en los artículos 395 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

La denominación solicitada, con toda seguridad, no corresponderá a ninguna otra sociedad limitada Nueva Empresa, pues, cualquiera que sea el procedimiento de asignación de códigos que haga la Orden Ministerial, si cumple con el mandato del párrafo 1, del artículo 131, la denominación será original, respecto de otras sociedades Nueva Empresa ya creadas o por crear en el futuro. Sin embargo, nada impide que la denominación de una mercantil, por supuesto de las ya existentes, con cualquier otra forma social, esté formada por la suma de un nombre y dos apellidos y una expresión alfanumérica. De modo que, por improbable que resulte, antes de asignar la denominación será preciso que el registrador del Mercantil Central haga la pertinente comprobación. Por ello, sería sin duda

prudente que se estableciera la limitación de que, en adelante, sólo las sociedades limitadas Nueva Empresa puedan formar su denominación por esa combinación de nombre, apellidos y un código alfanumérico, pero tal limitación no existe hoy por hoy.

4. Presentarán el certificado negativo, durante la vigencia de la reserva que provoca, al notario que ha de autorizar la escritura de constitución. Notario que no realizará comprobación alguna de que no existe ninguna denominación social idéntica a la que se le presenta, sino que, respetando y ejecutando, como no podría ser de otra manera, la eficacia de la fe pública inherente a la certificación registral que se le entrega, tendrá por plenamente acreditado que no existe tal duplicidad.

(Entre paréntesis, quiero llamar, en este punto, la atención sobre una cuestión marginal: Según se interprete la Ley, como después veremos, puede darse una al menos aparente contradicción en la determinación de las personas legitimadas para solicitar la certificación sobre la denominación: el artículo 131 dice que las certificaciones sólo las puede solicitar y sólo se pueden expedir por y para un socio o un tercero en su nombre; y el artículo 134, que el notario comprobará la originalidad registral del nombre a usar. Si se trata de que el notario solicite y obtenga información registral al respecto, sería de desear que la Ley no haya querido decir que lo que ordena hacer directamente a los notarios, como una actuación de oficio, es en realidad una actuación por otro; es decir, que espero que no se trate de configurar al notario como un tercero que actúa en nombre del socio y no como una autoridad que verifica el cumplimiento de un requisito legal.)

5. Instarán la inscripción registral de la sociedad constituida en el Registro Mercantil correspondiente al territorio donde la sociedad tendrá su domicilio, y,

6. Por actuaciones de oficio ajenas a ellos, la denominación social quedará incorporada, entonces y no antes, a la creada subsección especial de la Sección de Denominaciones del Registro Mercantil Central.

Por lo tanto, ni será posible dar cumplimiento a la obligación que el artículo 134.4 impone al notario, ni habrá incorporación “inmediata” a la subsección especial, prescrita por el artículo 131.4, puesto que, en el contexto de ese artículo 131, la inmediatez está referida a la formación de la denominación y no a la constitución (escritura pública más inscripción) de la sociedad.

Aunque, eso sí, el socio cuyo nombre usa la sociedad u otra persona en su nombre podrá efectivamente solicitar y obtener una perfectamente inútil certificación, con la que podrá acreditar que la sociedad tiene el nombre que para ella consta en su título constitutivo.

En el caso de que, por el contrario, se interprete que la constitución

de una sociedad no requiere obtener un certificado negativo de denominación, vigente, el proceso sería el siguiente:

7. Los socios designarán, igualmente, el que de ellos prestará su nombre y apellidos a la denominación de la sociedad y formarán por sí mismos o solicitarán en el lugar y del organismo que corresponda el código alfanumérico correspondiente, utilizando un procedimiento, que establecerá la repetida Orden Ministerial prevista en el artículo 131.

8. Tal procedimiento deberá garantizar que la denominación social sea original, pudiendo a tal efecto utilizar estrategias similares a las siguientes:

a) Que se compruebe que no existe ya y –tal vez– que se ordene que no pueda constituirse en el futuro sociedad alguna cuya denominación pueda ser igual a la formada por cualquier posible combinación de un nombre y unos apellidos y un código alfanumérico del tipo de los que establezca la Orden.

b) Que el organismo administrativo que asigne el código o el notario que autorice la escritura puedan comprobar, mediante el pertinente acceso en línea al Registro Mercantil Central, que la denominación que se va a usar en la constitución no lo tiene ninguna otra sociedad pre-existente ni está reservado para cualquier otra; así como que una u otra autoridad actuante, el organismo administrativo o el notario, pueda inscribir, por sí y también inmediatamente, el nombre que acaba de ser usado en el citado Registro Central, de modo que pueda servir de obstáculo a cualquier otra nueva constitución, incluso una casi coetánea, pero posterior.

Una variable del procedimiento que acabo de señalar, quizá la más respetuosa (aunque nunca del todo), con el texto legal, sería la siguiente:

9. Los socios designan el que de ellos prestará su nombre y apellidos a la denominación de la sociedad y forman por sí solos o solicitan el código diferenciador, según diga la Orden Ministerial.

10. La asignación de tal código se hace de forma que queda garantizada la originalidad de la denominación, basándose en alguna estrategia adecuada, según hemos visto.

11. De manera inmediata, como dice el artículo 131, la denominación social, desvinculada de cualquier sociedad (en realidad, y por razón de tiempo, una denominación que con toda seguridad no la tiene ninguna sociedad existente), es objeto de inscripción en la subsección especial del Registro de Denominaciones, en donde quedaría inscrita –no meramente reservada– de modo definitivo –no de modo transitorio ni sujeto a caducidad alguna–, impidiendo así su uso por cualquier otra sociedad

futura, excepto la sociedad que pretenda constituir aquella única persona que puede ser beneficiario de las certificaciones –que ahora serán positivas y no negativas– del Registro Central: “el socio fundador que figura en la expresada denominación”.

12. Los socios fundadores se dirigen a un notario, bien portando la certificación positiva a que se refiere el artículo 131 o bien pidiendo al notario que, por sí mismo y con arreglo a la legislación registral, compruebe, no, en sentido negativo, “que no existe ninguna denominación social anterior idéntica a la de la sociedad que se pretende constituir”, como dice, según esta interpretación, por error, el artículo 134, sino, por el contrario, compruebe que alguno de los socios fundadores tiene inscrito a su favor la misma denominación que los fundadores quieren darle a la naciente sociedad (con el grave, aunque improbable, problema añadido de evitar que la denominación formada a instancia y en beneficio de una persona sea utilizada por otra con sus mismos nombre y apellidos).

El segundo de los procedimientos apuntados no puede en realidad ser juzgado ni comparado en relación con los demás, porque se basa de modo esencial en actuaciones que hoy por hoy carecen de amparo legal, como es el acceso directo y ejecutivo al Registro Mercantil Central, por notarios u organismos administrativos: ya sea para comprobar, en el preciso momento de la constitución, que no existe concedida o reservada ninguna denominación idéntica a la que se pretende usar; ya sea –y esto es aún más fundamental– para dejar anotado con efectos inmediatos que la denominación ya está asignada y no podrá ser usada ni reservada a favor de ningún otro. Ciertamente que, como recuerda la Exposición de Motivos, en el Consejo Europeo de Lisboa, los Estados miembros se comprometieron a “(ampliar) las posibilidades de inscripción, en línea, en los registros”, pero, al menos esta Ley, no da cumplimiento a tal compromiso.

La última de las opciones que he presentado me parece, no solamente, como ya he dicho, la más respetuosa con el texto legal, sino también la más acorde con lo que pueden considerarse los objetivos sociológicos de la nueva regulación: celeridad, elusión de trámites innecesarios y uso de las nuevas tecnologías. A título anecdótico si se quiere, pero puede tenerse en cuenta que básicamente así es el proceso de asignación y uso de los nombres –específicamente llamados “dominios”– que distinguen a unos de otros en Internet.

A falta de conocer el contenido de la tan repetida Orden Ministerial y, por tanto, los procedimientos de asignación de códigos que establezca, de momento, sólo cabe decir que el primero de los procedimientos que he indicado, además de mantener toda la ineficacia del sistema actual,

lento y costoso, de obtención de una denominación social hábil, acrecentaría la burocracia de la propia obtención de tal código.

Y debo añadir que, en todo caso, un aspecto esencial de los trámites precisos para la creación de una nueva sociedad no debería en ningún caso haber quedado al albur de lo que disponga una norma de rango tan menor y por tanto de contenido tan potencialmente inestable como una Orden Ministerial. Todas las incógnitas enunciadas deberían haber tenido una respuesta clara en esta Ley.

Otros datos de identificación social

Salvado el primer escollo y obtenida la denominación, los socios fundadores deberán proporcionar al notario (o al intermediario –gestoría, asesor, PAIT, etc.– que intervenga) otros datos necesarios, a saber: identidad de todos los socios; cifra del capital social; objeto y domicilio social y primer sistema de administración. Al menos.

Excepto el primero, los demás son contenido propio de los estatutos sociales, a los que me voy a referir seguidamente. Y, salvo el relativo al domicilio, todos los demás son objeto de la atención especial de esta Ley.

En cuanto a la identidad de los socios, la Ley establece tres prohibiciones directas y alguna indirecta. Así, no podrán ser socios, por constitución o aumento de capital (esto es, por adquisición originaria), las personas jurídicas; en segundo lugar, el número de los fundadores no podrá ser superior a cinco; en tercer lugar, no podrá adquirir la condición de socio, ni de forma originaria ni derivativa, los que ya sean socio único de otra sociedad limitada Nueva Empresa (esto último en realidad y como ya hemos visto, implica más bien la prohibición de constitución).

La limitación indirecta es una consecuencia más del tan original régimen de la denominación social: tampoco un matrimonio, por ejemplo, podrá constituir más de dos sociedades limitadas Nueva Empresa, puesto que deberían repetir denominación (salvo que la tan socorrida Orden Ministerial tenga en cuenta y sepa solucionar este particular problema).

Con aplicación al tema que ahora trato, pero también, desgraciadamente, a la mayor parte de las normas que integran el nuevo régimen jurídico, no se puede dejar de advertir que son de contenido negativo. Si partimos de la base de que la Ley viene a reparar una carencia y que, como ella misma dice, nace con el propósito de mejorar y simplificar las condiciones necesarias para la creación de empresas, acudiendo a fórmulas societarias sencillas y mejor adaptadas a la realidad de las empresas más pequeñas, tal parece que a quienes opten por acogerse a su régimen muy poco esfuerzo se hace por convencerles de sus ventajas y que, por

el contrario, lo que se les va a exigir es que respeten limitaciones y restricciones cuya utilidad ni siquiera se intenta explicar y que a veces son tan poco consistentes (no hay limitación del número de socios, pero sí de fundadores, por ejemplo), según el propio texto de la Ley, que no parecen ser sino hitos en una caprichosa carrera de obstáculos.

Tal ocurre, como hemos visto, en lo relativo a la formación de la denominación social. –Y no se diga que es el precio a pagar a cambio de garantizarse de antemano la originalidad y que la mayor pérdida de tiempo es la que provoca el tener que reiniciar el proceso, cuando todas las denominaciones solicitadas vienen rechazadas. Si realmente los socios y sus asesores hubieran estado (o lo están ahora) dispuestos a prescindir de toda consideración de utilidad y específicamente de las de tipo comercial, hace tiempo que hubieran acudido, para formar sus denominaciones sociales, a técnicas criptográficas (precisamente de tipo alfanumérico), que igualmente les hubieran proporcionado originalidad, sin necesidad de ninguna Orden Ministerial.

Tal ocurre, y también como hemos visto, en el número de socios fundadores; y ocurre, como seguiremos viendo, en lo principal de las nuevas propuestas.

Capital social

Así, en cuanto al capital social, se establece una cifra máxima y mínima. Pero, no está ahí lo original ni lo malo de la restricción. En nuestro Derecho (y en el europeo, al que tratamos de seguir), todas las sociedades de capital tienen uno mínimo y la fijación de un capital máximo puede no ser más que una forma indirecta de delimitar el tipo económico al que la Ley se dirige: las pequeñas y medianas empresas. Lo original es lo que dice el punto 2 del artículo 135: “En todo caso, la cifra de capital mínimo indicada sólo podrá ser desembolsada mediante aportaciones dinerarias.”

Esta frase no es todo lo clara que debiera.

La expresión “en todo caso” sin duda incluirá –al menos– aquél en que la sociedad tenga un capital superior al mínimo que la Ley acaba de establecer (y por supuesto inferior al máximo que permite.) Pero, lo que no puede mantenerse es que una sociedad con un capital superior al mínimo tiene en realidad dos capitales o dos tramos de capital: uno, el mínimo y otro lo que excede de éste hasta el suyo propio. Esto es, una sociedad con un capital de, pongamos, tres mil trece euros no tiene una cifra de capital de tres mil doce euros (la cifra del capital mínimo) y otra cifra de un euro (el exceso sobre el capital mínimo); tiene un solo capital y

éste una sola cifra, la que matemáticamente lo expresa. Por ello, la frase trascrita del texto legal tanto podría significar una como otra de las dos siguientes explicaciones:

— Que el capital social deberá desembolsarse en dinero al menos en cuanto a la cantidad de tres mil doce euros, “en todo caso” —o sea, siempre—, pudiendo desembolsar el resto, en su caso —el caso de que el capital social sea de importe superior al mínimo legal—, hasta su cifra total, mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias, o bien

— Que, cuando el capital social coincida precisamente con el mínimo legalmente exigido, entonces deberá desembolsarse “en todo caso” —entendida esta expresión como sinónima de “necesariamente”— en dinero. Y, cuando el capital social sea superior al mínimo, entonces, los socios podrán desembolsarlo, en todo o en parte, mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias, a su elección; y, por tanto, admitiendo también la posibilidad de que todo él se desembolse en forma no dineraria.

En todo caso, si se me permite la expresión, el problema es que la limitación —una u otra— resulta injustificada (literalmente hablando, puesto que la Ley nada dice sobre el particular); no tiene parangón en ningún otro tipo societario; dificultará la creación de sociedades por “transformación impropia” de pequeñas empresas preexistentes, al no permitirles comenzar con las existencias, herramientas, etc., ya acumuladas, que, al menos en algún caso, deberán complementar o sustituir con dinero. Y, lo peor de todo, podrá suscitar dudas en la aplicación de la Ley, con las consecuencias —que esta Ley agrava, como veremos— de retrasar y complicar mucho los trámites de la constitución, por los motivos que los particulares menos entienden y más temen: por discusiones o disquisiciones técnicas, que nada les importan.

Objeto social

Continúa la Ley (en su art. 132) regulando el llamado objeto social y lo hace de forma que, aparentemente, anuncia multitud de polémicas.

La Exposición de motivos de la Ley resalta la importancia que el legislador le da a esta parte de la nueva regulación y, aunque no confío en absoluto en la eficacia de los llamados “elementos” de la interpretación (que para algunos son distintas interpretaciones), puede ser interesante acudir al llamado “auténtico” o del propio legislador para explicar los términos del conflicto.

Antes de entrar en ello, y como siempre, veamos las limitaciones:

— La primera que señalaré no puede ser más innecesaria: no podrán

incluirse en el objeto social actividades que únicamente puedan ser ejercidas por sociedades anónimas. Si aceptamos que las sociedades limitadas Nueva Empresa no son sociedades anónimas —lo que seguramente será pacífico—, entonces estará claro que: o bien no desarrollarán actividades exclusivas de esas particulares formas societarias, o bien no se tratará de actividades verdaderamente reservadas a las sociedades anónimas, o bien las leyes no se cumplen. Y esto último ya no es problema del legislador.

— La segunda limitación afecta al desempeño de aquellas actividades que, por ley, caracterizan a la sociedad como patrimonial. Sin embargo, como en realidad la legislación fiscal, a la que esta Ley pasa el control, no define a las sociedades patrimoniales únicamente ni siempre por el criterio de su objeto, el legislador; con toda lógica, no se limita a excluir de los aceptados un presunto “objeto patrimonial”, sino que niega el acceso a la propia forma societaria Nueva Empresa. El problema es que, tal como lo hace, incurre en una contradicción en términos: si a una sociedad le resulta aplicable el régimen del capítulo VI del título VIII de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, es que ya existe y, por tanto, no será problema de que no pueda “adoptar” la forma social, sino, como bien dice el artículo 142, de que deberá disolverse.

— Lo que en realidad quiere decir seguramente el punto 4 del artículo 132 es que, cuando por las previsiones y disposiciones iniciales de los socios, entre las que sin duda es muy relevante el objeto social, la sociedad que van constituir va a incidir necesariamente en la consideración fiscal de patrimonial, entonces no deberán adoptar esta forma social que ahora nace.

Por ello, la norma hubiera tenido mejor encaje fuera del artículo dedicado precisamente a la regulación del objeto social.

— Por último, dice el artículo 132 que no podrán incluirse en el objeto social actividades “cuyo ejercicio implique objeto único y exclusivo”. La frase es como mínimo reiterativa y confusa y parece contener una petición de principio. La forma más sencilla de interpretar la frase “actividades cuyo ejercicio implique objeto único” es referirla a aquellas actividades simples o sencillas que tienen una única finalidad u objetivo.

Sin embargo, es imposible entender que la Ley haya pretendido impedir que las sociedades limitadas Nueva Empresa se formen con el propósito de desarrollar una única actividad o que esa actividad singular sea una concreta, que como tal se exponga. En cuanto a lo primero, porque el punto 1 del mismo artículo 132 dice exactamente lo contrario: que el objeto social podrá tener “todas o *alguna*” de las actividades que enun-

cia; y, en cuanto a lo segundo, porque la lista de objeto del artículo 132 tanto contiene actividades genéricas, tal es el caso de las comerciales o las de servicios, como concretas, casos de la ganadería o la pesca.

Fiándolo todo a la sola y dudosa percha del término “exclusivo”, creo que lo que el legislador ha pretendido decir –y no ha dicho– es que no podrán los socios incluir en el objeto social aquellas actividades que, por alguna norma imperativa, no puedan ser compatibilizadas o acompañadas por otras cualesquiera. No conozco ejemplos de ello en la práctica (únicamente, de casos en que la obtención de ciertos beneficios o privilegios, especialmente fiscales, requiere que la sociedad limite su actividad a la que los provoca y que no sólo así lo cumpla en la práctica, sino que formalmente excluya la mención de ninguna otra actividad o propósito mercantil, en la redacción de su objeto); pero, no dudo que tales casos existan o puedan existir.

Pero, una explicación así vuelve a ser absurda por superflua: si alguna norma exige que una actividad se desarrolle en régimen de exclusiva y, sin embargo, se añade a otras, la norma violada será aquella y no esta Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa.

Lo que en definitiva creo es que la situación sería similar a la del punto anterior y en realidad también a la del primer punto: que lo que se ha querido decir es que no podrán adoptar esta forma social quienes pretendan desarrollar una actividad que las leyes exijan que sea la única de la mercantil que la lleve a cabo; así como no podrán desempeñar actividades reservadas a las sociedades anónimas ni acoger el fenómeno de las llamadas sociedades patrimoniales.

Y volviendo ya al régimen general del objeto social, regulado ahora en positivo, la Exposición de motivos se expresa al respecto con toda claridad. Dice que: “Se establece un objeto social amplio y de carácter genérico, cuya función no es otra que la de permitir una mayor flexibilidad para el desarrollo de actividades económicas diferentes, sin necesidad de tener que acudir a continuas modificaciones estatutarias”; y que “esta decisión obedece a una realidad constatable, que no es otra que la del carácter cambiante de los pequeños negocios durante sus primeros años de actividad”.

En efecto, pocas cosas tan conflictivas, en sede de la calificación de los registradores mercantiles y los recursos interpuestos contra ellas, como la asignación a las nuevas sociedades de un objeto social.

Las indicaciones de los socios –y también frecuentemente de sus asesores– suelen necesitar de una “traducción” a la terminología jurídica (lo que puede dejar la duda de si realmente se sigue respetando su propósito). Pero, sobre todo, las restricciones introducidas por el Reglamento del Registro Mercantil (cuya capacidad para limitar las disposiciones de las

leyes y los códigos mercantiles aparentemente nadie discute) y su poco uniforme interpretación por parte de los distintos registradores (y también por parte de los distintos notarios, claro, aunque las consecuencias prácticas de una negativa a autorizar de un notario no son iguales a las de una negativa a inscribir de un registrador), hacen realmente difícil hoy día constituir muchas sociedades sin el temor a la devolución del documento, en el trámite de su obligada inscripción registral.

Sin duda pensando en este problema, añade a lo transcrito la referida Exposición de motivos que “además, un objeto social así definido permite facilitar la calificación e inscripción de la escritura de constitución de la Nueva Empresa”. Pero, lo cierto es que, si tal cosa ocurre, no será la “definición” del objeto, que hace la Ley, la que haya facilitado la inscripción, sino la contradicción abierta y el choque frontal que la redacción del objeto que hace la Ley representa frente a las disposiciones del Reglamento del Registro Mercantil (que hemos de recordar que en su art. 117 dice que: “En ningún caso podrá incluirse como parte del objeto social la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio ni emplearse expresiones genéricas de análogo significado”) y a la interpretación que de tales normas viene haciendo reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Más adelante tendré ocasión de extenderme sobre las consecuencias de las calificaciones registrales desfavorables a la inscripción de la Nueva Empresa; así como sobre las consecuencias de la utilización de los recursos contra las mismas que prevé la normativa registral, pero, en lo que a este punto se refiere, lo cierto es que, en el momento actual –con la Ley aún no entrada en vigor o simplemente antes de ella– y con las resoluciones de la citada Dirección General del Ministerio de Justicia en la mano, unos estatutos que se limitaran a transcribir, en el artículo correspondiente al objeto social, lo que literalmente dice la Ley y, acaso, algún párrafo complementario, tomado de la Exposición de motivos de la misma Ley, impedirían sin duda –por la calificación negativa del registrador– la inscripción y consiguientemente la constitución de la sociedad que por ellos pretendiera regirse.

