

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

OCTUBRE - DICIEMBRE 2004



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 52, octubre-diciembre 2004

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. 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

ESTUDIOS DOCTRINALES	<u>Pág.</u>
CUENCA ANAYA, Francisco: “Responsabilidad civil en los accidentes provocados en las carreteras por las piezas de caza”	9
DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco: “La aprobación de los Principios Generales de Deontología de la UINL y su consideración como modelo de Código Deontológico Notarial”	45
FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: “Una aproximación al fenómeno de los «lofts» y a la transformación de locales de negocio en viviendas”	73
GARCÍA MÁS, Francisco Javier: “La Sociedad Limitada Nueva Empresa: una apuesta de futuro”	91
MARCOS, Francisco: “Autonomía de la voluntad y contravalor del aumento del capital social: ¿Hay algún límite a los aumentos mixtos? Comentario de la RDGRN de 4 de febrero de 2003”	115
OSUNA COSTA, Joaquín A.: “La extinción del condominio y la naturaleza ganancial o privativa de los bienes recibidos por esa causa”	129
PAZ CANALEJO, Narciso: “Los acuerdos intercooperativos en el Derecho vigente (estatal y autonómico)”	137
RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “La apertura del testamento cerrado (Notas de Historia)”	211
SERRANO GARCÍA, Ignacio: “Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”	231

PRÁCTICA NOTARIAL

NAVARRO VIÑUALES, José-María: “Sobre la eficacia frente a terceros de la limitación de facultades en la delegación conferida al consejero-delegado (Comentario a la Resolución de la DGRN de 26 de noviembre de 2003)”	275
POU AMPUERO, Felipe: “Juicio notarial de suficiencia de la representación”	283

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

“Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho, II. Elaboración sistemática”, volúmenes 1.º y 2.º, de Juan Bms. Vallet de Goytisolo.	
— “En torno a la idea del Derecho de Juan Vallet de Goytisolo”, por Dalmacio Negro Pavón	293
— “La metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho de Vallet vista por un abogado”, por José Juan Pintó Ruiz	300
— “La ciencia práctica y la ciencia formal del Derecho notarial a través de los conceptos clave de relación jurídica, institución y sistema, en la tercera perspectiva de la metodología del Derecho de Juan Vallet”, por Antonio Rodríguez Adrados	314
“Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»), edición de Ole Lando y Hugh Beale”. Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz. Consejo General del Notariado, 2003. Por Esther Arroyo i Amayuelas	325
“Código Europeo de los Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), volúmenes I y II. Comentarios en homenaje al profesor D. José Luis de los Mozos y de los Mozos”, dirigidos por C. Vattier, J. M. de la Cuesta y J. M. Caballero. Dykinson y Universidad de Burgos, Madrid, 2003. Por Andrés Domínguez Luelmo	333

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

“Principios de Deontología Notarial de la UINL”, Comisión de Deontología Notarial	341
“Proyecto de investigación europeo Eurohipoteca: puntos para la discusión”, Grupo de Investigación Eurohipoteca.....	347

RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS ACCIDENTES PROVOCADOS EN LAS CARRETERAS POR LAS PIEZAS DE CAZA

FRANCISCO CUENCA ANAYA

Notario

SUMARIO: PARTE PRIMERA. **I.** LEY DE CAZA DE 4 DE ABRIL DE 1970. **II.** LEY SOBRE TRÁFICO, CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR Y SEGURIDAD VIAL. **III.** ANDALUCÍA. **IV.** ARAGÓN. **V.** ASTURIAS. **VI.** CANARIAS. **VII.** CASTILLA Y LEÓN. **VIII.** CASTILLA-LA MANCHA. **IX.** EXTREMADURA. **X.** GALICIA. **XI.** NAVARRA. **XII.** LA RIOJA. PARTE SEGUNDA. **A)** CASO FORTUITO. **B)** RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. **a)** Tutela del medio ambiente. **b)** Titularidad y explotación de las carreteras. **C)** LA VÍA CONSTITUCIONAL.

El aumento incesante del número de vehículos motorizados; la mejora de la red de carreteras, lo que permite velocidades altas; el notable incremento de las piezas de caza mayor, son factores que han hecho crecer en las últimas décadas los accidentes de tráfico provocados al invadir la calzada las piezas de caza, hasta el punto de que hoy el problema es de primera magnitud.

Dividiré este trabajo en dos partes; en la primera me ocupo de la regulación de esta materia en las leyes de caza y de la interpretación que hace la Jurisprudencia; en la segunda intento sugerir alguna vía que pueda remediar la situación actual, que me atrevo a calificar de caótica.

PARTE PRIMERA.

El derecho positivo está constituido por la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, el Reglamento de 25 de marzo de 1971 y las leyes de caza y reglamentos de las Comunidades Autónomas.

I. Ley de Caza de 4 de abril de 1970

Rige en todas las Comunidades que no tienen legislación de caza específica y en aquellas que, aun teniéndola, no regulan esta materia; el derecho estatal es supletorio, en todo caso, del derecho de las Comunidades Autónomas (art. 149.3 CE).

La Ley de 1970 se ocupa de la responsabilidad por daños en el artículo 33, que dice:

“1. Los titulares de aprovechamientos cinegéticos, definidos en el artículo 6.º de esta Ley, serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. Subsidiariamente, serán responsables los propietarios de los terrenos.

2. La exacción de estas responsabilidades se ajustará a las prescripciones de la legislación civil ordinaria, así como la repetición de responsabilidad en los casos de solidaridad derivados de acotados constituidos por asociación.