De hecho, y como en este punto globalmente nada cambia, será interesante ver qué incidencia tiene esta Ley –y esos estatutos sociales estandarizados que se anuncian– en la práctica registral, respecto de todo tipo de otras sociedades.

En todo caso, lo que dice la Ley (que es lo que cuenta) y lo que dice la Exposición de motivos no es de ningún modo lo mismo. El artículo 132 de la Ley no establece “un objeto social amplio y de carácter genérico”; en realidad, no establece ningún objeto y únicamente limita algunos, según vimos antes.

Lo que sí hay son unos ciertos objetos o unas ciertas actividades cuya inscribibilidad, en el Registro Mercantil, parece garantizada por la propia Ley.

De forma tan poco clara como suele ser la técnica de esta Ley, el punto 2 del artículo 132 de la Ley parece no permitir la “paralización” de la inscripción en el caso de que el objeto social esté formado únicamente por todas o algunas de las actividades que señala el punto anterior. Y, efectivamente, algunas de esas actividades son amplias, algunas son de carácter genérico y algunos son lo que la Dirección General de los Registros y del Notariado llama omnicomprendivas. (De hecho, si una sociedad Nueva Empresa se constituyera con el objeto social del “comercio”, sus administradores no tendrán que volver a preocuparse por si lo exceden con sus actuaciones.)

Pero, eso no impide a la sociedad que tenga cualquier objeto lícito; ni a los socios enmarcar dentro de él y a efectos internos la actividad de sus administradores. Lo que no podrá, como después veremos, y en lo que representa el obstáculo máximo en la alegre carrera de éstos que el legislador ha dispuesto para los Nuevos Empresarios, es modificar los estatutos iniciales, para dar entrada a nuevas actividades, ni lícitas ni no lícitas, ni exclusivas ni compartidas; ninguna. O las incluye desde la constitución o, para ejercer nuevas actividades, necesitarán los socios disolver la actual y constituir una nueva sociedad limitada Nueva Empresa. (Todo ello en el supuesto caso de que fuera necesario o siquiera conveniente modificar el objeto social para que la sociedad diversifique sus actividades.)

Volviendo al tema de la calificación registral, esta salvaguarda que la Ley hace de determinadas actividades, aparte de ser –si es– la única prohibición de calificar negativamente que conozco, no resuelve, creo, todos los problemas. Siguiendo la doctrina de la ya reiteradamente citada Dirección General de los Registros y del Notariado, los artículos estatutarios relativos al objeto social se han ido llenando de una serie de coletillas que intentan limitaciones relacionadas con actividades sometidas a licencia o autorización administrativa o reservadas a ciertas profesiones o funciones económicas. (La conversión en cláusulas de estilo de algunas de estas matizaciones, colocadas indiscriminadamente en los estatutos, han conducido a redacciones confusas o incluso ridículas, que sorprendentemente funcionan muy bien en la práctica.)

Algunas de esas matizaciones o precauciones han nacido en referencia a objetos sociales de los mencionados en el artículo 132. ¿Habrà que seguir añadiéndolas, por las razones que expresan las resoluciones de la citada Dirección General de los Registros y del Notariado? ¿Se dará el caso de que, si se añaden, el registrador ya sí que podrá calificar libre-

mente y, por tanto y en su caso, denegar la inscripción, mientras que si no se añaden y los objetos en cuestión se incluyen sin más, el registrador tendrá vedado su examen y deberá inscribirlos en todo caso?

Órgano de administración

Por último, y para completar esta fase previa y preparatoria de la constitución, los socios decidirán la estructura del primer órgano de administración y proveerán los cargos del mismo.

Dedica a este tema la Ley el artículo 139, que contiene también normas relativas a su duración, remoción, retribución y capacidad representativa de la sociedad.

Además, y como siempre, establece prohibiciones o limitaciones a la autonomía de la voluntad de los socios: no puede encomendarse la administración a un Consejo ni pueden los administradores mancomunados dotarse del régimen de funcionamiento propio de un Consejo de Administración, de un lado; no puede nombrarse administradores a quienes no sean socios, de otro.

De nuevo, prohibiciones aparentemente gratuitas y poco claras. La Ley (ni ésta ni otras) no dice qué es un régimen de funcionamiento propio de un Consejo de Administración. ¿Quiere decir la Ley que los administradores no podrán reunirse? o ¿que no podrán llevar un libro de actas?

En todo caso, entiendo que no podrán los socios utilizar la figura de los consejeros delegados; única forma que conozco de dar respuesta a su frecuente petición de un sistema de administración en el que, para ciertas cosas, los administradores –o algunos de ellos– puedan actuar solidariamente y, para otras, deban hacerlo mancomunadamente.

En cuanto a la duración del cargo, y sin salirnos del proceso constitutivo, el punto 4 del artículo 139 parece destinado a resucitar la extinta controversia entre la constitución y la primera Junta general. Cuando los socios quieran limitar en el tiempo el mandato de los administradores, en contra de la previsión general de duración indefinida, ¿tendrá valor y eficacia la tradicional argucia de, en la propia escritura fundacional, añadir un apartado en que los socios dicen, en estos o parecidos términos: “Constituida la sociedad y dando a este acto el valor de Junta general universal, cuya celebración acuerdan por unanimidad, los socios fijan la duración de cargo del administrador en...”

Estatutos sociales

Cumplido lo necesario, resta lo obligatorio. Los socios se dotarán de unos estatutos particulares. Y dispondrán para ello de la inestimable ayuda de los “estatutos sociales orientativos”, que va a aprobar el Ministerio de Justicia.

Como antes decía, el que los socios utilicen unos estatutos estandarizados es lo normal. Con motivo de la fundamental reforma del Derecho de Sociedades del año 1989, algunos notarios y registradores (entre los que tuve la doble suerte de encontrarme; doble porque se me admitió entre ellos y porque es casi la última ocasión que recuerdo de colaboración profesional estrecha, fructífera y bien llevada de notarios y registradores, en un modelo de relación que ojalá vuelva pronto, como debiera, a ser la regla y no la excepción) llegamos a redactar unos modelos de escritura de constitución y de estatutos de sociedades, anónimas y limitadas, que han llegado a los últimos rincones y se usan en muchos más casos de los que sus autores previmos.

La actual Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en su artículo 29, contiene también una regulación estatutaria orientativa, aplicable “por defecto”, de la transmisión de participaciones sociales; y lo mismo ocurre con la duración del cargo de administrador, en el artículo 60, entre otros ejemplos.

Cuando algunos profesionales, por motivos de higiene intelectual, se resisten a que se les impongan formularios o modelos preestablecidos, en realidad lo que reivindican es usar sus propios modelos; puesto que, en todo caso, la inmensa mayoría de sus clientes no podrán, ni sabrán, ni querrán decidir, por sí, ni con ayuda, el contenido de los estatutos de las sociedades que constituyan. Y si algún motivo particular aconseja desviarse en todo o en parte del modelo, sin duda el profesional sabrá aconsejar a los particulares que utilicen la ocasión que la Ley les da, en su artículo 134, de “incluir (en la escritura de constitución) los pactos y condiciones que los socios tengan por conveniente, siempre que no contravengan lo prevenido en este capítulo”.

Pero, lo cierto es que los estatutos de las sociedades limitadas Nueva Empresa tienen una particularidad muy especial: no pueden ser modificados en casi nada –en realidad, y desde la concepción que voy a exponer, no pueden ser modificados en nada– después de constituida la sociedad.

La decisión es pues bastante más crucial que en la constitución de una sociedad de cualquier otro tipo.

Por otro lado, el uso del modelo ministerial de estatutos tiene importantes consecuencias prácticas. Cuando se usen, el registrador mercantil deberá calificar e inscribir la sociedad en plazo de veinticuatro horas.

Ahora bien, como el modelo tendrá que dejar lugar, necesariamente, para que los socios incluyan los datos que antes he llamado de su identificación particular (denominación social, domicilio y capital social, al menos), habrá que considerar con igual necesidad que el contenido de tales apartados, sea uno u otro, no cuestiona la utilización del modelo oficial.

Hasta la aparición de tal modelo, me cabe la duda de si el Ministerio decidirá incluir en él, como objeto social, la suma de todos los que lista el primer punto del artículo 132 o si será también un “espacio en blanco”, a rellenar por los interesados. Del mismo modo, me resta por comprobar si el modelo incluirá los tres únicos sistemas de administración que la Ley permite: administrador único; varios solidarios o varios mancomunados (que no formen Consejo) –en consonancia con la simultaneidad que permite la Ley de Limitadas y no la de Anónimas–; si, por el contrario, elegirá como más aconsejable uno de tales sistemas o si, como antes dije, dejará el espacio en blanco en el modelo. La segunda opción me parece absolutamente improbable; la tercera, no tanto, pero sí creo que sería una decisión irresponsable, puesto que, textualmente al menos, esta no es ninguna de las materias que el artículo 140 permite modificar en los estatutos sociales.

En todo caso, la frase del punto sexto del artículo 134: “siempre que se utilicen los estatutos sociales a que se refiere el apartado segundo de la disposición adicional décima”, como condicionante de la casi instantánea calificación registral, creo que tendrá que interpretarse en el sentido de que se utilice el modelo en todo aquello que éste no deje para que los interesados lo completen. De hecho, el artículo 132, en su punto 2, puede que deba ser interpretado precisamente en ese sentido, como hemos visto.

Podría ser –ya lo veremos, cuando se publiquen– que los modelos oficiales dejen además otros apartados por rellenar. Por muy simplificados que pretendan ser los estatutos orientativos, no parece nada fácil decidirse –y menos cuando no cabe posibilidad de enmienda– por la conveniencia de decidir la inclusión o exclusión de normas estatutarias que la Ley (ésta y la general de Sociedades Limitadas) permite y cuya utilidad no puede ser cuestionada en abstracto. Tal sería, por poner algunos ejemplos: el carácter gratuito o remunerado del cargo de administrador; la posibilidad de nombrar o no administradores suplentes; o de que la Junta General instruya o no a los Administradores; o incluso la de la forma de convocar la Junta general, atendiendo precisamente a las novedades que introduce esta Ley.

Claro que también puede optar el ministro por hacer unos estatutos tipo “test”, con muchas opciones, en los sitios estratégicos, de manera que la elección de una u otra siga siendo considerada como “utilización” del modelo.

Consideraciones todas estas bastante absurdas, desde el punto de vista de la técnica jurídica, pero que se hacen imprescindibles si tenemos en cuenta que, en mi opinión, y como ya he dicho repetidamente, la utilización de todo el tipo societario de la sociedad limitada Nueva Empresa estará enteramente condicionada a que, en la subjetiva apreciación de los constituyentes, predominen las ventajas de simplificación y aceleración de trámites y de concesión de beneficios fiscales que contiene la Ley, sobre sus inconvenientes. En ese contexto, no cabe duda de que si el plazo de inscripción, en el Registro Mercantil, de la sociedad depende de manera tan notable (un día frente a quince días) de la utilización de un cierto modelo de estatutos, la fuerza de la corriente a favor de tal uso será intensa, tanto entre los propios interesados como entre sus asesores; máxime cuando lo más probable es que, a diferencia de otras exigencias que ya hemos visto, ésta no sea sentida como algo negativo por dichos interesados.

Y, en este sentido, es importante precisar el alcance de la obligación impuesta a los registradores de calificar e inscribir en plazo de veinticuatro horas.

En mi opinión, la dificultad puede ser la siguiente: el plazo para calificar e inscribir, según la Ley, es de veinticuatro horas, contadas desde el asiento de presentación o desde el momento de presentación de los documentos de subsanación, cuando tales haya, según la calificación registral. Ahora bien, ¿qué pasa si el registrador aprecia existencia de defectos en los estatutos?

Frente a lo establecido en el artículo 132 (y en mi opinión de manera muy poco clara), el punto 6 del artículo 134 no impide ni limita la facultad calificadora del registrador; todo lo contrario: la presupone y afirma, desde el momento en que señala un plazo para su ejercicio.

Por lo tanto, si el defecto se opone a la propia redacción del modelo estatutario del Ministerio, o si se quiere a esa parte que he llamado fija, las alternativas que se le presentan al interesado no son buenas. Si se conforma con el defecto y lo subsana, ya no podrá decirse que los estatutos cuya inscripción solicita se correspondan con el modelo oficial; si no se conforma, deberá poner en marcha el procedimiento del correspondiente recurso ante la Dirección General. En ambos casos —e incluso teniendo en cuenta la importante reducción del plazo de resolución del recurso contra la calificación, que hace la Disposición adicional décima de la Ley—, las veinticuatro horas del artículo 134 se van a multiplicar muchas veces.

De ninguna manera, estoy aventurando con esto un uso fraudulento por parte de los registradores de su potestad calificadora, que pudieran denegar la inscripción, sobre la base de defectos que ellos mismos consi-

deren inexistentes y con la exclusiva finalidad de burlar los perentorios plazos de la misma.

Al contrario, lo que digo es que, si modelos redactados con su mejor voluntad y ciencia por notarios, por grupos de notarios e incluso por grupos concertados de notarios y registradores mercantiles; modelos que en absoluto pretendían ser conflictivos ni exprimir al máximo las posibilidades legales, como por otro lado es lo natural en cualquier texto estándar; todos ellos, digo, han tenido muchas dificultades, en uno u otro Registro de España, ¿por qué debemos suponer que el texto orientativo, por el hecho de proceder de un Ministerio, habría de ser pacíficamente aceptado por todos los registradores? Incluso por todos los notarios, aunque ya dije antes que las consecuencias de la negativa de un notario a autorizar no plantea a los interesados las mismas dificultades prácticas que la negativa de un registrador a inscribir.

Y además, en la fase del recurso que tiene lugar ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, ¿puede ésta contradecir la decisión de su superior, el ministro de Justicia, plasmada en una orden? Y, al contrario, ¿qué pasaría si el recurso terminara por confirmar la procedencia del defecto? ¿Tendría sentido seguir utilizando en tal caso el modelo?

El tiempo dará respuesta a todas estas preguntas, pero me parece conveniente planteárselas desde ahora. Por mi parte, debo decir que, de lo expuesto, no saco en absoluto la conclusión de que la estrategia adecuada, al menos no la de los notarios, sea la de combatir el uso del modelo de estatutos oficial, sino todo lo contrario.

Constitución de la Sociedad Limitada Nueva Empresa

Concluida la toma de datos, procede ya la constitución propiamente dicha de la sociedad. La Ley regula esta cuestión principalmente en su artículo 134, que ya he citado en varias ocasiones.

No me cabe duda de que es esta fase o momento el que la nueva Ley y todo el conjunto de la nueva regulación consideran fundamental. Creo que aquí está la esencia de lo que el legislador se ha propuesto conseguir y que todo lo demás, incluida la (por mí apreciada) rigidez del resto del marco jurídico, se orienta a la obtención de ese objetivo principal y, si fuera preciso, lo justifica en él.

Se nos presenta un proceso constitutivo simple, tutelado, modernizado y breve; extraordinariamente urgente, más bien; que, recordando a nuestros clásicos, pasará, “en horas veinticuatro, de las musas al teatro”.

La regulación legal (que insisto no es toda) del trámite o proceso estrictamente constitutivo de la sociedad está, al menos:

- En el artículo 134 de la Ley.
- En la disposición adicional octava, que ahora se añade a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
- En el capítulo XI de la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, de fecha 27 de diciembre de 2001.

Las dos primeras normas citadas tienen además otros contenidos, que algunos ya hemos visto; procede por tanto ahora considerar sólo la parte correspondiente a este apartado.

La técnica utilizada es en cierto modo similar a la usada en los testamentos: se ordena a quien se puede hacerlo y se ruega en los demás casos. Esto es, se ordena a notarios y registradores y se ruega a las Administraciones públicas y a los agentes sociales.

Lo que los notarios deben hacer, según esta nueva normativa, es lo siguiente:

1. Comprobar que no existe ninguna denominación social anterior idéntica a la de la sociedad que se pretende constituir.

2. Autorizar, inmediatamente, la escritura de constitución,
— *pudiendo* utilizar “técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas”.

3. Remitir telemáticamente al Registro Mercantil copia autorizada de tal escritura, amparada bajo firma electrónica avanzada. Remitir copia autorizada, por iguales medios a los señalados en el punto anterior, a otros registros y dependencias de las Administraciones públicas “cuando ello sea necesario”.

4. Alternativamente a lo anterior y cuando los socios, con carácter previo al otorgamiento, hayan eximido al notario de las obligaciones establecidas en este artículo 134, expedir y entregar al interesado, en plazo de veinticuatro horas, copia autorizada de la escritura de constitución.

5. Confeccionar su parte del Documento Único Electrónico (DUE) y acoger y dar el curso que se determine a la parte registral del mismo DUE, que le remita el registrador.

6. Servir a los constituyentes —o a la sociedad, según se mire— de “representante” o gestor, para la realización de los trámites conducentes a la constitución de la sociedad. En ejercicio de tal gestión:

a) Remitir la [copia de la] escritura y el DUE a la Administración tributaria, para la obtención del número de identificación fiscal.

b) Presentar la autoliquidación del impuesto de Transmisiones Patrimoniales, concepto Operaciones Societarias.

c) Remitir copia autorizada de la escritura al Registro Mercantil, para su inscripción.

7. En su caso, siempre que esté de acuerdo con la calificación registral y cuando sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 153 del Reglamento Notarial, en sus tres primeros párrafos, subsanar los defectos de la escritura, en plazo máximo de veinticuatro horas.

8. Expedir, en plazo máximo de veinticuatro horas, copia autorizada, en soporte papel, de la escritura de constitución ya inscrita, haciendo constar en ella:

- a) El número de identificación fiscal provisional que tenga asignado.
- b) El cumplimiento de lo señalado en el apartado a, del punto 6, anterior.

9. Si se le solicita por los fundadores remitir a los organismos de la Seguridad Social los documentos necesarios para cumplir las obligaciones de la sociedad en dicho ámbito.

La simple enunciación, aún reordenada –ya que la redacción del artículo es bastante tortuosa–, de la secuencia de actuaciones ordenadas al notario pone en evidencia algunas inconsistencias.

Salvo lo de las veinticuatro horas, casi todo lo demás resulta dudoso o discutible. Así:

1. Ya dije antes que no es nada seguro que el notario pueda hacer comprobación alguna relativa a la originalidad de la denominación que se pretende usar.

2. La inmediatez o no de la autorización de la escritura, quizá porque el legislador confunde –el concepto o el uso– otorgamiento con autorización, no puede corresponder al notario, sino a los socios. El notario autorizará inmediatamente al otorgamiento, claro, pero eso ya lo dice la legislación notarial; lo que no puede decidir es el momento del otorgamiento; en realidad, no puede influir de ninguna manera en que se otorgue o no la escritura, menos aún influirá en el momento en que tal cosa vaya a ocurrir. Pero eso son conceptos básicos, que sin duda el legislador no ignora y que esta Ley no ha podido pretender cambiar.

a) El uso, en el otorgamiento, de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas, de acuerdo con la legislación específica –a la que se remite el art. 134–, la verdad no puede considerarse demasiado relevante. La legislación específica más importante es la Ley de Medidas Fiscales,

Administrativas y del Orden Social, pero, según sus artículos 110 y 111, la utilización de la firma electrónica no se prevé más que para las comunicaciones entre autoridades, ya sean notarios, registradores, Administraciones públicas u órganos jurisdiccionales, y no para los otorgamientos. Lo que el citado artículo 111 de esa Ley llama “formalización de negocios a distancia” (aparte de que sigue sin contar con el imprescindible desarrollo reglamentario que habilite su uso) no es de ningún modo una manera distinta a la tradicional de otorgar documentos: los otorgantes “distantes” estarán en todo caso en presencia de notario –cada cual de un notario distinto–, y lo que se prevé es facilitar, electrónicamente, la comunicación entre esos distintos y distantes, de modo que se forme un *único documento que recoja todos los otorgamientos simultáneos*.

Y este asunto es y puede ser importante, pues son bien conocidas las pretensiones de ciertos agentes sociales de que se permita y se legisle el otorgamiento a distancia del notario, sustituyendo la presencia física por una presencia electrónica, remitida al notario telemáticamente. Naturalmente, el legislador podría haber introducido esa nueva manera de otorgar escritura; lo que no puede –no debería– hacer es limitarse a sugerir que el otorgamiento “podrá” realizarse “a través de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas” y hacer creer que puede hacerse o que va a hacerse pronto o que podrá hacerse cuando y si el notario quiere, cuando tal posibilidad ni la establece ni la regula y además resulta que se opone frontalmente a la única normativa actualmente vigente, a la Ley y el Reglamento Notarial y a la citada Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que está especialmente dictada para regular esta situación y que además tiene poco más de un año. Eso es sencillamente irresponsable.

En cuanto a las normas que regulan el uso de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por parte de las Administraciones públicas, a que se refiere también el artículo 134, no está claro si son las de carácter general, como la pionera, aunque irrelevante, Ley de 26 de noviembre de 1992 (y la Orden de desarrollo, de 16 de febrero de 1996), que pretendió sentar criterios uniformes para toda la Administración; o más bien las particularísimas disposiciones, de todo rango, dictadas con el mismo fin por los distintos Ministerios, Organismos, Servicios, Departamentos, etcétera, cada una con sus propios criterios y sus variadas técnicas, que, si son –como creo yo que serán– las que se vayan a aplicar, convierten en inútil cualquier preparativo, hasta que no se dicte la particular normativa que servirá para el cumplimiento de esta Ley.

3. En cuanto a la remisión de copia autorizada de la escritura, que tiene que hacer el notario a distintos registros, especialmente el Mercan-

til, si esta Ley de las sociedades limitadas Nueva Empresa pretende que se utilicen las técnicas establecidas por la legislación especial –la citada Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y otras–, sería preferible que se limitara a remitirse a ellas, añadiendo o no una norma o una precisión particular. Así, es adecuado que esta Ley diga que la remisión telemática de la copia autorizada únicamente la pueda hacer un notario (como podría haber establecido lo contrario, con igual corrección formal), pero lo que no me parece una buena técnica legislativa es elevar a requisito legal lo que no es sino un medio técnico, que es el que coyunturalmente se ha considerado idóneo, pero que puede ser sustituido por otro más adecuado en el futuro; me refiero al uso de la firma electrónica avanzada. Es más, si esta Ley dice, textualmente, que “lo serán amparadas con firma electrónica avanzada, de acuerdo con lo establecido por su legislación específica”, ¿cómo tendría que interpretarse la frase en un contexto en que esa misma legislación específica ya no prevea esa concreta técnica de autoría? ¿Cuál de las dos partes de la frase debería dejar de cumplirse?

Hay que tener en cuenta que, si continúa la hasta ahora constante tendencia de desarrollo de la industria y la tecnología electrónica, muy pocos o ninguno de los actuales medios técnicos seguirán siendo operativos dentro de diez o quince años. Ni siquiera los productos más punteros y novedosos de hoy día es de esperar que resistan un plazo así; y a la firma digital o electrónica se la puede acusar de muchas cosas, pero no de ser una novedad.

4. En cuanto a la posibilidad de que los socios fundadores eximan al notario del cumplimiento de las obligaciones establecidas “en este artículo”, evidentemente no hay tal. (Por si hiciera falta alguna demostración de lo erróneo del texto en este punto, el propio apartado 3 del art. 134, tras liberar al notario de cumplir con las obligaciones del artículo, para el caso de que así se lo pidan los socios, punto y seguido y para ese mismísimo caso, le impone otra obligación alternativa.) Está claro que el notario no puede ser eximido de autorizar la escritura, pues entonces la sociedad no se podrá constituir ni alcanzará su personalidad jurídica; ni podrá dejar de expedir la copia en papel, porque así se lo ordena su legislación básica. Pero además, estoy completamente convencido de que tampoco podrá dejar de realizar las comprobaciones relativas a la denominación social, sean éstas las que sean; ni podrá dejar de realizar la subsanación, que de él dependa, de los defectos en que incurra el título, según lo antes dicho; ni podrá dejar de incluir, en la copia autorizada en papel que expida, el número de identificación fiscal provisional que tenga asignado –siempre que tenga conocimiento de él, claro está–. Y, aunque eso no me parece igual de claro, creo que el notario no estará tampoco

exento en ningún caso de formalizar su propia parte y dar el tratamiento adecuado a la parte registral del Documento Único Electrónico; y seguramente tampoco de remitir la copia de la escritura de constitución y del Documento Único Electrónico a las Administraciones tributarias competentes.

Algo que por lo demás dejará completamente claro la normativa complementaria que al efecto se dicte.

En definitiva, digo, los interesados lo único que pueden hacer es encargar o no encargar al notario que se ocupe de realizar –en su nombre e interés– los trámites posteriores al otorgamiento y autorización de la escritura de constitución, especialmente el relativo a la inscripción en el Registro Mercantil, pero también los que tengan que ver con otras inscripciones, también obligatorias (aunque no sean constitutivas, como la anterior): el pago de impuestos, la obtención del CIF y otros trámites, como los que tienen que ver con la Seguridad Social u otros, según se vaya desarrollando precisamente en esos convenios que la Ley prevé, con Administraciones públicas y con organismos de todo tipo.

La auténtica particularidad es que el encargo al notario, lo que tradicionalmente llamamos el trámite o la gestión de la escritura, se presume hecho cuando no se diga lo contrario, al menos en cuanto a los pasos principales. Que, para que se entienda que no hay encargo, es necesario que los particulares expresen su voluntad de designar otro representante para los trámites o su voluntad de hacerlos por sí mismos.

Lo absurdo es que se les quiera limitar el momento en que pueden encargar o no encargar la gestión al notario: se dice que tiene que ser con “carácter previo al otorgamiento” de la escritura, y yo no creo que si lo hacen después el efecto pueda ser distinto. No creo que el notario pueda de ningún modo presentar la escritura, en el Registro Mercantil ni en otros, por ejemplo, contra la voluntad de los socios so pretexto de que expresaron su voluntad en tal sentido “fuera de plazo”.

5. En cuanto a la confección de la parte notarial del DUE y al acogimiento y gestión de la parte registral del mismo, aparte de las consideraciones ya hechas sobre si es obligatorio o no para el notario, deberemos esperar a la normativa que lo regule para saber en qué consiste tal exigencia.

6. En cuanto a la tramitación notarial de la escritura, y además de lo ya expuesto más arriba, no cabe duda de que se ha de tratar de una gestión de intereses ajenos, que debe realizarse en parte con medios también ajenos. Supongo que no se pretenderá que el notario haga la autoliquidación del Impuesto de Operaciones Societarias sin tener en su poder la pertinente provisión de fondos del cliente.

7. En cuanto a la obligación del notario de subsanar de oficio la escritura, en los términos y casos antes expresados, sin duda es un buen ejemplo de aplicación del artículo 153 del Reglamento Notarial, algo que, en mi opinión, debería generalizarse para todo tipo de escrituras y de obstáculos a la inscripción en cualquier registro administrativo. El problema quizá sea el de respetar el criterio del notario, que considere que la subsanación requiere de una nueva manifestación de voluntad de los otorgantes o de alguno de ellos. El artículo 153 del Reglamento Notarial es muy amplio e inconcreto en cuanto a la naturaleza de los defectos o errores a corregir y sin duda es bueno que así sea, pero si el error ha sido de los otorgantes, no sé hasta qué punto es bueno que el notario primero lo corrija y después les dé cuentas a los socios, y no al revés.

Por lo demás, creo que esta es buena ocasión para que, por parte del Consejo General del Notariado o de la Dirección General de los Registros y del Notariado, según corresponda, se aclare y se posibilite el uso del artículo 153 citado para corregir errores en los estatutos (o en las certificaciones de acuerdos sociales, en su caso), que constan en las escrituras como documentos unidos, aparentemente aportados por las partes y que además, en el caso de las certificaciones, son reproducción de un texto ajeno, pero que el notario los ha redactado y, por tanto, que, si tal caso se da, el notario puede conocer si se corresponden o no con la voluntad manifestada por los socios o por el órgano certificante, y sería bueno por tanto que, cuando sea pertinente, los corrigiera de oficio, en interés de la seguridad jurídica y de los socios.

8. En cuanto a la expedición de la copia en papel, haciendo constar en ella, como un testimonio notarial y por tanto con plenos efectos de prueba, todos los trámites ocurridos, se trata de aplicar precisamente la regulación ya citada de la Ley de Medidas Fiscales, en su fundamental artículo 112, al que ahora me remito y del que sería de desear que muy pronto se convirtiera en el *modus operandi* ordinario de todas las notarías y de todos los registros de España, para todo tipo de documentos sujetos a inscripción. Por lo demás, el cómputo del plazo para expedir la copia se hace desde la autorización. Habrá que entender entonces que, si existen otorgamientos sucesivos, o ratificaciones o adhesiones posteriores, o se hace preciso realizar ciertas diligencias, como el ingreso en banco de la parte de desembolso dinerario del capital que se deposite en el notario, etc., la autorización que marca el *dies a quo* es la última que el notario preste, cuando el proceso esté concluido.

Examinado ya lo relativo a la actuación notarial, veamos las obligaciones impuestas a los registradores, y que son las siguientes:

1. Calificar la escritura y documentos complementarios que se le presenten, con las limitaciones o restricciones antes vistas, si son tales.
2. En el caso de que se haya utilizado en la constitución los estatutos estandarizados que proporcione el Ministerio de Justicia, hacer su calificación y la inscripción en el extraordinariamente breve plazo de veinticuatro horas; en otro caso, en el plazo general de quince días, siempre que no medien defectos.
3. Comunicar, en plazo de veinticuatro horas desde la presentación, la eventual existencia de tales defectos: al notario autorizante; al socio o sus representantes –cuando no hayan encomendado la tramitación al notario– y a las Administraciones tributarias competentes.
4. Comunicar al notario la práctica de la inscripción y los datos de la misma, así como la parte registral del Documento Único Electrónico, en el que incorporará los datos registrales de la sociedad constituida.
5. Transmitir al Registro Mercantil Central los datos concernientes a la constitución, en la forma y plazos reglamentariamente establecidos.
6. Realizar las demás comunicaciones que les requieran los socios fundadores o sus representantes.

Además de la persistencia del uso del plazo de las veinticuatro horas y de lo ya dicho sobre las limitaciones o no impuestas al ámbito de la calificación registral, dos cuestiones me parece que merecen ser examinadas.

De un lado, que no se contempla la posibilidad de que se exima a los registradores en ningún caso del cumplimiento de las nuevas obligaciones que se les imponen. Si se acepta la interpretación que he expresado antes sobre la exención en tal sentido que se haga a los notarios, parece lógico que no sería aplicable a los registradores, pues, al igual que no cabe eximir al notario de autorizar la escritura, si se quiere que sea tal, tampoco puede eximirse al registrador de inscribir si se quiere que la sociedad quede constituida y gane así su personalidad jurídica. Las obligaciones ahora impuestas a los registradores se corresponden con las esenciales de su función pública y no son mera gestión o tramitación de intereses ajenos, que puedan libremente ser suplidas por la ejecución que haga el propio interesado o un tercero en su nombre.

De otro lado, y me parece el reproche principal, la Ley solamente establece un plazo para calificar e inscribir para el caso de que se utilicen los estatutos oficiales; sin embargo, la obligación que la Ley impone a los registradores, de notificar los defectos apreciados, en la forma vista, tiene siempre el plazo de veinticuatro horas, contado desde la presentación –habrá que entender que se refiere a la presentación de la escritura de constitución o a la presentación del documento subsanatorio posterior, en su caso–. Ahora bien, esto puede ser entendido de dos maneras:

— O bien que la obligación de calificar y, en su caso, de notificar los defectos que se aprecien es siempre de veinticuatro horas, contadas desde la presentación, independientemente de que los estatutos utilizados se correspondan o no con un modelo oficial.

— O bien que la obligación de notificar los defectos, en plazo indicado de veinticuatro horas, la tiene el registrador únicamente en caso de que su plazo para calificar también sea de veinticuatro horas, y no en los demás casos.

En la primera versión, si se usan los estatutos oficiales, el plazo para calificar y para inscribir –sin defectos– sería el mismo: el de veinticuatro horas; y si no se usan tales estatutos, el plazo para calificar sería también de veinticuatro horas mientras que el plazo para inscribir sería el ordinario de quince días.

Si de alguna manera se ha pensado que los estatutos oficiales, o bien nunca van a ser rechazados en la calificación, o bien el registrador los va a poder calificar genéricamente, tras su publicación, y no necesita de un tiempo particular para examinarlos, y es precisamente esto lo que justifica la brevedad del plazo concedido para la calificación, no se entiende que no importe nada, a estos efectos, que se acuda a unos modelos u otros.

En la segunda interpretación, la Ley sencillamente no se cumpliría en sus propios términos, puesto que se añadiría a la aplicación del punto 7 del artículo 134 una condición o un presupuesto que es ajeno a su texto. Sin embargo, supongo que será ésta la interpretación que prevalecerá.

A modo de resumen y conclusiones de lo expuesto, acerca de los aspectos generales de la Ley y, más particularmente, del proceso constituyente de la sociedad Nueva Empresa, puedo decir:

A. Que dando por cierto el análisis de oportunidad de la nueva regulación que hace la Exposición de Motivos de la Ley, es un aspecto de nuestra economía la constante puesta en marcha de nuevos procesos empresariales; que muchos de esos procesos suponen la creación de nuevos empresarios y un número importante de ellos adoptan formas societarias mercantiles. En tal situación, es un hecho que, en la mayoría de los casos, la elección de una forma societaria recae sobre la llamada por el legislador sociedad de responsabilidad limitada y más comúnmente conocida como sociedad limitada o “ese ele”.

B. Que todo el proceso de puesta en marcha de una nueva empresa y de un nuevo empresario societario está plagado de dificultades, entre las que se cuentan la necesidad de realizar trámites largos y costosos.

Que, entre tales trámites, están sin duda los necesarios para la constitución jurídica de la sociedad, pero que éstos no son los únicos ni necesariamente los peores.

C. Que, en todo caso, cualquier intento normativo de racionalizar, ordenar, reducir y/o facilitar el indicado proceso constitutivo de las nuevas empresas, si realmente consigue su propósito, será sin duda bienvenido por todos. Incluso aunque fuera un intento parcial, referido sólo a alguna parte del proceso; *máxime si intenta abarcar todo el fenómeno.*

D. Esta Ley, tanto en cuanto a la normativa que ella misma aporta como en cuanto a la que *anuncia y preconfigura*, manifiesta su deseo de comprender todos los distintos momentos del nacimiento de una nueva empresa e incluso de tutelarla en sus primeros pasos, más allá de la constitución.

E. Sin embargo, los beneficiarios del nuevo sistema no son todas las sociedades mercantiles, ni todas las sociedades de responsabilidad limitada (menos aún todos los empresarios.) Los beneficiarios únicamente serán los empresarios de nueva creación que adopten precisamente la especial forma de la Sociedad Limitada Nueva Empresa. Y, además, ni todos los proyectos empresariales ni todos los socios son admitidos en la nueva forma, existiendo importantes excepciones por razones subjetivas y objetivas.

F. Además de las ventajas, que pudiéramos llamar indirectas, aunque muy importantes, relativas a la reducción de trámites y plazos y a la organización de ayudas y apoyos, *en el momento de su constitución*, la Ley ofrece a las Nuevas Empresas beneficios fiscales, durante sus primeros años de vida, y la posibilidad de utilizar un sistema contable muy simplificado.

G. Quienes sí que pueden constituir una sociedad limitada Nueva Empresa deben aceptar, a cambio, importantes restricciones de configuración, organización y funcionamiento. La razón de ser de tales restricciones no es siempre evidente y tal parece que el legislador haya querido premiar a los verdaderos convencidos, quienes tendrían que dejar bien claro que están muy interesados en adoptar la nueva forma social y atenerse a las consecuencias.

H. Que, entre las limitaciones y restricciones más notables, las más llamativas son las relativas a la especialísima forma de crear la denomi-

nación social y las que niegan el libre juego de la autonomía de la voluntad de los socios, en aspectos organizativos. Personalmente, considero muy negativas las normas sobre creación de la denominación social, así como la prohibición de modificar los estatutos sociales; en cambio, me parece poco perjudicial (excepto en relación con la imposibilidad de modificarlos) la imposición, aunque sea indirecta, de un modelo estandarizado de estatutos sociales.

I. Todo lo cual no impide que, en mi opinión, la nueva normativa, si realmente se cumple y consigue lo que según ella misma se propone, deba ser enjuiciada globalmente de manera positiva y los notarios debemos apoyar su implantación y buen funcionamiento, en lo que de nosotros directamente dependa.

J. En relación con la denominación social y la, en mi opinión, esencialmente anticomercial forma de formarla, creo que sus –posibles– efectos negativos podrían ser evitados o paliados modificando un modo de actuar muy metido en nuestras costumbres, pero que no es obligado. Me refiero al hábito de utilizar la denominación social como nombre o signo distintivo de la empresa o negocio.

En la práctica es fácil observar ocasiones en que el empresario, para diferenciar una nueva actividad o un nuevo proyecto, incluso dentro de su misma actividad habitual, llega incluso a crear una nueva sociedad.

Esto no tiene por qué ser siempre así. En buena teoría, el nombre del empresario, ya sea persona física o jurídica, no tendría por qué ser más que uno de sus datos identificativos, como la signature registral o su domicilio; mientras que sus actividades económicas –una o varias– bien podrían ser identificadas por sus propios nombres comerciales, en los que el empresario tendrá libertad, dentro de los márgenes de la legislación, para hacer hincapié en una denominación de fantasía o relacionada con la clase de actividad que se desarrolla o apoyada en el nombre, incluso apodos, por los que pueda ser conocido en su entorno, etc.

El problema es que el uso de nombres comerciales implica nuevos trámites, nueva burocracia y, consiguientemente, nuevos gastos y demoras; problemas a los que el legislador no ha aludido en esta Ley, cuando bien debiera haberlo hecho; y no únicamente por la razón ahora enunciada, sino porque al menos el propio Estado no debería dar por supuesto que no se han de utilizar de modo corriente y generalizado las posibilidades de los derechos de la propiedad intelectual, sino todo lo contrario: debería fomentar y facilitar su uso.

K. Que aunque muchos opinan que es necesario y bueno que haya una labor doctrinal que interprete las leyes y, como el buen lazarillo, enseñe y facilite a quienes aplican el Derecho, puliendo, corrigiendo y rehaciendo el siempre perfectible fruto del legislador, no es esa de ninguna manera mi opinión. Creo que debe haber normas claramente imperativas y que sólo el legislador tiene la competencia para delimitar los derechos y obligaciones de las personas. Las interpretaciones doctrinales, salvo las que se limitan a –intentar– aclarar lo que el texto legal dice, al modo en que actúa el traductor de un texto redactado en otro idioma, me parecen poco útiles y por el contrario potencialmente bastante peligrosas.

Creo también que tienden a configurar el Derecho como algo misterioso y oscurantista, no aconsejable de transitar sin la experta guía de esos doctores, con la particularidad de que, cuanto más expertos, tanto más probable es que quieran tener su propia opinión para cada cosa; de manera que fácilmente pueden convertir lo que debería ser la ordenada y fluida circulación de una autopista de ocho carriles en el más azaroso y atractivo devenir de un recinto de coches de choque.

Por lo cual, creo que las oscuridades y omisiones de la Ley, si tales hay y a mí me lo parecen, sobre todo cuando recaigan sobre materias de tan grande importancia práctica como la formación de la denominación social, o como el desembolso del capital social, deben ser resueltas por medio de normas o decisiones imperativas y no por medio de meras opiniones personales, por muy interesantes y autorizadas que sean. Creo, pues, que, al menos en lo que respecta a la tarea profesional de notarios y registradores, la nuestra, la Dirección General de los Registros y del Notariado, a petición del Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, debe hacer todo el uso necesario de las competencias que se asigna el artículo 103 de la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por medio de las consultas vinculantes que sean necesarias.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA

Constituida ya la Sociedad Limitada Nueva Empresa, estará sometida al mismo conjunto de fuentes y normas jurídicas que cualquier otra sociedad de responsabilidad limitada, sin más novedad que la intercalación, entre el primer lugar, que corresponde a los estatutos sociales, y el segundo, que corresponde a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de un nuevo y especial conjunto de normas, que es el tantas veces citado “CAPÍTULO XII, Sociedad Nueva Empresa”.

Salvo este conjunto, el resto de normas aplicables es demasiado conocido para que proceda hacer aquí su análisis y ni siquiera su enumeración. Pero, los dos primeros escalones de la jerarquía son rigurosamente nuevos y es necesario iniciar una aproximación a ellos.

Estatutos sociales

En primer lugar, están los estatutos sociales (que la Ley de Limitadas no define, pero sí la de Anónimas, atribuyéndole la misión de regir el funcionamiento de la sociedad). En mi opinión, y con una relativa salvedad que después diré –respecto de normas cuasiestatutarias–, es clara la preeminencia de los Estatutos sobre la propia Ley –ya sean las normas del capítulo especial, ya las reglas legales generales–. Así suele constar en los propios textos estatutarios y se desprende además de su propia razón de ser.

Los estatutos sociales tienen –deben tener– garantizado desde su creación su adecuación a las leyes, a cualesquiera leyes aplicables a la sociedad. La regularidad del proceso constitutivo, con la doble intervención y control de legalidad de un notario y un registrador, permite partir de tal afirmación sin mayores problemas.

Y, si los estatutos son conformes a la ley, sus prescripciones, sean restricciones o habilitaciones o meras calificaciones de hechos y situaciones, o bien se limitan a repetir el propio contenido legal (lo que sin duda representa, para bien o para mal, una gran parte de su texto), o bien –y esa debe ser su principal función– especifican, delimitan y completan el régimen legal general. En ambos supuestos, pero sobre todo en el segundo, la ley no será de preferente aplicación a los estatutos privativos de la sociedad.

Por lo cual, la importancia teórica o potencial de los estatutos sociales no puede ser exagerada.

En mi opinión, incluso cuando se limitan a repetir la ley, si eso se hace bien, extractando, resaltando y sistematizando el Derecho Positivo, cumplirá la inestimable función de facilitar a los socios el cumplimiento de sus obligaciones, así como les ayudará a no adoptar acuerdos nulos o ineficaces. Pero, les cabe otro esencial cometido: el de ir mejorando el régimen legal, previendo y resolviendo situaciones conflictivas, convirtiendo en realidad mejoras e innovaciones legales, que muchas veces justifican incluso importantes reformas legislativas, pero cuya aplicación a cada concreta sociedad se deja, con toda lógica, al arbitrio de los socios (piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de establecer prestaciones accesorias —que en la práctica se dan en la inmensa mayoría de las pequeñas empresas a que se quiere dirigir la nueva Ley, aunque, desgraciadamente, rara vez tienen reflejo estatutario— o de crear acciones sin voto, etc.).

No necesito desdecirme aquí de la afirmación que antes hice de que a los socios constituyentes les importa poco el noventa o noventa y cinco por ciento del contenido de los estatutos y que el diez o el cinco por ciento restante no tiene en realidad un contenido propiamente normativo, sino que se refiere más bien a datos de identificación o conformación del propio ente: nombre, domicilio, capital, etc.

Lo que digo es que los estatutos pueden ser y deberían ser una pieza esencial del régimen jurídico de la sociedad, lo consideren así o no los socios; les interese el asunto o no.

Es verdad que los socios normalmente no sabrán cómo redactar tales normas y que incluso no tendrán por tales los problemas que las mismas pretenden prevenir, sobre todo porque esos problemas casi nunca se dan en el momento de la constitución. Precisamente es sólo cuando el conflicto es presumible desde un principio, es decir, cuando la sociedad nace como consecuencia de un delicado equilibrio entre intereses contrapuestos, que los socios solicitan a sus asesores la inclusión de previsiones especiales en los estatutos.

Pero, en la mayoría de los casos, los eventuales conflictos hay que considerarlos, no con relación al concreto proyecto de la sociedad en cuestión, sino en abstracto, en atención a las situaciones que la práctica demuestra que existen y que son las más frecuentes. En tales casos, el redactor de los estatutos puede estar convencido de que la inclusión de ciertas previsiones en los mismos puede prevenir tales posibles conflictos, sin que ello limite o condicione negativamente las situaciones ordinarias y pacíficas de la sociedad, al menos si hace bien su trabajo.

En definitiva, que la responsabilidad del redactor de los estatutos sociales es muy grande. Me refiero, insisto, a los modelos de estatutos o

estatutos estandarizados, puesto que, si las normas especiales son la respuesta a una petición concreta de los socios, el redactor únicamente tendrá la responsabilidad de ajustarse, como mejor sepa, a la ley y a tales peticiones; pero, si se trata de modelos generales, entonces lo normal será que a los socios les dé bastante igual su redacción y la responsabilidad del autor será la de introducir normas que, *per se*, sean adecuadas, eficaces y, sobre todo, no perjudiciales en la situaciones más o menos esperables en que pueda desenvolverse la vida social.

Y tal tarea y tal responsabilidad son las que ha asumido el propio Estado, al encomendar al Ministerio de Justicia la confección de un modelo oficial para las sociedades limitadas Nueva Empresa.

Desde luego, no cumplirá bien con su misión si se limita a repetir la ley o a huir de cualquier compromiso, refugiándose sólo en lugares comunes y alejándose de cualquier posibilidad de utilización de los resortes positivos que permite la legislación y acredita la experiencia. Y además su elección será definitiva, puesto que, simultáneamente y por ley, va a impedir que los socios reformen los estatutos iniciales.

Pero además, mi desacuerdo con la estrategia legislativa acerca de los estatutos sociales –que tengo que repetir que es casi total– no se basa únicamente en la pobreza de ideas y de soluciones que presumo que será la tónica en los modelos ministeriales, pero que al fin y al cabo serán sólo una sugerencia. Peor me parece la decisión de impedir a las Sociedades Limitadas Nueva Empresa la reforma de sus estatutos sociales iniciales, algo que en su lugar examinaré.

El segundo puesto en la jerarquía normativa lo ocupa, sin duda, el capítulo XII de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y así lo afirma el primer artículo de la primera sección del capítulo, el 130; pero también aquellas disposiciones transitorias, que la Ley añade a la Ley 2/1995, y cuyo supuesto de hecho son únicamente las Nuevas Empresas.

Al examinar las cuestiones relativas al diseño general de la reforma y, en particular, al proceso constitutivo de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, ya he comentado muchas de estas normas; pretendo ahora recorrer el resto de ese régimen especial: el que les afecta tras su constitución.

Y sólo el régimen especial y no las normas generales de la Ley de Limitadas –ya sean articulado ordinario o disposiciones complementarias de uno u otro tipo–; porque tal es el restringido propósito de este estudio.

Así, y siguiendo el orden del articulado, trataré de los asuntos que incluye en el siguiente esquema:

- La transmisión de las participaciones sociales.
 - Transmisiones prohibidas:
 - *Inter vivos*, a personas jurídicas.
 - Todas a un solo socio que ya lo sea único de otra sociedad limitada Nueva Empresa.
 - Consecuencias de una adquisición prohibida.
 - Transmisiones permitidas que aumenten el número de socios, sobre el máximo de los fundadores.
 - Libro-Registro de Socios.
 - Consecuencias de su ausencia.
 - Anotaciones de embargo.
 - Acreditación de la unipersonalidad sobrevenida.
 - Conocimiento de los gravámenes o derechos reales, por socios futuros y acreedores.
- Juntas generales:
 - Convocatoria. Las formas alternativas y la doctrina al respecto de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
 - Mayorías especiales:
 - Nombramiento y cese de administradores.
 - Transformación en sociedad limitada ordinaria, con la consiguiente adaptación de los estatutos sociales.
- Administración de la sociedad:
 - Requisitos para ser nombrado administrador.
 - Retribución de los administradores.
 - Duración del cargo.
 - Remoción del cargo. Mayorías necesarias. Votos computables.
 - Nuevos nombramientos. Mayorías necesarias.
- Modificación de estatutos:
 - Supuestos permitidos y prohibidos.
 - Propuestas sobre modelos de estatutos.
 - Modificaciones que obligan al cambio de forma social.
 - Eficacia de modificaciones no permitidas.
 - Requisitos especiales:
 - Cambio de denominación:
 - Separación del socio cuyo nombre se incluye en la misma. Consecuencias de su permanencia.
 - Aumento de capital.
 - Límite máximo.
 - Supuestos que obligan al cambio de forma social.
 - Desembolso del aumento.
 - Reducción de capital.

- Cuentas anuales y contabilidad:
 - Simplificación de la contabilidad y de la presentación de cuentas anuales.
- Disoluciones forzosas:
 - Disminución del patrimonio social.
 - Sociedades patrimoniales.
- Transformación:
 - De otra forma social en Nueva Empresa.
 - De Nueva Empresa en otra forma social o cooperativa.
 - De Nueva Empresa en sociedad limitada: continuidad.
- Beneficios fiscales.

La transmisión de las participaciones sociales

El artículo 136 de la Ley dice que va a regular las transmisiones de participaciones sociales; sin embargo, no lo hace más que de manera muy parcial, de modo que el régimen debe entenderse integrado con las disposiciones legales generales, al respecto, respetando las especialidades, no sólo de este artículo, sino de todo el capítulo XII.

En realidad, el artículo 136 sólo regula dos supuestos: la adquisición voluntaria e *inter vivos* por parte de una persona jurídica y la adquisición que aumenta el número de socios, con relación al máximo permitido en los fundadores.

Empezando por el final, tal aumento no es sino un desarrollo explícito de la configuración de la propia limitación, que introduce el artículo 133, de manera sólo coyuntural: “Al tiempo de la constitución...”; nada añade pues en esto el artículo 136.

Únicamente queda, pues, la cuestión de la adquisición de participaciones por las personas jurídicas. El artículo 136 la prohíbe en el caso de que sea voluntaria y además por actos *inter vivos*. Y, ¿por qué tanta precisión?

Si el citado artículo 133 dice que “sólo podrán ser socios ... las personas físicas”, ¿cómo podrían las personas jurídicas adquirir participaciones sociales, cualquiera que sea el título para ello? Y, sin embargo, el punto 3 del artículo 136 demuestra claramente que las personas jurídicas sí que pueden adquirir y que serán por tanto socios y podrán seguirlo siendo, por plazo no superior a tres meses.

De manera que no parece que ninguna de las dos prohibiciones del punto 1 del artículo 133 sea demasiado tajante.

Así, resulta que las personas jurídicas:

- No podrán ser socios fundadores de una Sociedad Limitada Nueva Empresa, ni podrán asumir participaciones creadas con ocasión de un aumento de su capital social; es decir, de forma originaria (art. 133).
- No podrán adquirir la condición de socios de forma derivativa, por medio de un contrato traslativo voluntario e *inter vivos* (art. 136).
- Podrán (art. 136) adquirir tal condición de forma derivativa, por transmisión forzosa y por transmisión *mortis causa*, aunque con sujeción al régimen especial que tengan establecidos los estatutos sociales o, por silencio de ellos, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. A este respecto, debe recordarse que la Dirección General interpreta dicho régimen en el sentido de que los Estatutos no pueden establecer un sistema de libertad absoluta en las transmisiones.
 - Tales adquisiciones permitidas reúnen, en mi opinión, la doble condición de estar permitidas por una parte de Ley (art. 136) y ser contrarias a dos de sus preceptos (arts. 34 y 133.)
- En cualquier supuesto de adquisición válida, deberán desprenderse de las participaciones adquiridas (a favor de personas físicas, naturalmente) en un plazo máximo de tres meses, contado desde la adquisición.
- Si incumplieran esta última obligación, las consecuencias son tan sorprendentes como que la sociedad deberá perder su carácter especial de Nueva Empresa, para quedar sometida al régimen general de las de Responsabilidad Limitada. Y por “deberá” hay que entender que los titulares de al menos una tercera parte del capital social tienen que votar a favor del acuerdo de “transformación” en Limitada, formando con ello una mayoría aunque sea relativa. Y que, si acaso los socios no quisieran adoptar el acuerdo, los responsables serán ... ¿¡los administradores sociales!? Es decir, que:
- Una adquisición que viola una prohibición legal (y quizá también una prohibición estatutaria —el punto 3 del art. 136 no distingue—), no solamente no resultará ineficaz frente a la sociedad, sino que forzará su extinción relativa (en cuanto sociedad Nueva Empresa).

Pero, no sólo se contienen limitaciones en el artículo 136; según el punto 2 del artículo repetido 133, tampoco podrán “adquirir la condición de socio único de una sociedad Nueva Empresa quienes ya ostenten la condición de socios únicos de otra sociedad Nueva Empresa”.

A diferencia del caso anterior, en éste no se contemplan ni se habilitan excepciones, ni siquiera temporales. Claro que tampoco se establece un control demasiado riguroso.

Bastará con que el propio adquirente manifieste que no incurre en la prohibición. En todo caso, ni el notario ni el registrador mercantil territorial tendrá la posibilidad de hacer mayores comprobaciones; lo podría hacer el registrador del Mercantil Central, pero la Ley no le asigna competencia alguna a este respecto.

¿Qué consecuencias tendrá la eventual violación de esta última prohibición? La Ley no establece ninguna; ni en este capítulo XII ni en el resto de su articulado, ya que la precaución del artículo 34 carece de sentido en el supuesto de un socio único. Especialmente significativo es que, a diferencia de otro parecido –las sociedades patrimoniales–, el artículo 142 no incluye este caso entre los que obligan a disolver la sociedad.

Por lo demás, la transmisión de las participaciones y su propia transmisibilidad quedan sujetas al régimen general y por tanto fuera de este estudio.

Libro-Registro de Socios

Otra novedad de la Ley, que contiene el artículo 137, es la no obligatoriedad de llevar un Libro-Registro de Socios.

La Exposición de Motivos dice que “se ha prescindido” de este libro, pero ello no es cierto. El artículo 137 permite no llevarlo, pero no lo prohíbe.

La verdad es que este libro no lo llevan la mayoría de las pequeñas sociedades o al menos no lo llevan hasta y en la medida que alguna concreta actuación les obliga a reconstruirlo sobre la marcha. El supuesto más frecuente (aparte situaciones de conflictividad social, en las que se extreman las precauciones y las impugnaciones) en que se hace necesario este libro se da cuando sobreviene la unipersonalidad de la sociedad –o se pierde tal carácter.

Sólo la práctica dirá si el Libro-Registro de Socios desaparece del todo en las Sociedades Limitadas Nueva Empresa. Lo que tenemos que ver aquí son las

Consecuencias de su ausencia

La primera es la relativa a la acreditación de la condición de socio. El artículo 137 –que precisamente tiene ese título– dice que servirá para tal fin el documento público en el que se hubiese adquirido la misma.

Naturalmente, la conclusión era obligada, pero la solución no es satisfactoria. Con la excepción antes vista, respecto a las adquisiciones por

personas jurídicas, el artículo 34 permite a los administradores, en representación de la sociedad, ignorar las adquisiciones derivativas contrarias a la ley o a los estatutos y, por tanto, negar su acceso al Libro-Registro (tal harán –seguirán haciendo– en el caso de que a pesar de todo sigan llevando dicho Libro). Si el adquirente necesitara del efecto legitimador que le hubiera de proporcionar tal inscripción, tendrá difícil aprovechar las consecuencias de su infracción (o de la infracción de su transmitente). Pero, si la legitimación resulta del documento de adquisición –y así será respecto de los socios de las Sociedades Limitadas Nueva Empresa, incluso en el caso de que se lleve el Libro-Registro de Socios–, se creará una apariencia de regularidad que puede no corresponderse con la realidad y perturbar la seguridad del tráfico, así como la efectividad de la llamada responsabilidad patrimonial universal.

En efecto, la autorización pública del documento de transmisión no garantiza la ausencia de conflicto con las limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las participaciones. Sí, con la Ley, pero no respecto de normas privadas, cuyo riguroso cumplimiento no tiene que ser acreditado al notario o al juez.

Incluso con respecto a la Ley, resulta perturbadora la decisión de algunos notarios de autorizar escrituras de transmisión *inter vivos* de participaciones antes de la inscripción de la sociedad o del aumento de capital en que nacieron, decisión amparada en sólidos argumentos intelectuales, que respeto, aunque no comparto, pero que, en todo caso, resulta, digo, perturbadora a los efectos de la seguridad de que aquí hablo.

Por ello, y en mi opinión, los notarios, amparados en la conveniente instrucción o recomendación de nuestros órganos directivos, deberíamos de negar nuestra autorización de las transmisiones de participaciones de estas Nuevas Empresas hasta tanto se nos acredite la regularidad de todo el proceso. Seguramente, tal actitud excede de nuestras funciones propias, pero creo que nos obliga a intentarlo el respeto a la seguridad jurídica preventiva.

Otra consecuencia de la ausencia del Libro-Registro es la imposibilidad de dar cumplimiento a la particular previsión de anotar que establece el artículo 31 de la Ley, para caso de embargo. Si bien, imagino que el administrador deberá de comprobar igual que antes que le consta que la participación embargada pertenece al deudor y, en caso contrario, notificar lo que proceda, tanto al juzgado actuante como a los demás socios.

Más frecuente para nosotros será la incidencia que pueda tener la falta de Libro-Registro de Socios en la obligada declaración de adquisición o pérdida por la sociedad del carácter de unipersonal. El artículo 203 del Reglamento del Registro Mercantil exige en todo caso que se acredite o

se certifique la correspondencia de la declaración con el contenido del Libro-Registro.

Este capítulo XII no dice nada al respecto y bien pudiera haberlo hecho, puesto que trata la cuestión en su tantas veces citado artículo 133. Únicamente dice algo perfectamente superfluo: que la declaración puede hacerse en la propia escritura en que se documente el negocio jurídico que origine la unipersonalidad o su pérdida, algo que evidentemente también podía hacerse y se hacía antes de esta reforma.

Y, como nada dice, habrá que entender que, salvo el que ahora resulta imposible de cumplir, siguen aplicables los demás requisitos del artículo 203 del Reglamento, esto es, que la declaración la debe hacer persona con facultad para elevar a públicos los acuerdos sociales, y que debe expresarse, en la escritura, la identidad del socio único y la fecha y naturaleza del negocio del que resulte el carácter.

Las consecuencias de la no declaración de adquisición o pérdida de la unipersonalidad seguirán siendo las del régimen general.

Igualmente superflua, porque ya resulta del régimen general, es la previsión de que la constitución de derechos reales limitados –prenda y usufructo, sobre todo– deberá notificarse al órgano de administración, pues tal obligación ya resulta del artículo 26, salvo que se considere importante la precisión de la forma en que debe hacerse la notificación, que ahora se dice que es mediante la remisión del documento público en la que “figure” tal constitución.

Por último, la ausencia del Libro-Registro de Socios tendrá una consecuencia negativa más: puesto que las notificaciones que la Ley encarga al órgano de administración –al parecer como sustitutivas del propio Libro– se harán a los socios que en cada momento lo sean de la sociedad; los futuros y los acreedores de los socios –pasados o presentes– no tendrán un lugar fácil en el que informarse ni donde ejercitar los derechos que el artículo 27 de la Ley concede.

Juntas generales

Dos tratamientos nuevos hace la Ley al respecto: los relativos a la publicidad de la convocatoria de la Junta y los atinentes a las mayorías necesarias para la adopción de determinados acuerdos.

Publicidad de la Convocatoria.

En cuanto a la convocatoria, la Ley rompe con una asentada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando dice

que podrá hacerse, además de por la forma prevista en la Ley, “mediante correo certificado con acuse de recibo al domicilio señalado a tal efecto por los socios, por procedimientos telemáticos que hagan posible al socio el conocimiento de la convocatoria, a través de la acreditación fehaciente del envío del mensaje electrónico de la convocatoria o por el acuse de recibo del socio”. Y añade que, cuando se utilice esta última forma, “no será necesario el anuncio en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* ni en ninguno de los diarios de mayor circulación del término municipal en que esté situado el domicilio social”.

De entrada, sorprende la falta de referencia a los estatutos sociales, a no ser que la frase “acuerdo con lo que en ella [la presente Ley] se dispone” deba entenderse enlazada, no sólo al punto primero del artículo 46 de la Ley (forma legal de convocar), sino también al punto segundo del mismo artículo (sistema sustitutivo del legal que pueden establecer los estatutos). En todo caso, no creo que deba llegarse a la conclusión de que la forma de convocar las Juntas haya quedado excluida de la materia propia de los estatutos sociales.

De manera que el régimen de publicidad de la convocatoria que queda pienso que es el siguiente:

- Mediante anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los diarios de mayor circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social (sistema legal general).
- Mediante anuncio publicado en el concreto diario, de circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social, que los estatutos señalen (sistema estatutario alternativo), o
- Mediante *cualquier* procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto (sistema estatutario alternativo), o
- Mediante correo certificado con acuse de recibo al domicilio señalado a tal efecto por los socios, por procedimientos telemáticos que hagan posible al socio el conocimiento de la convocatoria, a través de la acreditación fehaciente del envío del mensaje electrónico de la convocatoria o por el acuse de recibo del socio (sistema legal, para la Nueva Empresa).

De los cuatro, y según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, los tres primeros sistemas son alternativos, pero de elección predeterminada; es decir, que los estatutos no pueden dejar al arbitrio del administrador el uso de uno u otro.

Por el contrario, el último sistema (que tan parecido es, no sólo al

alternativo del artículo 46, sino al que habitualmente establecen los estatutos de la mayoría de las sociedades de responsabilidad limitada) puede ser usado además del que por ley corresponda, a la libre elección del órgano de administración.

Algo que se opone, como ya he dicho, a la doctrina citada. Así, en la resolución de 15 de octubre de 1998, dice nuestro Centro Directivo que "... lo que claramente resulta de dicha norma es que no cabe uno [sistema de convocatoria] alternativo que deje en libertad al llamado a realizar la convocatoria la elección, como garantía del derecho de los socios a conocer la forma en que han de ser convocados".

Ahora no se trata de un conflicto entre unos estatutos privados y la ley (la interpretación de la ley, mejor dicho), sino de uno entre una parte de la ley (su interpretación) y otra parte de la misma ley.

Y dado que lo que quiebra es el argumento de base, habrá que estar atento a si la nueva legislación trae como consecuencia un cambio en la citada doctrina, para todas las sociedades de responsabilidad limitada.

Régimen de mayorías. Supuestos especiales.

De nuevo, dos tratamientos especiales contiene la reforma al respecto de las mayorías necesarias para la adopción de dos acuerdos concretos: cese de administradores y "transformación" en sociedad de responsabilidad limitada ordinaria.

Dos tratamientos muy especiales, diría yo, y muy sorprendentes también, en mi opinión.

Mayoría necesaria para la remoción de los administradores.

El primer problema enunciado lo trata el punto 5 del artículo 139.

Comienza por repetir el régimen ordinario: que la remoción compete a la Junta; que no es preciso que conste en el orden del día y que basta la mayoría simple del artículo 53.1, sin que los estatutos puedan exigir una mayoría superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (art. 68 de la Ley).

Hasta ahí, lo innecesario de haber sido repetido. El problema es lo que, inmediatamente, añade: "El socio afectado por la remoción de su cargo de administrador [sólo los socios pueden acceder al cargo] no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones sociales, las cuales serán deducidas del capital social para el cómputo de la mayoría de votos exigida".

Es decir, que la mayoría exigida se puede ver reducida a mínimos absolutamente absurdos: un socio titular del uno por ciento del capital so-

cial puede destituir a un administrador titular, en su condición de socio, del restante noventa y nueve por ciento, puesto que el quórum de votación se formará únicamente con su participación del uno por ciento; es decir, que el acuerdo sería además unánime.

Que tal cosa se establezca en una Ley cuya Exposición de Motivos identifica como un problema de la mayoría de las empresas "la pérdida del control de la gestión por los socios que ostentan la mayoría", resulta más sorprendente aún.

Aparte de que, de ser cierto el problema, debiera haberse intentado su solución para todo tipo de sociedades, al menos para todas las de responsabilidad limitada; yo no entiendo cómo, en el régimen general, puede la minoría arrebatar a la mayoría el control de la gestión. Desde luego, no será en base a los citados artículos 53 y 69.

Por el contrario, me parece evidente que un problema de dudosa existencia ha sido sustituido por un problema cierto y muy grave, que ahora crea la propia Ley.

Pero, ni siquiera es cuestión de un mayor o menor acierto del legislador (y mucho menos de que la Ley cumpla o no las expectativas y previsiones de su Exposición de Motivos, pues nada la obliga a ello), lo más importante es que el sistema es impracticable, como no sea incurriendo en males todavía mayores.

Acordada la remoción, el paso siguiente debería ser el nombramiento de un nuevo administrador o unos nuevos administradores. Pero la mayoría necesaria para ello será la del artículo 53 y para este cómputo, desde luego, no se excluirán las participaciones del socio-administrador destituido.

De modo que los socios minoritarios, que habrán podido destituir al administrador contra el criterio de la mayoría (en base al art. 139), no podrán poner en el cargo a su propio candidato contra ese mismo criterio mayoritario. Es más, el subsiguiente nombramiento cabe pensar que recaerá de nuevo en el socio-administrador recién destituido ... y que los minoritarios podrán volverlo a destituir de inmediato. ¿Qué voluntad prevalecerá: la de la minoría que cesa o la de la mayoría que restituye? ¿Cómo y quién decidirá el final de la reunión?

Una manera de romper ese desgraciado círculo, que tan irresponsablemente ha provocado la Ley, es dejando a la sociedad sin administrador o, como dice la doctrina, acéfala. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha admitido la inscripción de un cese o remoción aunque no vaya ni pueda ir seguido de un nuevo nombramiento del órgano de administración, pero lo ha hecho en base a que la sociedad podría o hubiera podido evitar el vacío mediante el correspondiente acuerdo.

Tengo que decir que no estoy de acuerdo con esa opinión y que me

parece preferible el fundamento de las calificaciones recurridas, que consideraban inaceptable la situación de una sociedad sin un órgano de administración, ni siquiera temporalmente; pero es que, además, en este caso y por las razones expuestas, tampoco será siempre cierto que la sociedad pueda realizar un nombramiento estable. Con lo que el minoritario puede conseguir aún un premio mayor: la disolución de la sociedad, por el último inciso del apartado c), del punto 1 del artículo 104 de la Ley. No cabe inestabilidad mayor.

Por otro lado, y quizá sea lo más importante, la sociedad acéfala no quedará sólo sin órgano de administración, sino también sin órgano de representación, lo que perjudicará también los derechos y los intereses de los terceros.

Transformación en Sociedad Limitada Ordinaria.

No es este un verdadero supuesto de transformación, probablemente; al menos no lo es, según los propios términos legales (art. 4 de su Ley), el caso muy parecido de la conversión en limitada ordinaria de la sociedad limitada laboral.

Esta ley no le da tampoco ese nombre. En realidad, no le da ninguno. El artículo 144 habla sencillamente de “continuar sus operaciones en forma de sociedad de responsabilidad limitada”.

Pero, ese no puede ser el motivo de que la mayoría de votos necesaria para tal cambio sea tan exigua como la del artículo 53.1 de la Ley, puesto que, aunque no haya transformación, lo que sí que hay es modificación de estatutos y además una modificación sustancial, ya que la adopción de unos estatutos “normales” de una sociedad limitada “normal” será ocasión obligada para, al menos:

- Cambiar su denominación, al menos si se considera inoportuno y perturbador para el proceso de formación del nombre (antes examinado por extenso) que una sociedad limitada ordinaria tenga una denominación tan singular como la reunión de un nombre y un código alfanumérico.
- Cambiar su objeto, en el caso de que mantenga la posición jurisprudencial (de la Dirección General de los Registros y del Notariado) de que tenga un objeto tal como la “actividad comercial” (posible en una Nueva Empresa), que no es admisible para una sociedad de responsabilidad limitada.
- Introducir –y regular– entre los alternativos sistemas de representación de la sociedad el Consejo de Administración, al que la sociedad no tiene por qué renunciar ya.

- Eliminar los sistemas alternativos o de libre elección para el administrador de convocatoria de Junta general, si los contiene.
- Eliminar y sustituir por otras adecuadas las normas que permitan a la junta general fijar la forma y cuantía de la retribución de los administradores.
- Eliminar las normas que permitan a la Junta general nombrar administradores por plazo concreto, aunque la regla general sea la duración indefinida.

En realidad, el artículo 140 da pie para entender que la modificación de estatutos regulada en el artículo 144 no tiene límites, pero sería una consecuencia demasiado indirecta, en mi opinión, de modo que considero que la mayoría del artículo 53.1 sólo habilita para hacer las adaptaciones imprescindibles al nuevo ropaje formal en que se envolverá la sociedad.

Y, en cuanto al acuerdo de continuidad en sí mismo, también en mi opinión, no hay razón para dar escasa importancia, pues la tiene perfectamente equiparable a la de una verdadera transformación social, dada la gran singularidad del régimen de la Nueva Empresa. Al menos, la Ley debiera haber permitido que los estatutos reforzaran la mayoría necesaria para adoptar ambos acuerdos. (Sin que con esto esté pretendiendo agravar la ya de por sí, en mi opinión, injusta responsabilidad que el art. 136 atribuye a los administradores.)

Administración de la sociedad

En este punto, y a diferencia de la tónica general de la Ley, se combinan las restricciones –más o menos justificadas y justificables– con una mayor flexibilidad; algo que debería haber sido, en mi opinión, una constante en todo el texto y desgraciadamente no lo es.

En sentido negativo:

- Se restringe la posibilidad de ser administrador, al impedir que puedan serlo los no socios. Consecuentemente, tampoco podrán serlo las personas jurídicas.
- No se permite el Consejo de Administración como forma de organizar la administración y representación de la sociedad.

Estas limitaciones parecen congruentes con las características de las sociedades a que esta Ley se quiere dirigir.

En sentido positivo:

- Se permite a la Junta general fijar la forma y cuantía de la retribución de los administradores, acogiendo una larga y fallida aspiración, tantas veces encontrada en los recursos de alzada, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, de los últimos años.
- Se permite compaginar una regla general que establezca la duración del cargo de administrador como indefinido con el nombramiento por plazos concretos, cuando así lo decida la Junta general.

En cuanto al problema de las mayorías necesarias para destituir a los administradores nombrados, me remito al punto anterior, en que lo traté.

Modificación de los estatutos sociales

Ya he expresado reiteradamente mi muy negativa opinión sobre este punto del nuevo régimen legal.

Imponer a una sociedad que no pueda modificar sus estatutos iniciales es probablemente una forma de condenarla a no tenerlos verdaderamente. El temor a verse constreñido por reglas cuya eficacia no puede valorar de antemano en todas sus manifestaciones y que no tendrá modo de derogar o siquiera de matizar, convencerá a los socios, en muchas ocasiones, de prescindir de ellas. Y, ¿qué decir de los estatutos sociales orientativos que dictará el Ministerio de Justicia?, ¿con qué motivo se arriesgará el Ministerio a introducir normas discutibles?

No me cabe duda, y lamento la opinión, que la mayoría de las Sociedades Limitadas Nueva Empresa tendrán unos estatutos anodinos, mera repetición de los lugares comunes de la Ley. Unos estatutos que, salvo para expresar los datos de identificación y configuración obligados: nombre, objeto, domicilio y capital, no servirán para nada, pues nada dirán que no esté ya en la Ley.

Por ello, supongo que no es este el mejor lugar para hacer propuestas constructivas, pero, además de lo que ya he dejado dicho sobre la importancia de los estatutos sociales y la responsabilidad de que elabore y proponga el uso de un modelo para ellos, debo añadir que considero importante contemplar en los estatutos de una sociedad, al menos, las siguientes cuestiones:

- La distinción entre tres situaciones muy diferentes y que merecen un tratamiento también diferenciado: las sociedades unipersonales;

las sociedades con sólo dos socios, cada uno con un cincuenta por ciento del capital social, y las demás sociedades.

- La adopción, en caso de tales sociedades con dos socios, al cincuenta por ciento, de medidas que, razonablemente, puedan facilitar la salida de las situaciones de *impasse*, provocadas por el permanente empate en las votaciones.
- Los supuestos de autocontratación entre el administrador, sobre todo cuando el contrato involucra a todo el órgano de administración, y la sociedad, imponiéndole la obligación de notificar cada caso a los socios.
- La posibilidad, tan frecuente en la práctica, de que el administrador sea también asalariado de la sociedad o realice con ella contratos de prestación de servicios.
- La mayor o menor libertad que el administrador debe tener para combinar la representación orgánica con la voluntaria, otorgando poderes de representación general, al margen de la Junta general, o desfigurando en la práctica el sistema de administración mancomunada que haya establecido la sociedad (si es el caso), mediante el conferimiento de poderes generales recíprocos entre los administradores.
- La adopción de precauciones frente a las posibles situaciones de boicot del administrador, que se niegue a convocar Juntas, cuando se lo soliciten los socios con derecho a ello, o que no tenga un domicilio conocido para notificaciones y requerimientos.

Dicho lo cual haré una breve enumeración de las normas legales al respecto de las modificaciones estatutarias.

En primer lugar, se hace una lista cerrada (ya mencionada) de modificaciones permitidas, de donde resultan prohibidas todas las demás.

En segundo lugar, están las modificaciones que, aunque permitidas por la Ley, obligan a abandonar esta especial forma societaria, para dejarla sometida al régimen general de las sociedades de responsabilidad limitada. Así:

- El aumento de capital más allá de ciento veinte mil doscientos dos euros.
- La reducción del capital social que lo deje por debajo de tres mil doce euros (aunque nunca por debajo de los tres mil cinco euros y seis céntimos de euro).
- La modificación general de los estatutos, para adecuarlos “a lo establecido en la sección 2.^a del capítulo II” de la Ley. Esto es, el abandono voluntario y no forzado.

Un supuesto discutible es el de que la sociedad decida actuar de forma en que incurra en la situación que la legislación fiscal califica como de sociedad patrimonial. Para lo cual recordemos que no es preciso –ni posible– modificar el objeto social.

La Ley (art. 142) ordena en tal caso la disolución; pero, del mismo modo en que el muy semejante supuesto de que haya más de una sociedad Nueva Empresa propiedad de una sola persona desemboca en la sujeción al régimen general (art. 136.3), parece que este otro, que tampoco supone una violación de ese régimen general, podría ser objeto de una misma solución.

Abonarí a esta conclusión la conveniencia de evitar el derroche de tener que disolver para inmediatamente constituir de nuevo.

Incluso la redacción del artículo 144 parece sugerir que la salida es semejante a la reactivación de la sociedad (algo que, por lo demás, también aquí será posible, en todos los casos de disolución y siempre que concurren los requisitos legales), en cuyo caso sería aplicable a todos los supuestos de disolución, una vez desaparecida su causa.

En tercer lugar, establece la Ley requisitos y normas especiales para las escasas modificaciones permitidas (u obligadas.) Así:

- En cuanto al cambio de denominación social, será preciso seguir los mismos pasos y trámites que los mencionados para el momento de la constitución de la sociedad. A lo dicho en su momento me remito.
- En cuanto al cambio de denominación obligado, por haber dejado de ser socio quien prestó su nombre a la sociedad, la Ley no establece ni el plazo para hacerlo ni las consecuencias de no cambiar la denominación.

La atribución al socio de responsabilidad solidaria –incluso penal, dice el Código de Comercio en su art. 126– por las deudas sociales parece basarse en una actuación provocada por él.

Pero, lo cierto es que el socio excluido, quizá de manera forzosa, no tendrá la posibilidad de influir demasiado en el acuerdo social de sustitución de la denominación, lo que podría excusar una responsabilidad no basada en culpa o negligencia alguna. Quizá por eso el Reglamento del Registro Mercantil, para casos semejantes (art. 401), no atribuye ninguna responsabilidad especial al socio. Lo que en todo caso tendrá ese socio es el derecho a pedir el cambio.

- En cuanto al aumento del capital social –dentro del límite máximo del art. 135, la Ley no establece requisito especial alguno y, dado que el mínimo ya estará necesariamente cubierto, serán aplicables,

sin las dudas antes examinadas, al tratar de la constitución, todas las formas de desembolso, dinerarias y no dinerarias, del régimen general.

Otra cuestión a analizar aquí es la posible eficacia de los acuerdos sociales que, por su contenido, deberían ser materia estatutaria, pero que, por la prohibición de modificar los estatutos, no tendrán acceso a ellos.

La novedad de la prohibición *no proporciona antecedentes dentro del derecho societario*: ninguna otra forma social tiene prohibido o limitado la remodelación de sus estatutos (con respeto a las normas imperativas, por supuesto). Pero sí se produce una situación parecida –no igual– en los estatutos de las comunidades de propietarios. En éstos, la exigencia de unanimidad para modificarlos desemboca, con frecuencia, en un cúmulo de acuerdos y actos de dudosa eficacia, pero que los tribunales, a veces, dan por consolidados y generadores de derechos adquiridos.

Pero, sin necesidad de acudir a analogía alguna, las cuestiones –algunas de ellas– son, después de constituida la sociedad:

- ¿Qué valor tendría el acuerdo de los socios, incluso por unanimidad, de establecimiento de prestaciones accesorias, algo que la Ley exige que conste en los estatutos? No puede ser que ninguno, puesto que cuando menos será una obligación libremente asumida y por tanto exigible; pero, ¿cuáles serán sus consecuencias en caso de transmisión de las participaciones del socio obligado?
- ¿Sería admisible que los socios señalaran un concreto medio de convocatoria de Junta general y que el administrador hiciera caso omiso, por no constar en los Estatutos?
- ¿Y cuál la consecuencia de que los socios decidieran hacer gratuito el cargo de administrador, que los estatutos han configurado como retribuido, o viceversa?

La lista, claro, puede ser muy larga. Pero, el problema es, ¿a quién puede obligar –caso de que lo haga a alguien– un acuerdo de estas características?

La incorporación de un acuerdo a los estatutos, mediante su modificación, supone necesariamente la publicidad del mismo y la presunción de su conocimiento por todos; de ahí que ningún futuro socio pueda alegar su ignorancia.

En materia de sociedades mercantiles, no existe la previsión del Código civil de que los socios mantengan pactos reservados. Carecería de sentido, dada la obligación de que las modificaciones estatutarias consten en escritura pública y se inscriban, en todo caso, en el Registro Mercan-

til. En todas las sociedades mercantiles, excepto en esta Nueva Empresa. Desde luego, no podrá ser aplicable la sanción de la no adquisición de la personalidad jurídica, puesto que ésta la atribuye la Ley a la correcta finalización del proceso constitutivo, pero el caso requiere de alguna solución jurídica, puesto que los socios, o abandonan por inútil esta especial forma social, o sin duda se darán frecuentes supuestos como los que he mencionado.

Un problema añadido es que, en tal caso y a diferencia de lo que antes afirmo en relación con los estatutos propiamente dichos, estos acuerdos no estarán necesariamente amparados por ningún control de legalidad y no tendría asegurada la preeminencia sobre la Ley, que dije caracteriza a los Estatutos.

Contabilidad y cuentas anuales

La simplificación del régimen contable es uno de los pocos beneficios netos que la Ley otorga a las sociedades que se someten al régimen especial, y que no deja sujeto a condiciones ni “peajes.”

El sistema está sólo enunciado o anunciado, ya que queda pendiente de un ulterior desarrollo reglamentario, tanto en cuanto a la contabilidad en sí como a los modelos que servirán para la formulación y presentación de las cuentas anuales.

Por ello, cobra especial importancia la presentación de la reforma que hace la Exposición de motivos, que dice que “[el] modelo, que permitirá la formalización de las obligaciones contables mediante un registro único, estará basado en la llevanza del libro diario, de tal modo que se favorezca la composición inmediata de las partidas a cumplimentar en los modelos de cuentas anuales abreviadas sin que sean necesarios documentos contables adicionales”.

La Ley no dice tal cosa, ni en el artículo 141 (único de la Sección 6.^a, que lleva el ambicioso título de “Cuentas anuales”, pero que sólo regula la contabilidad), ni en la Disposición adicional duodécima (que sí que se refiere a las cuentas anuales). Lo que dirán en su día los desarrollos reglamentarios indicados ya lo veremos, pero esperemos que, efectivamente, supongan una simplificación de las obligaciones de la sociedad.

Disolución de la sociedad

La Ley regula dos supuestos especiales (que se añaden a los generales del art. 104) de disolución de la Sociedad Limitada Nueva Empresa,

en el artículo 142: la permanencia en las pérdidas y el hecho de que le sea aplicable el régimen de las llamadas sociedades patrimoniales.

El segundo supuesto ya lo examiné, al tratar de las modificaciones estatutarias.

En cuanto al primero, la norma es muy semejante a la causa 1.e), del artículo 104; pero con dos precisiones temporales: la del plazo durante el cual deben perdurar las pérdidas y el plazo para corregir la situación.

Sin duda, es bueno que los supuestos de hecho de las leyes queden perfectamente perfilados y concretados, sobre todo cuando imponen obligaciones. Lo malo es que el plazo establecido por el artículo 142 es el mismo para los dos momentos que contempla; no digo dos plazos de la misma duración, sino el mismo período de tiempo.

Esto es, que lo que es objeto de sanción es la concurrencia de “pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social durante al menos seis meses”; pero, ello no basta, es preciso que, además, los socios no restablezcan la situación “en dicho plazo”.

Es como si la Ley de Arrendamientos Urbanos estableciera como causa de extinción del arrendamiento del local de negocio la falta de apertura del establecimiento durante un plazo de seis meses, con la excepción de que abriera el establecimiento ... en ese mismo plazo. Será lo uno o lo otro, pero nunca las dos cosas a la vez.

Si los socios restablecen el equilibrio entre el patrimonio y el capital social antes de que transcurran seis meses, no habrá habido tal período de seis meses de desequilibrio.

Quizá lo que la Ley ha querido decir y no ha dicho es: “a no ser que se restablezca el patrimonio contable en otro plazo igual”, o algo similar.

Transformación de la sociedad

La Ley regula y por lo tanto permite la transformación de la Sociedad Limitada Nueva Empresa en otras varias formas sociales mercantiles e incluso no mercantiles.

Pero, no regula la transformación de ningún otro ente en una Sociedad Limitada Nueva Empresa, ni siquiera de una sociedad limitada ordinaria.

Y como evidentemente no hay ninguna ley que contenga tal previsión, el supuesto no es legalmente posible.

El capítulo séptimo (y último) de la Ley incluye también la regulación de la llamada “continuidad”, bajo la forma de sociedad limitada ordinaria. Desde luego, los supuestos son parecidos, de manera que puede hablarse de una transformación entre comillas o de una transformación impropia. En todo caso, ya lo analicé antes y a ello me remito.

Por ello, si se considera que ese proceso de continuidad es de doble dirección, podría llegarse a los mismos resultados de la transformación en Sociedad Limitada Nueva Empresa, desde cualquier otra forma social, pasando primero por el régimen general de las limitadas.

La regulación de la transformación propiamente dicha no contiene sino la habilitación; ni requisitos ni formalidades. Rige pues el régimen general de las leyes reguladoras de las distintas formas sociales de origen y destino.

Beneficios fiscales

Se contienen en la “Disposición adicional decimotercera” de la Ley.

Se trata del aplazamiento de pago de ciertos impuestos y de la dispensa de la obligación de realizar ciertos pagos fraccionados, siempre referido a los primeros (primero y segundo) años de la vida de la sociedad.

Creo que constituyen el principal reclamo de la Ley; ya que, por sí sola, la regulación propiamente jurídica que la Ley ofrece a los nuevos empresarios no es tan seductora como para compensar los que, en mi opinión, son indudables inconvenientes.

Lo que dudo es que el atractivo fiscal sea suficiente.

Otras cuestiones

Para concluir, diré que quedan fuera de este estudio, como antes dije y porque lo merecen con una óptica mucho más general, las novedades introducidas por esta Ley, también –pero no sólo– aplicables a las sociedades limitadas Nueva Empresa, tales como:

- Autocartera de la Sociedad Limitada.
- Participaciones sociales sin voto
- Continuidad *mortis causa* de la empresa familiar.
- Contratos sucesorios.

MANIFESTACIÓN DEL ESTADO CIVIL

FELIPE POU AMPUERO

Notario

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. REGLAMENTO NOTARIAL. 3. REGLAMENTO HIPOTECARIO. 4. REGLAMENTO DEL REGISTRO CIVIL. 5. JURISPRUDENCIA. 6. DOCTRINA. 7. EL TERCERO HIPOTECARIO. 8. CONCLUSIONES.

1. Planteamiento

En la notaría comparece un comprador que manifiesta que su estado civil es de soltero y adquiere una vivienda para sí. Se inscribe en el Registro de la Propiedad. Dos años después vende la vivienda así adquirida a un nuevo comprador que adquiere la vivienda y acto seguido grava con hipoteca la vivienda adquirida en garantía de la devolución de un préstamo hipotecario solicitado para su adquisición.

Hasta aquí nada extraño. Lo anormal es que, desde el inicio, el primer comprador incurrió en falsedad al manifestar su estado civil, pues al tiempo de la adquisición no se encontraba soltero, sino casado, sujeto al régimen de gananciales y en situación de separado de hecho de su cónyuge.

2. Reglamento Notarial (RN)

Sobre la constancia del estado civil de los otorgantes se refiere el RN en su artículo 156-4.º como una de las circunstancias de los otorgantes que debe figurar en la comparecencia de los mismos. El artículo 159 concreta la forma de expresión al decir que el estado civil se expresará *diciendo si es soltero, casado, viudo o divorciado*. Y, después, el artículo 187-3.º dice:

La fe de conocimiento afecta a la identidad del otorgante, pero no garantiza sus circunstancias de edad, profesión o vecindad, que consignará el notario por lo que resulte de la declaración del propio interesado o por referencia de sus documentos de identidad, sin perjuicio de que, en caso de duda, pueda exigir las certificaciones del Registro del estado civil y cuantos documentos estime necesarios o convenientes.

Con estos datos parece que al notario le basta con la manifestación del interesado sobre su estado civil. Sin embargo, el final del artículo 187 parece dar a entender que tampoco se trata de admitir sin más el estado civil que el otorgante manifieste ya sea por razones de ignorancia, buena fe, capricho, pudor, o incluso falsedad. Porque es evidente que la manifestación del estado civil afecta a terceras personas: al cónyuge si existe, a los hijos, a los terceros contratantes, a la entidad de crédito, etc. No es indiferente un estado civil de soltero o de casado o de separado legalmente.

3. Reglamento Hipotecario (RH)

El RH, por su parte, en el artículo 51, regla 9.ª, declara que la inscripción debe precisar si el titular es soltero, casado, viudo, separado o divorciado. Estas circunstancias deberán resultar del título presentado –la escritura, en nuestro caso–, del que se inscriben las mismas.

4. Reglamento del Registro Civil

En materia de estado civil de las personas, el registro competente no es el de la Propiedad, sino el específico, que es el Registro Civil. De su reglamento, y referido a la constancia del estado civil de las personas, se destacan los siguientes preceptos:

Artículo 266. Las indicaciones registrales sobre régimen económico de la sociedad conyugal se rigen, a falta de reglas especiales, por las de las inscripciones.

Sólo se extenderán a petición de interesado.

No cabe indicación sobre hecho ya inscrito; la practicada se cancelará de oficio con referencia a la inscripción, que tendrá, además del propio, el valor de indicación registral.

En la indicación constará la naturaleza del hecho, la denominación, en su caso, del nuevo régimen matrimonial, el documento auténtico o resolución en cuya virtud se extiende el asiento y, en forma destacada, su carácter de indicación.

El título será devuelto al presentante, con nota firmada en la que se consignará el Registro, tomo y folio en que consta la indicación.

En las inscripciones que, en cualquier otro Registro, produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho. Se acreditarán los datos exigidos por certificación, por el Libro de Familia o por la nota a que se refiere el párrafo anterior, y de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.

En las capitulaciones se consignará siempre el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito el matrimonio celebrado. Si el matrimonio no se hubiere celebrado aún, los otorgantes están obligados a acreditar, en su caso, esos datos al notario por medio de certificación del matrimonio o de exhibición del Libro de Familia, y el notario los consignará por nota al pie o al margen de la escritura matriz; el notario hará a los otorgantes advertencias de esta obligación.

Los notarios expedirán copias de las estipulaciones que afecten al régimen económico matrimonial en los casos permitidos por la legislación notarial y, en particular, a cualquier solicitante que presente un principio de prueba que le acredite como titular de algún derecho patrimonial frente a cualquiera de los cónyuges.

Artículo 363. La vida, estado de soltero, viudo o divorciado, se acreditan por la correspondiente fe del encargado.

La vida se acredita también por comparecencia del sujeto o por acta notarial de presencia, y el estado de soltero, viudo o divorciado, por declaración jurada o afirmación solemne del propio sujeto o por acta de notoriedad.

Ningún órgano oficial, ante quien la vida se acredite por comparecencia del sujeto o el estado de soltero, viudo o divorciado, por aquella manifestación podrá exigir otros medios de prueba, sin perjuicio de la investigación de oficio que proceda en caso de duda fundada. Por los órganos oficiales se advertirá previamente al declarante la responsabilidad penal en que puede incurrir.

De lo anterior también resulta que el estado civil de los interesados resulta de sus manifestaciones para actuar en el tráfico jurídico, sin perjuicio de la investigación de oficio, pero siempre que exista duda funda-

da, es decir, indicios racionales de inexactitud y con previa advertencia al interesado para no incurrir en indefensión y nulidad de actuaciones.

5. Jurisprudencia

La línea seguida por la jurisprudencia y la DGRN está en consonancia con la letra de la ley: el estado civil de los comparecientes resulta de sus manifestaciones, sin que el notario pueda exigir para autorizar, ni el registrador para inscribir, la acreditación fehaciente del estado civil manifestado. Y este enunciado es el que siempre se ha mantenido y nunca cuestionado cuando se presenta un soltero y lo manifiesta como tal, o un viudo, o incluso un divorciado. Pero la cuestión siempre ha resultado más discutida cuando se está ante un compareciente separado legalmente que simplemente lo manifiesta.

Nunca se ha pensado en exigir a un compareciente soltero que acredite con fehaciencia que su estado civil es la soltería. Es verdad que la prueba negativa –no casado– es de imposible cumplimiento, pero al menos se podría exigir que presente un certificado del Registro Civil donde conste que no se encuentra casado y, sin embargo, esto no se exige, ni se pide, ni se cuestiona.

El repaso a la jurisprudencia puede comenzar con un auto del TSJ de Cataluña de fecha 14 de septiembre de 1993, donde se afirma que en una escritura de compraventa debe acreditarse la separación judicial del comprador por la trascendencia que tiene la separación judicial con relación al régimen económico matrimonial.

Después nos encontramos con resoluciones de la DGRN de fechas 16 de noviembre de 1994, 5 de julio de 1995, 1 de octubre de 1998, 12 de junio de 2002 y la reciente de 21 de enero de 2003. En algunos casos, la DG no entra en el fondo del asunto porque se trata de otorgante sujeto a la ley civil catalana o balear y, por tanto, sometido por ley al régimen económico matrimonial de separación de bienes.

Pero, en los fundamentos, la DG no llega a afirmar categóricamente que no sea necesario acreditar el estado civil de las personas, sino que la ley no lo exige y que *por ahora* debe seguirse actuando sin exigir tal acreditación. Para ello se basa en argumentos prácticos de agilidad del tráfico alegando que *si se impusieran las soluciones que exige la mayor seguridad jurídica quedaría turbado el dinamismo del tráfico. Adviértase, además, que un cambio de doctrina pondría en cuestión la legalidad de múltiples asientos ya practicados.*

6. Doctrina

Algunos autores han comentado esta cuestión. ROBLES CARAMAZANA (1) señala con mucha prudencia que siempre se encuentra con el viejo dilema entre seguridad y agilidad. Seguridad jurídica siempre, pero sin perder de vista que debe estar al servicio del tráfico jurídico. No se puede implantar un sistema donde el tráfico sea esclavo de la seguridad, entre otras cosas, porque puede existir tráfico sin seguridad, pero desde luego nunca podrá existir seguridad si no existe tráfico.

Por su parte, BLANQUER UBEROS (2) entiende que las normas reglamentarias consideran suficiente que el estado civil sea el manifestado por el compareciente, salvo en el caso del casado y no separado, en cuyo supuesto habrá que expresar cuál es el régimen económico matrimonial, y si se hubiera pactado uno en capitulaciones deberá acreditarse al notario el otorgamiento de la escritura y su inscripción correspondiente. Pero advierte los peligros de inseguridad de este sistema y alerta a los notarios para que se extreme el celo por consignar en la escritura el verdadero estado civil del compareciente.

No hay que olvidar que el estado civil no afecta a la capacidad de la persona, pero sí afecta a su legitimación para actuar en lo referente a actos de disposición, administración y gravamen de bienes. Es evidente que no se encuentra en la misma legitimación el titular privativo que el titular ganancial, ni el soltero que el divorciado.

7. El tercero hipotecario

Siguiendo la terminología de BLANQUER (3), podemos distinguir cuatro personajes en la escena jurídica: 1) el vendedor, titular registral; 2) el primer adquirente, falsario por cuanto manifiesta con falsía su estado civil al decir que es soltero cuando en realidad es casado; 3) el cónyuge del falsario, al que denominaremos cónyuge ocultado, y 4) el comprador o segundo adquirente, que, confiado en la inscripción registral, adquiere del falsario.

La pregunta es si la protección del tercero hipotecario alcanza al segundo adquirente [4] que adquiere de buena fe a título oneroso la propiedad de quien aparece en el Registro con facultades para transmitirlo (el falsario que el Registro publica como titular registral soltero).

(1) ROBLES CARAMAZANA, Iván-Emilio, *La Notaría*, 2002, julio-agosto, tomo II, p. 126.

(2) BLANQUER UBEROS, Roberto, "Las circunstancias del estado civil del compareciente", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 38, 2001, abril-junio, pp. 31 y ss.

(3) BLANQUER UBEROS, ob. cit., p. 63.

El cónyuge ocultado [3], al conocer la adquisición ganancial realizada por el falsario, reclama su participación y anula la disposición realizada del bien ganancial sin su consentimiento.

Parece que al segundo adquirente [4] no le alcanza la protección del Registro por las siguientes razones:

1. Porque lo que se anula no es el derecho inscrito del falsario, sino la transmisión realizada por el falsario al segundo adquirente (luego no se anula el derecho del otorgante).
2. Porque lo que se anula es el título del segundo adquirente, ya que la inscripción no convalida los actos nulos, pero el título de adquisición del falsario sigue siendo válido, solo que ganancial y no privativo.
3. Porque las circunstancias relativas al estado civil de las personas no son materia propia de la competencia del Registro de la Propiedad, por lo que a estas circunstancias no alcanza la protección registral.

Todas estas consideraciones hacen pensar si, a pesar de la legislación y jurisprudencia vigentes, no sería conveniente extremar el celo profesional en el aseguramiento del estado civil de los comparecientes. Con realismo y con prudencia, pero sin dejarse llevar por la excusa legal del *se ha cumplido con la ley, pero no con la verdad*.

En el supuesto de los separados por sentencia firme no existiría mayor obstáculo en que el notario se asegurara de la certeza del estado civil, bien por exhibición del testimonio de la sentencia de separación, bien por certificación de su inscripción en el Registro Civil.

8. Conclusiones

1. El estado civil de los comparecientes se hace constar por lo que resulta de sus manifestaciones.
2. El ordenamiento no exige la prueba fehaciente del estado civil declarado por el compareciente.
3. Sin embargo, el estado civil manifestado debe ser el correspondiente con arreglo a los criterios legales, sin que, en ningún supuesto, pueda perjudicar a terceros contratantes.
4. El notario deberá extremar el celo profesional en la comprobación de la veracidad del estado civil declarado por los comparecientes.

ALGUNOS COMENTARIOS QUE SUGIERE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 5 DE JUNIO DE 2003 (*)

FRANCISCO HISPÁN CONTRERAS

Notario

Aunque también se ha publicado la sentencia de 17 de julio de 2003 sobre la constitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 5/1999, de 21 de mayo, de Ordenación farmacéutica en la Comunidad de Galicia, vamos a limitar nuestro análisis a la resolución del Tribunal Constitucional de 5 de junio, porque, respecto a las cuestiones que examinaremos en este trabajo, el Tribunal Constitucional se limita a confirmar, el día 17 de julio, lo que sobre las mismas ya había decidido en la sentencia del mes anterior.

Se esperaba con inusitado interés el fallo del Alto Intérprete de la Constitución, por cuanto las cuestiones, sobre las que había de pronunciarse, afectaban a todo un estamento profesional y la solución que se les diera indudablemente repercutiría en los usuarios del servicio farmacéutico, que somos todos los españoles.

(*) Publicado en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 595, de 16 de octubre de 2003.

A la expectativa doctrinal se añadía el hecho de que las Comunidades andaluza y canaria ya tienen en marcha sus respectivos proyectos de leyes de ordenación farmacéutica, que naturalmente habían de quedar influidos por la orientación que marcara el Tribunal Constitucional (en adelante permítasenos la abreviatura TC).

Repetía el insigne civilista OSSORIO MORALES, en las magistrales y claras lecciones recibidas en nuestros años de Universidad, que, en cualquier problema jurídico que se nos plantee, en primer lugar, se ha de buscar una solución que esté presidida por el sentido común y el respeto de los derechos adquiridos. Una vez que se halle esa solución, será cuestión de estudio y razonamientos jurídicos encontrarle apoyos legales y jurisprudenciales.

También decía el profesor OSSORIO, que antes de acudir a los conceptos mixtos (al sí ... pero no) sobre una determinada institución jurídica, debía profundizarse, más que en virtuosismos deletéreos doctrinales, en la finalidad perseguida por el legislador al instaurarla; y nunca había que hacerle decir a las instituciones y conceptos jurídicos lo que no quisieron decir, sin perjuicio de su adaptación a la cambiante realidad jurídica, siempre que tal cambio haya tenido efectivamente lugar.

Por ello y teniendo en cuenta que el caballo de batalla de la constitucionalidad de los preceptos de las leyes Autonómicas de Atención Farmacéutica de Extremadura, de 25 de junio de 1996, y de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha, de fecha 26 de diciembre de 1996, radica en la significación que, en orden a las oficinas de farmacia, tiene la autorización administrativa que culmina el expediente instado por el solicitante o adquirente de aquellas, vamos a exponer someramente la sustancia teleológica de tal autorización, que nos ayudará a comprender su peculiar naturaleza jurídica, de la cual y de sus diferencias con la concesión administrativa nos hemos ocupado en otro lugar (véase nuestro "Dictamen sobre posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad de las Oficinas de Farmacia" en *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*. Diciembre 2002).

La razón de ser de las autorizaciones administrativas que afectan a las oficinas de farmacia estriba, fundamentalmente, en poner de manifiesto el hecho de que la Administración ha culminado y resuelto el expediente, instado al efecto, y han sido efectuadas una serie de comprobaciones, entre las que, sin ánimo exhaustivo, podemos citar las siguientes:

- 1) Que el solicitante o adquirente de una oficina de farmacia está provisto de la titulación académica requerida.

- 2) Que el local donde se va a desarrollar la actividad empresarial reúne los requisitos de dimensiones y distancia a otros establecimientos farmacéuticos que exige la legislación.

3) Que la oficina de que se trate encaja en el planeamiento u ordenación territorial de estos establecimientos sanitarios, el cual debe haberse efectuado atendiendo a los módulos de población y distancia entre las oficinas que hayan determinado las respectivas Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta la densidad demográfica, características geográficas y dispersión de la población. Así lo establece el artículo 2 de la Ley estatal 16/1997, de 25 de abril, cuyos artículos 2.1, 2.2, 2.5, 4, 5 y 6 constituyen legislación básica del Estado sobre Sanidad, según declara su Disposición Final Primera y reconoce expresamente el TC.

Si se cumplen los anteriores requisitos, la Comunidad Autónoma respectiva tiene que conceder la autorización, la cual, por tanto, ni es ni ha sido nunca discrecional, siendo múltiples las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que han obligado, a la Administración, a conceder la oportuna autorización administrativa, cuando se ha resistido a otorgarla a pesar de la concurrencia de las mentadas condiciones.

Sirva de ejemplo la sentencia de 4 de marzo de 1985, que de una manera inequívoca dice que: "en esta materia la actividad de la Administración no es discrecional sino reglada, y, por tanto, si se cumplen los presupuestos legales, habrá de accederse a la autorización de apertura pedida".

También corresponde, a la autorización administrativa, el importante cometido de determinar un sujeto, como titular del establecimiento, que en adelante será el portador de cuantos derechos, obligaciones y responsabilidades se anudan a esa titularidad.

Por ello, la autorización ha de ser personal y recaer en una persona física. Pero el que la autorización deba ser personal no quiere decir que sea personalísima y ello acarree ineluctablemente la intransmisibilidad de la oficina de farmacia.

La transmisibilidad de las oficinas de farmacia significa la posibilidad de transmisión de un establecimiento que, al estar en funcionamiento, hay que dar por supuesto que se encuentra ajustado al planeamiento; y ha de hacerse, conforme al artículo 4 de la Ley 16/1997, a favor de otro farmacéutico.

Concurriendo las anteriores circunstancias, es obligado para la Comunidad Autónoma, la concesión de nueva autorización administrativa a favor del nuevo titular.

Una vez otorgada la autorización administrativa, el establecimiento farmacéutico reúne las características de una verdadera y propia empresa de su titular. Son multitud las sentencias de los Tribunales que así lo han reconocido expresamente. Valgan a título de ejemplo las siguientes:

a) La sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de fecha 7 de diciembre de 2000, confirmada por la de la Sala de lo Penal del Tribunal

Supremo, de 23 de septiembre de 2002, dice que: “La Farmacia, aunque necesariamente regentada por un Licenciado, no deja de ser UN NEGOCIO que procura ganancias según el número de ventas efectuadas”.

b) Numerosas son las de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. De aquí que la reciente de 16 de junio de 2003 diga que: “Este Tribunal ha declarado, reiteradamente, el carácter comercial de los establecimientos de farmacia, llegando a precisar, en la sentencia de 26 de febrero de 1979, dictada por la Sala de lo Civil, que «LAS FARMACIAS SON LOCALES DE NEGOCIO» ... «sin que la circunstancia de estar limitado el ejercicio de esta actividad negocial a las personas que se hallen en posesión del correspondiente título, haga perder el carácter mercantil a la función que las mismas ejercen» ... Y las sentencias de 10 de mayo de 1990 y 4 de abril de 1997 se refieren, respectivamente, al farmacéutico como titular de una actividad comercial y como profesional sanitario, y a las Oficinas de Farmacia como establecimientos sanitarios con independencia de su consideración mercantil e industrial”.

Antes de proseguir, vamos a exponer algunos de los razonamientos del TC.

La sentencia del TC de 5 de junio de 2003 dice, en su Fundamento Jurídico 4, que los principios básicos “son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente”; y lo que ha de considerarse como bases o legislación básica es “un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad ... a partir del cual pueda cada Comunidad introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto”.

Sigue diciendo el propio Fundamento 4 que el instrumento para establecer las normas básicas es la ley; y que: “la ley debe declarar expresamente el carácter básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión básica”.

En el Fundamento Jurídico 8 se dice que, al haber sido derogado el Real Decreto-Ley 11/1996 por la Ley 16/1997, “han perdido vigencia los principios básicos contenidos en el artículo 2.3 de dicho Real Decreto-Ley y ... la normativa autonómica que se hubiere dictado en desarrollo de aquel precepto básico ... habrá de tener en cuenta la normativa básica que posteriormente se dicte”.

Más adelante dice el mismo Fundamento Jurídico 8 que: “cuando se trate de elementos estructurales de un determinado diseño de LA EMPRESA FARMACÉUTICA, estamos, indudablemente, ante materia propia de las bases y, por lo tanto, competencia del Estado. Y de lo que no cabe duda

es de que la transmisibilidad o no de las oficinas de farmacia constituye uno de esos elementos estructurales”.

Termina el argumento del TC sentando que: “la opción material relativa a la TRANSMISIBILIDAD DE DICHAS AUTORIZACIONES (las de apertura de oficinas de farmacia) es la que determina el modo de satisfacción del interés público sanitario presente en la dispensación de medicamentos”.

El Fundamento Jurídico 8, antes de declarar el carácter básico del artículo 4 de la Ley 16/1997, concluye diciendo que: “La configuración como básica de la transmisibilidad de las autorizaciones administrativas de apertura de las oficinas de farmacia, conforma un mínimo común normativo para todo el territorio nacional y, a la vez, permite expresamente a las Comunidades Autónomas que desarrollen, con un alcance suficiente, su función planificadora en aras del interés público”.

Hasta aquí, salvo la imprecisión conceptual que lleva consigo el hablar de transmisión de las AUTORIZACIONES, puede considerarse irreprochable la argumentación y la doctrina del TC. Lo discutible y perturbador, a nuestro juicio, es lo que se dice a continuación: “Conviene subrayar que (el artículo 4 de la Ley 16/1997) *no proclama un principio general de transmisibilidad, sino una transmisibilidad limitada en los términos y con los condicionamientos a que acaba de hacerse referencia*”.

Conviene hacer en este punto algunas puntualizaciones:

PRIMERA. El artículo 4 de la Ley 16/1997 no proclama la transmisibilidad de las autorizaciones administrativas, sino DE LAS OFICINAS DE FARMACIA. La sentencia que comentamos, con tecnicismo criticable, unas veces habla de la transmisibilidad de las oficinas de farmacia y otras de transmisibilidad de las autorizaciones.

La autorización administrativa se concede a un farmacéutico que, al solicitarla, justifica tener derecho de disfrute sobre un local que reúne los requisitos de dimensiones físicas y distancia a otras oficinas, aparte de encajar en el planeamiento que afecta a una población determinada.

El farmacéutico que ha adquirido por compra una oficina de farmacia, no se limita a notificar a la Administración que ha comprado una autorización, sino que solicita una nueva a su nombre, amparándose en el artículo 4 de la Ley 16/1997.

Hasta que se expida la nueva autorización, el anterior titular será el único responsable de “garantizar el servicio a los usuarios”, a efectos de lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Ley 16/1997.

Ahora bien, la potestad de la Administración que conceda la nueva autorización no es discrecional, sino reglada, como siempre lo ha sido. En aquellos casos en que los particulares no han recibido la autorización solicitada, no obstante cumplir los requisitos legalmente exigidos, a los Tri-

bunales de Justicia les ha correspondido compeler a la Administración a otorgar la autorización indebidamente denegada.

SEGUNDA. Cuando el artículo 4.2 de la Ley 16/1997 dispone que: “Las Comunidades Autónomas regularán las formas, condiciones, plazos y demás requisitos de las transmisiones de estos establecimientos” no está —como dice el penúltimo párrafo del Fundamento Jurídico 8— permitiendo “expresamente a las Comunidades Autónomas que desarrollen, con un alcance suficiente, su FUNCIÓN PLANIFICADORA en aras del interés público”.

El TC está confundiendo la función planificadora, a la que se refiere el artículo 2 de la Ley 16/1997, con la regulación de los REQUISITOS de las transmisiones de las oficinas, materia limitada claramente por el legislador estatal a lo que resulta de la dicción del artículo 4.2. En efecto:

a) El artículo 2 de la Ley 16/1997 da unas pautas básicas en orden a la planificación farmacéutica, incardinándola en la planificación sanitaria y proclamando que “se establecerá teniendo en cuenta la densidad demográfica, características geográficas y dispersión de la población”; y que: “La ordenación territorial de estos establecimientos se efectuará por módulos de población y distancias entre oficinas de farmacia que DETERMINARÁN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CONFORME A LOS CRITERIOS GENERALES ANTES SEÑALADOS”.

Por tanto, la importante materia de fijar el número de habitantes por establecimiento y la distancia entre las oficinas de farmacia, así como autorizar la creación de botiquines en núcleos pequeños de población y determinar el número de farmacéuticos adjuntos y el horario mínimo de apertura al público (art. 6), es lo que se deja al arbitrio del legislador autonómico.

Al amparo de estas amplias facultades, planificadoras, las Comunidades AUTÓNOMAS pueden precisar el número de oficinas de farmacia de sus respectivos territorios. Mas esta función planificadora no resulta del artículo 4.2 de la Ley 16/1997 sino de su artículo 2.2 que, como aquél, tiene carácter de legislación básica.

b) En cambio, el artículo 4.2 permite a las Comunidades Autónomas no planificar, sino regular las formas, condiciones, plazos y demás REQUISITOS de las transmisiones de los establecimientos de farmacia.

La ley no dice “transmisiones de las autorizaciones” sino “transmisiones de los establecimientos”; luego son los requisitos de forma, condiciones, plazos y otros que puedan afectar al negocio o acto jurídico de transmisión de la oficina, los que han de ser regulados por el legislador autonómico. Más adelante insistiremos sobre este punto.

TERCERA. La Ley 16/1997 se propone, según su preámbulo, mejorar la atención farmacéutica, atendiendo demandas sociales mediante una serie de medidas, tales como la exigencia de la presencia constante de un farmacéutico en la actividad de dispensación; creación de farmacéuticos adjuntos obligatorios, flexibilización del régimen de jornada y horario, simplificación de los expedientes de autorización de apertura y –como una medida más de mejora de la atención farmacéutica– “la regulación de la transmisión de las oficinas de farmacia, ratificándose el criterio tradicional de nuestra legislación de que únicamente pueda realizarse a favor de otro u otros farmacéuticos”.

No cabe duda de la importancia que el legislador estatal concede a la regulación de la transmisión de las oficinas de farmacia, hasta el punto de considerarla como una de las medidas a tomar para mejorar la atención farmacéutica a la población.

El farmacéutico, o bien ha dedicado esfuerzo y trabajo a potenciar las ventas de su establecimiento, elaborar las fórmulas magistrales y preparados oficinales, seguimiento de tratamientos farmacológicos (art. 1 de la Ley 16/1997), etc., en los casos de oficinas de nueva creación, o bien, ha invertido, además, una fuerte suma, casi siempre mediante crédito hipotecario, en la compra de la oficina de farmacia.

En definitiva, el titular de la oficina de farmacia tiene una serie de derechos y expectativas dignas de protección jurídica que, además, están en relación directa con una mejor atención de los pacientes. Es obvio que una excelente prestación del servicio redundará en aumento de las ventas y, por ende, en el valor del establecimiento.

Por ello, nuestro Derecho, tradicionalmente, no sólo ha considerado y protegido la transmisión *inter vivos* y a título oneroso de la oficina de farmacia, sino los derechos a la continuidad *mortis causa* en la titularidad de la misma siempre que, en uno y otro caso, el nuevo titular fuera farmacéutico.

El Tribunal Supremo, en múltiples y ejemplares sentencias, ha distinguido, con criterio preciso y plausible, entre la titularidad de la oficina (que sólo podría pasar a un heredero del farmacéutico fallecido licenciado en farmacia o estudiante de tal carrera) y el patrimonio civil del difunto, que habría de corresponder siempre al conjunto de sus herederos o a los designados en testamento.

En el sentido indicado pueden citarse, entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo:

a) La sentencia de 27 de diciembre de 1991, que reconoce al nieto “el derecho a ejercer como titular de la farmacia que fue de su abuelo ... en el mismo lugar en que permanece abierta la farmacia si dispusiera del local o en otro que debe indicar al Colegio de farmacéuticos”. El Alto

Tribunal había declarado previamente, en el Fundamento de Derecho Cuarto, que no se puede “en esta sentencia dictada en un proceso contencioso-administrativo dilucidar los derechos civiles, objeto de otros procesos relativos al patrimonio hereditario”.

b) La sentencia de 22 de septiembre de 1998, la cual, en el Fundamento de Derecho Tercero, “reconoce el derecho a la continuidad de la heredera estudiante de farmacia (hija del farmacéutico-titular fallecido) sin hacer pronunciamiento alguno sobre la totalidad de la herencia y sobre el patrimonio civil que la farmacia conlleva”.

c) Igualmente la sentencia de 5 de febrero de 2000, en el Fundamento de Derecho Primero, dice que: “Hay que distinguir los aspectos administrativos y civiles, pues si bien la actividad de los farmacéuticos tiene un indudable interés público que motiva que esté condicionada a una autorización administrativa, no es menos cierto que una farmacia y sus existencias constituyen un patrimonio civil que es objeto de herencia”.

La sentencia citada reconoce que la hija y heredera del farmacéutico fallecido, que finalizó los estudios de farmacia, tiene derecho a que se declare que ha de obtener la titularidad de la oficina “sin perjuicio de los acuerdos a que deba llegar con los coherederos sobre la herencia del farmacéutico fallecido”.

En los casos de fallecimiento, cesaba la actividad en la oficina desde el óbito hasta el nombramiento de un regente, o sea, hasta que aparecía un nuevo responsable de la actividad farmacéutica. Después, una vez acreditadas las formalidades y demás requisitos que conlleva la sucesión *mortis causa* (justificación por parte del heredero solicitante de su título de farmacéutico o de su condición de estudiante de farmacia), dentro de los plazos legales establecidos, cesaba el regente en su cometido y se expedía autorización administrativa a favor del nuevo titular responsable de la oficina.

En suma, tanto en los casos de transmisión *inter vivos* como *mortis causa* se transmitía la oficina de farmacia y no la autorización administrativa, la cual, en uno y otro supuesto, era el documento administrativo, en el que la Administración Pública plasma la resolución expresiva de que el solicitante de la titularidad de la oficina cumple los requisitos legales a que nos referíamos al principio de este trabajo.

Por todo lo anteriormente expuesto, entendemos que el artículo 4 de la Ley 16/1997 se refiere tanto a las transmisión *inter vivos* como *mortis causa* –si así lo quiere el testador y el beneficiario es farmacéutico– de las oficinas de farmacia (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*); con ello, además de corroborarse el sistema transmisivo que tradicionalmente ha adoptado la legislación y jurisprudencia patrias –el Funda-

mento Jurídico 7 de la sentencia de 5 de junio de 2003 reconoce que: “la Ley 16/1997 no se presenta a sí misma como una ruptura con el sistema anterior”– no se incurre en las incongruencias que indefectiblemente resultan de considerar que el artículo 4 se refiere a la transmisión de la autorización administrativa y no, como sugiere su clara dicción, a la transmisión de las oficinas de farmacia.

Las anteriores puntualizaciones pueden servir de apoyo al análisis del aspecto menos encomiable, a nuestro juicio, de la sentencia que comentamos.

La sentencia del TC de 5 de junio de 2003, con razonamientos impecables, declara el carácter básico del artículo 4 de la Ley 16/1997. No obstante, podemos imaginarnos las discusiones de sus autores sobre si era o no transmisible la autorización administrativa concedida personalmente a un farmacéutico.

Con buen criterio, que honra al TC, éste se ha decidido por la condición de legislación básica que tiene el artículo 4, pero, en aras de los recurrentes autonómicos y de quienes han mantenido a ultranza el carácter personal e intransmisible de la autorización, se impuso al fin el criterio salomónico de admitir la transmisión *inter vivos* y negar, *de facto*, la *mortis causa*, considerando como causas de caducidad la muerte y la incapacidad del titular o el cumplimiento de la edad de 70 años.

El TC, en el Fundamento Jurídico 10, declara que: “el carácter personal de las autorizaciones de apertura de oficinas de farmacia ... no encaja sin dificultad en una transmisión enteramente libre y desde luego no es esa libertad la que se desprende de las normas básicas”.

Este párrafo revela la preocupación por no caer en la incongruencia –y pretender salvarla así de algún modo– que supone considerar, por una parte, que la autorización es personal y, por otra, admitir su transmisibilidad siquiera sea con las LIMITACIONES que, distorsionando el término REQUISITOS, entiende el TC que pueden establecer las legislaciones autonómicas.

Este es el razonamiento que consideramos más criticable, por cuanto el llamamiento que se hace, en el artículo 4.2, a las Comunidades Autónomas, es exclusivamente para regular las formas, condiciones, plazos y demás requisitos de las transmisiones de las OFICINAS DE FARMACIA.

No pueden establecerse, so pena de traumatizar el precepto, limitaciones al claro principio de transmisibilidad de las oficinas de farmacia, principio, que, plasmando nuestro derecho y jurisprudencia tradicionales, proclama el artículo 4.1 de la Ley 16/1997.

Si el legislador estatal hubiera pretendido dejar al arbitrio de la legislación autonómica el establecimiento de LÍMITES al principio general de transmisibilidad, hubiera empleado este término u otro similar.

Al legislador de 1997 sólo le preocupa que la transmisión del establecimiento se realice a favor de otro farmacéutico y deja en libertad a las Comunidades Autónomas para establecer los requisitos de la transmisión. Por tanto, sin pretender agotar los variadísimos supuestos que es susceptible de ofrecer la problemática específica de cada Comunidad Autónoma, puede considerarse que éstas, a las sombra del artículo 4.2, están facultadas para regular:

1) La forma documental de las transmisiones.

2) Las condiciones, plazos y demás requisitos de las mismas. Así, si se trata de transmisión *inter vivos*, habrá que acreditar el derecho (de propiedad, arrendamiento, usufructo, etc.) del adquirente sobre el local de la oficina, ya se trate del mismo que ocupaba ésta o del nuevo a donde se solicite el traslado, siempre que se pruebe la concurrencia de las condiciones exigidas de superficie y distancia a otro establecimiento.

En los casos de extinción del contrato de arrendamiento, que servía de soporte al disfrute del vendedor, el comprador, habrá de aportar el nuevo contrato que le autorice a disfrutar del local.

3) Los plazos de las transmisiones, tratándose de las *inter vivos*, parecen referirse al tiempo que la respectiva Comunidad Autónoma se conceda para otorgar la autorización al nuevo titular, una vez sea presentada, por éste, toda la documentación necesaria.

También puede referirse el plazo al que podrían conceder las legislaciones autónomas a los herederos del titular-farmacéutico declarado incapaz, o sin herederos farmacéuticos o estudiantes de farmacia, para vender la oficina.

La regulación autonómica de los plazos tendrá suficiente juego en las transmisiones *mortis causa*, donde han de establecerse plazos, para el nombramiento del regente y para la justificación, por parte del heredero o herederos del titular, de su condición de farmacéuticos, los cuales han de presentar, con el citado propósito, la documentación oportuna.

De la concesión de un plazo de dieciocho meses otorgado, por la Administración Corporativa, a los familiares de un farmacéutico fallecido, para vender o cerrar la farmacia, se ocupa la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2001. El Tribunal Supremo estima que no existe en tal caso la obligación de enajenar o cerrar, en dicho plazo, porque hay una heredera, farmacéutica, con “derecho ... a la titularidad de la autorización administrativa necesaria para la continuidad de la actividad de dicha oficina de farmacia”.

Puede verse cómo la Sala Tercera estima inadecuado el plazo para vender o cerrar cuando hay un heredero con derecho a la “titularidad de la

autorización administrativa". Con ello se corrobora tanto la doctrina como el preciso tecnicismo del Alto Tribunal.

El Tribunal Supremo nunca ha limitado las transmisiones de oficinas de farmacia a las de carácter oneroso. Así, la sentencia de la Sala Tercera de 2 de febrero de 1996 considera "de conocimiento general" la existencia de traspasos de farmacias, a título oneroso, y su transmisión a título lucrativo.

El otro aspecto que consideramos menos afortunado de la sentencia que comentamos es la justificación que en ella se hace de la constitucionalidad de la decadencia, sin más, de los derechos del farmacéutico, al llegar éste a la edad de 70 años, o ser declarado incapaz.

El que el farmacéutico ejerza una actividad privada de interés público no debiera servir de cobertura para establecer una edad de jubilación, *de facto*, que cumplida, según declara el TC, le priva de la titularidad de farmacia, pero, en cambio, no le impide –por ello dice el TC que no es una jubilación– que pueda "seguir ejerciendo su profesión libremente, incluso colaborando en la dispensación de medicamentos, aunque no como titular de un establecimiento de farmacia ... de modo que no se produce una cesación forzosa en la actividad profesional".

Es decir, para el TC, el farmacéutico que cumpla 70 años puede ejercer una actividad de interés público por cuenta de otro, pero no por cuenta propia. Es decir, está jubilado como empresario, pero no como trabajador, cualificado, por cuenta de otro empresario.

El juez o el registrador jubilados (salvo habilitaciones legales) dejan de serlo y quedan privados de su *status* el día de su jubilación, mas el farmacéutico continúa siéndolo y puede ejercer igual actividad, pero ahora por cuenta ajena. (Otra vez como en lo concerniente a la transmisibilidad: Sí ..., pero no.)

El artículo 4.3 de la Ley 16/1997 autoriza a las Comunidades Autónomas para prohibir las transmisiones de las oficinas de farmacia en los casos de cierre por sanción de inhabilitación profesional o penal, pero no por el hecho de que el farmacéutico cumpla 70 años.

Así como la privación de la sucesión *mortis causa*, en materia de oficinas de farmacia (con la distinción legal y jurisprudencial más arriba referida, entre titularidad de la oficina y patrimonio civil), puede dar lugar a casos de suma injusticia, *v. gr.*, aquellos en que el farmacéutico al poco tiempo de adquirida la oficina –y endeudarse seriamente– fallezca de muerte repentina o accidente; igualmente las consecuencias prácticas dañosas e injustas se instalan en el ámbito de la jubilación.

Para intentar paliarlas, el farmacéutico, ante su próxima edad de jubilación, se verá compelido a transmitir su farmacia, para evitar la depreciación real que estaría sufriendo su empresa conforme avanza en edad.

Se van a producir, en algunas ocasiones, transmisiones *inter vivos* sin la debida reflexión, a favor de hijos. Los notarios conocen muy bien los inconvenientes que suelen acarrear, en la práctica, las transmisiones prematuras de bienes a favor de familiares.

Y no se diga, como hace el TC –para desentenderse del perjuicio que ocasiona la instauración de las causas de caducidad, por muerte, incapacidad o jubilación impuesta– que: “queda garantizado el derecho del titular de la oficina a la libre disposición de los muebles y enseres”, pues los locales, muebles y enseres quedan sensiblemente devaluados al quedar desconectados de una oficina de farmacia abierta al público.

Por otra parte, ¿quién indemniza al farmacéutico del valor de la clientela? Téngase en cuenta que el legislador de Arrendamientos Urbanos ha previsto la indemnización por clientela (art. 34 LAU de 24 de noviembre de 1994).

En igual sentido, la sentencia, ya citada, de 2 de febrero de 1996, considera a efectos de valoración de la transmisión de la oficina que “unas veces se transmite la totalidad del patrimonio afecto a la explotación de la farmacia, incluido, por tanto, el local, el mobiliario, los utensilios, los enseres y las existencias y, obviamente, el derecho de establecimiento derivado de la licencia o autorización administrativa correspondiente, además del FONDO DE COMERCIO (clientela, etc.) ...”.

Hay que suponer que la caducidad por incapacidad requerirá una declaración judicial de tal *status* jurídico. ¿Y si después de declarada la incapacidad, “sobrevinidas nuevas circunstancias” –como autoriza el art. 212 del Código civil– se deja sin efecto la incapacitación?

No resultan convincentes los argumentos que esgrime la sentencia de 5 de junio de 2003, en su Fundamento Jurídico 10, para justificar la aparición de una edad de jubilación farmacéutica y la correlativa inaplicabilidad –que no se declara expresamente pero ineluctablemente se deriva de lo anterior– del artículo 4 de la Ley 16/1997 a la transmisión *mortis causa*. Por cuanto:

1) No puede aprovecharse la regulación de los REQUISITOS del acto o negocio jurídico de transmisión de una farmacia, para introducir en la expresión “demás requisitos” algunos que no sean similares a los de “forma, condiciones y plazos”.

La imposibilidad de transmitir una oficina de farmacia, después de los 70 años, sería un requisito de capacidad, que el legislador de 1997 cree innecesario que se regule específicamente por las Comunidades Autónomas; por ello, el artículo 4 no utiliza el término capacidad; tampoco se nombra, entre los requisitos a regular por la legislación de las Comunidades Autónomas, el objeto a que afecta el negocio jurídico de transmi-

sión, por entender el legislador que al registrarse por las normas generales no precisa de regulación por parte de la legislación autonómica.

En cuanto a la capacidad o aptitud para adquirir una oficina de farmacia sí se establece, como única limitación, la consistente en estar en posesión del título de farmacéutico (art. 4.1 Ley 16/1997).

El TC no analiza, en profundidad, el artículo 4 de la Ley 16/1997; y sin detenerse a examinar con minuciosidad cuáles pueden ser los requisitos de la transmisión, sólo advierte que tales requisitos “no podrán ser arbitrarios ni podrán entrar en pugna con la Constitución”.

Ya hemos visto antes cómo por considerar que el artículo 4 de la Ley 16/1997 se refiere a la transmisibilidad de la autorización administrativa –y no como claramente declara el precepto a la transmisibilidad de las oficinas de farmacia– estima el TC que se trata de una transmisibilidad que puede estar limitada por la legislación autonómica, cobijándose las posibles limitaciones bajo el amplio paraguas de la regulación de “los demás requisitos de las transmisiones de estos establecimientos”. Ello permite declarar al TC que las causas de caducidad “han de considerarse conformes a la Constitución en la medida en que no impidan la mínima transmisibilidad desde la norma básica”.

La autorización administrativa no es más que una resolución que se limita a constatar la concurrencia de requisitos legales en un determinado farmacéutico para ostentar la titularidad de una oficina de farmacia. Naturalmente la autorización tiene carácter personal y habilita para la gestión empresarial de una determinada oficina.

Lo anterior no es obstáculo para que la oficina de farmacia pueda transmitirse y el adquirente tendrá derecho a que, con carácter reglado, la Administración –antes estatal, ahora autonómica– dicte nueva resolución administrativa cuyo contenido adoptará la forma de una nueva autorización a favor del adquirente.

Puede observarse que el artículo 4 de la Ley 16/1997 emplea en sus tres apartados la expresión de “transmisión de las oficinas” o “transmisión de los establecimientos” –con igual significación–, pero nunca habla de transmisión de la autorización.

Con esta doctrina, que ha sido la tradicionalmente tenida en cuenta en nuestro país, no hay resquicio alguno para instalar las causas de caducidad por muerte o cumplir 70 años de edad, teniendo que basar, el TC, la primera, en la naturaleza personal de la autorización, como si se tratara de una concesión administrativa de carácter personalísimo cuyo objeto revierte al Estado –que nunca fue titular de la oficina– en caso de muerte del concesionario.

Es de notar que hasta el magistrado del TC, García Manzano, discrepante de la sentencia de 5 de junio de 2003, en su voto particular, no obs-

tante mantener una postura a ultranza a favor de la intransmisibilidad, tiene que reconocer que: “tiene pleno sentido que las licencias o autorizaciones previas, a la legislación autonómica que se recurre, QUE ATIENDE A CRITERIOS OBJETIVOS EN SU OTORGAMIENTO, sean transmisibles”.

García Manzano reconoce algo obvio, en lo que hemos insistido en este trabajo, esto es, la autorización administrativa siempre se ha concedido –y en caso contrario, a ello han compelido los Tribunales de Justicia– a quienes siendo farmacéuticos tuvieran derechos de disfrute sobre un local que cumpliera los requisitos legales de dimensiones y distancia, aparte de que la oficina estuviera prevista en el planeamiento vigente.

El error de García Manzano, como el del TC, estriba en considerar que la transmisibilidad se refiere a la autorización (que siempre ha tenido y tendrá carácter personal) y no a la oficina de farmacia, que es lo que tradicionalmente se ha transmitido y en el futuro debe transmitirse, sin perjuicio de que el funcionamiento de la oficina adquirida esté amparado por nueva autorización –de otorgamiento no discrecional, sino reglado, atendiendo siempre a condiciones objetivas– a favor del farmacéutico, sea comprador o beneficiario *mortis causa*. Por ello, la sentencia del Tribunal Supremo, antes citada, de 23 de abril de 2001, habla “de la atribución de la titularidad de la autorización administrativa necesaria para la continuidad de la oficina de farmacia”.

Todo ello es independiente de que en la adjudicación de autorizaciones por concurso de méritos –en los supuestos de ampliación de cupo de farmacias con ocasión de revisarse el planeamiento vigente– se atienda a las condiciones personales de mérito y preparación que consten en las bases del respectivo concurso.

La muerte del farmacéutico sólo ha significado, tradicionalmente en nuestro sistema, la desaparición del titular, responsable de la oficina. Pero el fallecimiento no fue obstáculo para que alguno de los herederos de la empresa farmacéutica, provisto de la titularidad adecuada, obtuviera una autorización a su nombre. Nunca hubo inconveniente, en nuestro Derecho, para que, siendo la autorización personal, fuera transmisible, sin cortapisa alguna, el negocio farmacéutico, al que seguidamente se provea de nueva autorización.

Incluso el artículo 14 de la Orden del Ministerio de Sanidad de 21 de noviembre de 1979 dice que: “no se considerarán cesión, traspaso o venta las transmisiones a título gratuito entre padres e hijos farmacéuticos”. Esta Orden Ministerial “desarrolla el RD 14 de abril de 1978 sobre establecimiento y transmisión de oficinas de farmacia”, el cual fue derogado por el, también hoy derogado, RD-Ley 11/1996, de 17 de junio.

En cuanto a la otra causa de caducidad que contemplábamos, la de caducidad por alcanzar la edad de 70 años, la justifica el TC en que el

artículo 1 de la Ley 16/1997 considera las oficinas de farmacia como “establecimientos sanitarios privados, de interés público”, por lo que “el establecimiento de una edad tope se conecta con dicho interés y ni impide la posibilidad de transmisión ni puede estimarse arbitraria”.

Entendemos que el interés público puede servir de soporte a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 16/1997, esto es, “la presencia y actuación profesional de UN FARMACÉUTICO es condición y requisito indispensable para la dispensación al público de medicamentos”.

No se dice que la presencia debe ser SIEMPRE del farmacéutico-titular, sino que siempre debe haber en la oficina un farmacéutico sea o no titular. ¿Cómo podría exigirse la presencia constante del farmacéutico titular en las oficinas de farmacia abiertas las veinticuatro horas del día?

Al legislador de 25 de abril 1997 –que recoge la definición de oficina de farmacia en que se apoya el TC– sólo le preocupa, como es lógico, que el interés público quede a salvo con la presencia de un farmacéutico; ya en el propio artículo 1 da por supuesto que para prestar “los servicios básicos a la población” que enumera el precepto, el farmacéutico titular-propietario podrá estar “asistido, en su caso, de ayudantes o auxiliares”. Y el artículo 5,2 de la propia Ley dispone que: “Las Comunidades Autónomas podrán regular el número mínimo de farmacéuticos adjuntos, que, además del titular, deban prestar servicios en las oficinas de farmacia al objeto de garantizar la adecuada asistencia profesional a los usuarios”.

Con todo lo anterior estima el legislador de 1997 que el “interés público” queda a salvo y perfectamente atendido.

También se dicta, en atención al interés público, otra norma básica, el artículo 6 de la Ley 16/1997, que deja bajo el control de las Comunidades Autónomas el régimen flexible de jornada y horarios de los servicios farmacéuticos.

Por ello no es justo apoyar en el interés público –en aras del cual, como hemos visto, se dictan suficientes medidas de protección– el establecimiento de una edad tope que en nada va a suponer un plus favorecedor de los servicios que las oficinas de farmacia prestan a los usuarios.

En las oficinas de las ciudades suele haber uno o varios farmacéuticos empleados. Al usuario no le afecta el ser atendido por el titular o por otro farmacéutico. Ya cuidará el titular de que se preste bien el servicio de atención por parte de los adjuntos.

Si la oficina está situada en un pequeño núcleo de población será el propio titular, si no hay margen empresarial para sufragar el sueldo de otro farmacéutico, el que se ocupará de vender la oficina cuando personalmente no pueda prestar los servicios que su empresa le demanda.

Tampoco puede justificarse, como hace el Fundamento Jurídico 15 de

la sentencia, el establecimiento de una edad tope, de 70 años, en “la competencia autonómica de planificación territorial”, pues una cosa es la ordenación farmacéutica (número de habitantes por oficina, distancia entre las mismas, etc.) y otra trasladar la limitación temporal, típica de las concesiones administrativas, a esta peculiar autorización que nunca tuvo límite temporal.

Ni el interés público, suficientemente atendido, con todas las disposiciones legales, antes referidas, ni las facultades de planificación, deben obscurecer la atención del interés patrimonial del titular de la oficina, también digno de protección.

El artículo 103,2 de la Ley General de Sanidad, si bien considera a las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios, ello es “a los efectos previstos en el Título IV de esta Ley”; y este Título IV lleva como epígrafe “DE LAS ACTIVIDADES SANITARIAS PRIVADAS”; ello demuestra que al legislador estatal, en una ley que sienta las bases en materia sanitaria, le preocupa predominantemente el interés público, pero sin que ello pueda suponer detrimento alguno para el titular de una actividad privada, gran parte de la cual se presta en interés público. Debe tenerse en cuenta que en la oficina de farmacia suelen desarrollarse otras actividades que no son estrictamente el control y dispensación de medicamentos, por lo que esta última es una ACTIVIDAD CONCURRENTE, pero no la única.

La sentencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 2003, en el sentido indicado, declara que: “el farmacéutico puede realizar más de una actividad empresarial –venta de productos farmacéuticos y de otros artículos, tales como gafas, ortopédicos, etc.–, además de desarrollar su actividad profesional”.

También la sentencia de la misma Sala de 23 de junio de 2003, abunda en igual criterio y considera, en otro lugar, que la función capital de garantizar el uso racional del medicamento “no implica excluir el carácter mercantil del establecimiento farmacéutico abierto al público”.

Parece desorbitado la fundamentación exclusiva –y excluyente– en el interés público, olvidando por completo que los farmacéuticos son titulares de una actividad comercial (además de las ya citadas pueden verse en tal sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre y 6 de noviembre de 1998 y 19 de diciembre de 2002); por ello están adscritos OBLIGATORIAMENTE a las respectivas Cámaras de Comercio, como han declarado las sentencias del Tribunal Supremo de 16, 21 y 23 de junio de 2003, las cuales –que incluso citan en apoyo de sus argumentos la sentencia del Tribunal Constitucional 107/1996, de 12 de junio– estiman que la dispensa de medicamentos se hace con ánimo de lucro, utilizando un establecimiento abierto al público en el que se entrecruzan los usuales componentes de toda empresa mercantil (capital, trabajo y organización).

El TC, basado en los argumentos antes citados, que no compartimos, considera que “si el Estado pretende un mayor grado de homogeneidad en las regulaciones autonómicas relativas a la transmisibilidad de las oficinas de farmacia, habrá de ejercer de otro modo, MEDIANTE UNA NORMATIVA LEGAL DISTINTA, la competencia que le corresponde ex artículo 149, 1, 16.^a (Bases de la Sanidad)”.

Entendemos que no se requiere una normativa nueva siempre que se interprete adecuadamente el artículo 4 de la Ley 16/1997.

El TC, en sus sentencias de 5 de junio y 17 de julio de 2003, ha supuesto una barrera para la voracidad y extralimitación legislativa –que también en esta materia, como en otras, han desplegado las Comunidades Autónomas– con su contundente criterio de considerar legislación básica el artículo 4 de la Ley 16/1997.

Lástima que una interpretación poco ortodoxa, de la clara dicción del citado artículo 4, le lleve a proclamar que el principio de la transmisibilidad no tiene carácter absoluto y que las Comunidades Autónomas –en virtud de sus facultades planificadoras y de regulación de los requisitos de la transmisión de las oficinas– pueden poner limitaciones a esa transmisibilidad no absoluta.

Con lo anterior y una invocación desproporcionada del interés público en materias como la transmisión *mortis causa* de las oficinas y la admisión de una edad tope de 70 años (¿cuánto tardarán algunas Comunidades Autónomas en bajarla gradualmente, primero, a 65 años?) se dejan sin la debida cobertura los intereses de una profesión y una empresa privadas, cuya necesidad de protección ha sido reconocida por la representación procesal de la Comunidad Gallega, en el recurso de inconstitucionalidad que le atañe, cuando al elogiar el hecho de que la intransmisibilidad sólo afectaba, en su ley autonómica, a las oficinas de farmacia adjudicadas por concurso dice que, con ello “se ha optado por dejar intangibles los derechos o expectativas adquiridos durante la vigencia de la legislación anterior”.

Es obvio que la intransmisibilidad *mortis causa* puede lesionar igualmente tales derechos y expectativas; idéntico perjuicio puede ocasionar la caducidad por incapacidad del titular si no se concede un plazo, a partir de la declaración de incapacitación, para que el tutor del titular nombre un regente y después proceda a la venta de la oficina de farmacia.

Debe tenerse en cuenta que la inmensa mayoría de las oficinas de farmacia existentes en España provienen de adquisiciones *inter vivos* o *mortis causa*, siendo inferiores en número las adjudicadas por concurso. De aquí que el interés que en más ocasiones necesitará protección será el de los titulares de las primeras.

Si la doctrina científica ayuda en cuanto a la recta interpretación del artículo 4 de la Ley 16/1997, concretándose, con rigor jurídico, CUÁLES son los requisitos de la transmisión de las oficinas (cuya regulación se confía a las Comunidades Autónomas), evitándose con ello la distorsión interpretativa del artículo 4.2, se habrá dado un gran paso en el adecuado tratamiento de unas cuestiones que afectan tanto a la empresa farmacéutica como, en definitiva, al mejor servicio del usuario.

ORÍGENES DEL NOTARIADO LATINO EN ITALIA Y EN ESPAÑA

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

Notario

El presidente de la UINL, FRANCISCO ARIAS, me ha conferido el honor de poder dirigirme a esta Asamblea de Presidentes con una comunicación en la cual recuerde el origen de este Notariado latino en Italia y España. A esto me permito agregar algunas referencias a la Provenza, que siempre mantuvo muy estrechas relaciones con el norte de Italia, y especialmente con la Escuela de Bolonia y con la Corona de Aragón, en especial con Cataluña.

Para poder entenderlo y estudiarlo debidamente debemos comenzar por recordar que en la Roma imperial coincidieron tabeliones y tabularios: el *tabelio* era un profesional, redactor de documentos, y el *tabularius* era un funcionario público que investía de cierta autenticidad a los documentos que custodiaba y a las intervenciones que asumía.

Desaparecido el Imperio de Occidente, los tabeliones continuaron actuando en Roma y en Ravena durante el dominio ostrogodo. Bajo el posterior dominio bizantino coexistieron con los *notarii* (denominación procedente de la cancillería imperial) de la Iglesia, agrupándose unos y otros en *scholae*. En Italia superior y Benevento, durante el dominio lombardo, se desarrollaron *scriptores* de libre profesionalidad, los *scrivae publicis*, que se intitulaban *notarii*, desarrollando libremente su actividad.

Junto a ellos aparecieron los *notarii regiae potestatis*, designados por el Rey, y los *notarii ecclesiae*, de designación episcopal.

En el reino visigodo aparecen los *scriptores* o *notarii*, según la versión ervigiana o vulgata de la *lex Wisighotorum*.

La práctica notarial, reflejada en las *chartae*, a veces conservaba las instituciones romanas y a veces configuraba otras nuevas, como fueron, en la Alta Edad Media, las donaciones *post obitum* y las *reservatu usufructu*, y, en Castilla, nada menos que la sociedad de gananciales, así como, en diversos lugares, la *precaria*, que sería el germen de los establecimientos enfiteúticos —estudiada por los notarios de Barcelona RAIMUNDO NOGUERA, en el cartulario de San Cugat del Vallés, y ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, para un volumen aún inédito, en el cartulario de Saint Gallen.

La escrituración o documentación (*Beurkundung*) de un negocio jurídico (*Handlung*) implicaba dos funciones: la “redacción” de un texto y la “formulación” de un negocio jurídico, es decir —como ha notado BONO—, aunaba dos tareas distintas, que ya se distinguían en la Alta Edad Media cuando se realizaba en los monasterios. Así, los notarios, “para lograr la deseable corrección textual y exactitud de la formulación”, recurrían a las obras del *ars dictandi* y a los formularios.

El *ars dictandi*, “expresión y suma de los enseñanzas del *trivium* —sigue BONO—, es la disciplina que trata de la técnica de redacción (*dictare*)”. Su finalidad era dar base teórica a sus ejercientes para lograr la corrección gramatical, la precisión lógica y la propiedad estilística de los *scripta*.

La consolidación del Notariado románico o latino se produce —como ha explicado el mismo JOSÉ BONO HUERTA en la mejor *Historia del Derecho Notarial* que se ha escrito, que mereció el premio Pitlo de historia en Holanda, y de la que aún esperamos su tercer tomo—, cuando al *ars dictandi*, con sus conocimientos gramaticales, lógicos y retóricos, se le añaden conocimientos jurídicos y, así, este arte pasa a convertirse en *ars notariae*. A esa conjunción se uniría el reconocimiento de *fides publica* a los documentos autorizados por ese Notariado. Fue un proceso trascendental en el que a la fundamental *auctoritas* del notario se le agregaba la *potestas* de la jerarquía civil o eclesiástica de la cual derivaba su designación.

Esta conjunción trató de justificarse histórica y doctrinalmente mediante fundir la figura del tabulario en la del tabelión. Esto se produjo en la glosa de ACCURSIO mediante una intencionada confusión. Es un hecho fundamental en la historia del Notariado latino, profundizado por los historiadores italianos DURANDO, ARCHI, COSTAMAGNA y AMELOTTI y los notarios españoles que tomaron el relevo de RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, en especial JOSÉ BONO y ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, éste sobre todo, en su ponencia al Congreso de derecho antiguo, patrocinado por

la “Fundación Fernand Vischer”, *La dogmática del documento público y la glosa accursiana*.

Este cultísimo notario explica cómo se produjo esa absorción en la glosa de ACCURSIO, quien, de este modo, atribuiría al tabelión la *condición pública* del tabulario en la función de dotar de autenticidad a los documentos negociales que él redactaba. Después, PLACENTINO DE MONTPELLIER y JUAN BASSIANO y las *Decretales* dieron por sinónimas ambas denominaciones, *tabelio* y *tabularius*.

La eclosión de este tipo de Notariado latino en villas y ciudades se consolida en el siglo XII. En la sesión científica del Congreso de nuestra Unión, en Florencia, hizo notar el profesor de la Universidad de Montpellier, ANDRÉ GOURON, que se produjo en el momento en que, de una parte, penetra en escuelas y universidades la ciencia jurídica y, de otra, cuando se desarrollan las sociedades urbanas de un modo espectacular. “En otros términos –dice–, el nacimiento del Notariado aparece indisoluble tanto del desarrollo intelectual como con el desarrollo económico”.

Así –sigue explicando–, “la actividad de los prácticos medievales se inserta en una sociedad en el seno de la cual las relaciones comerciales se extienden y se ramifican sin cesar”. Destaca en ella “la capacidad de adaptación, tanto en el fondo como en la forma, de las técnicas notariales a las necesidades económicas y sociales de sus contemporáneos”, con “una capacidad de inventiva” que “se manifiesta en los campos más diversos”.

Esa eclosión coincidió con la recepción del *ius commune* y tomó especial auge en los tiempos del *mos italicus*. Ante las nuevas necesidades, y para atenderlas de un modo realista y práctico, suministraría una rica gama de soluciones, en una atmósfera abierta donde se vivía la libertad civil –*pactum vincit leges*– sin más límite que lo imposible y lo contrario al sentido natural y la buena razón.

Al lado de la práctica cotidiana de los innumerables notarios que ejercieron esa función, en la época posacursiana, se produciría en torno al *ars notariae* “una literatura especializada y sustantiva especialmente orientada a la exposición y resolución de los problemas prácticos civiles y procesales de la escritura notarial”. BONO explica cuáles fueron los motivos que la originaron: “El tráfico jurídico, especialmente en las grandes ciudades comerciales, exigía unos tipos documentales especializados, por lo general de bastante complicación, para cuya redacción y formulación resultaban insuficientes tanto las obras de los dictadores como las de los procesalistas”.

Ese nuevo nivel del *ars notarum* se inicia en la mitad del siglo XII con la obra de RANIERO DE PERUGIA, aunque a ella le precedieron varios *formularium tabellionum*.

RAINERO DE PERUGIA, *magister artis notariae* y profesor en Bolonia, tras su *Liber formularius* de 1214, publicaría entre 1224 a 1234 su *Ars notariae*, donde afirmaría la *scientia* notarial como estudio *de iure* especializado en el derecho material de la escrituración de contratos y últimas voluntades. Por ello sería denominada *scientia artis notariae*, complemento teórico del simple *ars* documental.

SALATIEL fue de la generación siguiente a la de RAINERO. Era también *artis notariae profesor* y *doctor notariae*, autor de su *Ars notariae*, superior en su conjunto al de RAINERO y con sensible modernización de su formulario. Pero “la densidad y complicación de su pensamiento –como advierte BONO– no lo hicieron muy apto para el trabajo profesional de los notarios, por lo que fue inmediatamente desplazado por las obras de ROLANDINO, de inferior nivel teórico, pero de mejores características didácticas y de más amplia casuística”.

Tal vez por eso, ROLANDINO PASSAGERI (1207-1301) ha sido el principal clásico notarial. De él, RAFAEL NÚÑEZ LAGOS se ocupó de editar la *Aurora*, con las adiciones de PEDRO DE UNZOLA, en doble versión, la original latina y su traducción al castellano, con un estudio preliminar suyo, *El documento notarial y Rolandino*. La última palabra acerca de esta figura nos la brindó hace tres años ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN en su magnífico estudio *Rolandino, ¿epígono de los glosadores o adelantado de los “commentatores”? La alborada documental de “Il trecento”*.

Fue notario de la matrícula de Bolonia, primer procónsul del Colegio de notarios, profesor *artis notariae*, y escribió las siguientes obras: *Tractatus de notulis*, *De officio tabellioratus in villis vel castris*, *Flos ultimarum voluntatum* y el *Apparatus super Summa notariae*, conocida por *Aurora*, que él dejó inacabada y tuvo como primer adicionador a PEDRO DE UNZOLA –coetáneo, pero algo más joven que el autor–, quien la concluyó y enriqueció con abundantes *additiones*.

Algunos de los logros de ese *ars notarii* fueron objeto de dictámenes que firmaron relevantes *consiliatores*, destacando entre éstos los *concilia* emitidos con ocasión de la cautela contenida en el testamento del noble florentino y eximio doctor y abogado NICOLAUS ANTENOREUS. De este *ars dictaminandi*, adicionado al *ars notarii*, o como LUIS FIGA lo ha denominado, *ars dictaminis*, este notario de Barcelona señala como máximo exponente –creo que con toda razón– el *De pactis nuptialibus* de JOAN PERE FONTANELLA, notario que fue de Besalú, a la par que “el jurisconsulto catalán de mayor vuelo”.

* * *

Para examinar los orígenes del Notariado español hemos de advertir que, después de la invasión mahometana, se diversifican diversos núcleos de la Reconquista.

En León y Castilla fue sólida la implantación del *ars dictandi* —dice BONO— y se mostró prontamente con la aparición de algunas obras originales de *Ars dictandi*.

Notemos que —según explicó el profesor ALFONSO GARCÍA GALLO— durante la Reconquista, excepto en Cataluña, no parece que continuara el movimiento cultural del reino visigodo, sino que éste fue recibido tardíamente en la segunda mitad del siglo IX y el X, cuando se produjo una inmensa inmigración mozárabe que, además del sistema legal visigodo, aportó posiblemente también formularios hispano-árabes, probablemente más perfectos que los usados en el país. Ciertamente no faltaron formularios cordobeses en los siglos VIII al XI, acerca de los cuales, por iniciativa del notario de Córdoba VICENTE FLÓREZ DE QUIÑONES, se ha publicado por la Academia Matritense del Notariado, primero en árabe y después traducido al castellano, el *Formulario notarial hispano-árabe por el alfaquí y notario cordobés Ibn al-Âthar*, que ha sido agudamente comentado por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS. Por otra parte, en Cataluña, en el siglo IX, bajo la dominación franca, se introducen fórmulas institucionales del otro lado de los Pirineos y, probablemente, asimismo prácticas documentales.

En Castilla, la primera ordenación notarial conocida se halla en la obra del rey Alfonso el Sabio, concretamente en el *Espéculo* y en las *Partidas*, en 3, 18, *De las escrituras por las que se prueban los pleitos*, en sus 121 leyes, y 3, 19, *De los escrivanos, e cuantas maneras son dellos, e pro nasce de su oficio quando lo ficiere lealmente*. De ellas, las 56 a 110 del título 18 contienen un reducido formulario. RAFAEL NÚÑEZ LAGOS lo estimó “casi idéntico que el de ROLANDINO”. En cambio, JOSÉ BONO ha señalado que fue “fuente directa y exclusiva” de ese formulario notarial el *Ars Notariae* de SALATIEL (2.^a redacción). No obstante, JUAN GARCÍA-GRANERO y ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS piensan que esta influencia de SALATIEL se habría producido a través de las “colecciones y recopilaciones de documentos de la vida real, o incluso de los formularios españoles aún no reelaborados por completo”. Después, JOSÉ BONO, en otro estudio posterior, ratificaría y detallaría su anterior opinión, precisando que ejemplares fueron verdaderas transcripciones del modelo en latín de SALATIEL; cuáles difieren algo, pero su contenido e incluso las fórmulas revelan la directa inspiración en el *Ars salatieliano*, y cuáles son solamente obra alfonsina.

La regulación notarial de las *Partidas* fue sustituida por la *Pragmática de Alcalá*, otorgada por los Reyes Católicos el 7 de junio de 1503, que

daría lugar a muy abundantes comentarios de los mejores juristas castellanos.

En Cataluña, al compás que se produjo su reconquista se fue restaurando la función notarial en monasterios y curias episcopales, así como por los condes-reyes, por los señores feudales y, con la restauración de la vida municipal, al designarse notarios de las ciudades. Con el régimen pactista catalán, la regulación de la función notarial se efectuaría, en constituciones y actos de corte, por el Rey y las Cortes Generales. Regulaciones que se inician a partir de las Cortes celebradas en los calendas de enero de 1228 hasta las cuatro que fueron aprobadas en Barcelona, ya en el siglo xv, en tiempos de Alfonso el Magnánimo. Su historia puede seguirse, y hace años traté de hacerlo, en la obra escrita por el jurista girondense TOMÁS MIERES, hacia la mitad del siglo xv, *Apparatus super constitutionibus curiarum Generalium Cathalaniae*.

En suma, se regularon los requisitos exigidos para ser notario, las incapacidades, indignidades e incompatibilidades, qué ejercicios debían efectuar para mostrar sus conocimientos, la determinación de sus honorarios. Además los notarios debían acreditar que habían estudiado por lo menos tres años en un estudio general de derecho o practicado con otro antiguo y buen notario. Se les exigía tener algunos libros de arte notarial como los de ROLANDINO y SALATIEL.

* * *

Ahí tenemos ya definitivamente diseñada nuestra función profesional jurídico-práctica, consistente en asesorar a las partes y en dotar de correcta configuración a los negocios jurídicos, cuidando de que sea justa y legalmente posible, y proponérsela a las partes otorgantes antes de formalizarla documentalmente. A esta múltiple actividad se suma la de dar fe, confiriendo autenticidad al documento y a lo narrado en él, que haya el notario comprobado *de visu et auditus seu sensibus*.

De ahí la descripción del notario latino efectuada en el Primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, en Buenos Aires, 1948.