3. De los daños producidos por la caza procedente de refugios, reservas nacionales y parques nacionales y de los que ocasione la procedente de terrenos de caza controlada responderán los titulares de los aprovechamientos de caza y subsidiariamente el *Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales.*”

La remisión que se hace al artículo 6.º no es correcta, los aprovechamientos cinegéticos no se definen en este artículo, sino en los artículos 8 a 17, que integran el título segundo. Derecho cinegético no debe confundirse con aprovechamiento cinegético; así, el propietario de una finca rústica tiene un derecho cinegético, el de constituirla en coto o aportarla para su constitución; pero carece de derecho alguno sobre el aprovechamiento cinegético mientras el coto no se constituya.

Prescindiendo de la frase “definidos en el artículo 6.º de esta Ley” queda claro lo que el artículo quiere decir: los titulares de aprovechamientos cinegéticos serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados.

Se completa este artículo con el 35 del Reglamento de 25 de marzo de 1971.

La escueta norma del artículo 33 ha generado numerosos problemas de interpretación y una Jurisprudencia abundante y contradictoria. Veamos algunas de las cuestiones suscitadas.

A) Vigencia del Código Civil.

El Código Civil se ocupa de la responsabilidad extracontractual en el artículo 1.902:

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

Más concretamente, el artículo 1.906 dice:

“El propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla.”

Pero ya hemos visto que la Ley de 1970 se ocupa también de los daños causados por la caza. Saber qué norma rige tiene gran trascendencia, pues el artículo 1.906 del Código Civil se incardina en el sistema de responsabilidad por culpa o negligencia, mientras que el 33 de la Ley de Caza lo hace en el de responsabilidad por riesgo u objetiva (1).

(1) No obstante, la diferencia entre el sistema del Código Civil y la Ley de Caza no es tan radical como la literalidad de las normas haría pensar, porque la Jurisprudencia interpreta el artículo 1.902 y siguientes en el sentido de acentuar la responsabilidad a través de la presunción de culpabilidad o inversión de la carga de la prueba y, en cuanto al artículo 33 de la Ley de 1970, también ha matizado las consecuencias que resultarían de una interpretación rigurosamente objetiva.

A mi juicio, la disposición de la Ley de Caza que deroga “cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley” es muy clara. Además, ésta es ley específica para la materia caza y debe prevalecer sobre las que, como el Código Civil, son anteriores y de carácter general. Pero la Jurisprudencia no siempre lo ha entendido así.

La tesis más generalizada es que la Ley de Caza ha derogado el artículo 1.906 del Código Civil. La sostiene la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1985:

“La disposición final tercera de la Ley de 4-4-1970, que contiene la Cláusula derogatoria, establece en su último párrafo que «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley», entre las que, evidentemente, tiene que incluirse la del artículo 1.906 del Código, cuyo sistema individualista-subjetivo de la responsabilidad del propietario se opone al criterio objetivo que implanta la nueva ley, al margen de la acción u omisión directa que comportan la mediación de culpa que es preciso probar.”

Podría mover a confusión el párrafo segundo del artículo 33 de la Ley de Caza; pero la remisión que se hace a la legislación civil ordinaria no puede entenderse que sea al derecho sustantivo, no sería razonable traer a colación de esta manera al derecho que se está derogando. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo cuando, después de afirmar que el artículo 1.906 ha sido derogado, sigue diciendo: “sin que a ello pueda ser obstáculo la remisión del artículo 33.2 de la Ley Especial «a las prescripciones de la legislación civil ordinaria», específicamente concretada a la «exacción de estas responsabilidades», es decir, al modo, forma y procedimiento, que es lo que deberá ajustarse a dichas prescripciones.”

El criterio de esta sentencia es, por regla general, seguido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia. La mayor parte de las sentencias ni siquiera se plantean la cuestión y dan por hecho que las normas vigentes son el artículo 33 de la Ley de Caza y 35 de su Reglamento.

No obstante, algunas sentencias, con diversos matices, consideran que la Ley de 1970 no derogó el artículo 1.906 del Código. Así, las del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1982 y 17 de mayo de 1983 parten de los artículos 1.902 y 1.906, preceptos que deben completarse con los de la Ley de Caza y su Reglamento. No habría derogación, sino vigencia conjunta.

Esta vigencia conjunta la tienen en cuenta las sentencias de las Audiencias Provinciales de Ciudad Real, 9-IV-96; Toledo, 21-IV-98; Castellón, 12-IV-00; Teruel, 15-IV-00; Córdoba, 13-VI-00 y 11-IV-03.

A veces se llega más lejos y se aplica el artículo 1.906 sin hacer ninguna referencia a la Ley de Caza (SAP de Zamora, 12-V-1998). Y la SAP

de Toledo de 3-II-03, a la vista del número 3 del artículo 35 del Reglamento de la Ley de Caza, estima que el artículo 1.906 rige cuando el daño se ha producido por piezas procedentes de los terrenos no acotados de aprovechamiento común. Afirmación sin fundamento alguno, porque el artículo 1.906 habla de heredades de caza, término equivalente a coto, y no de terrenos libres.

Verdaderamente curioso es que algunas sentencias que estiman vigentes el Código Civil, como las de AP de Navarra, de 24-III-95; AP de Soria, 24-V-95; AP de Toledo, 24-VII-96; AP de Cáceres, 20-I-98, invoquen, no el artículo 1.906, sino el 1.905. Pero esto carece de justificación, pues como recuerdan otras sentencias (AP de Teruel, 15-IV-00; AP de Córdoba, 11-IV-03), el artículo 1.905 se refiere a la responsabilidad derivada de la posesión de animales domésticos. En este ámbito es interesante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de marzo de 2003, a la que luego aludiremos.

B) Qué se entiende por procedencia.

Determinar qué se entiende por “procedencia” ha dado lugar a una extensa Jurisprudencia. Dos son las posturas mantenidas por los Tribunales.

a) *La pieza procede del terreno de donde sale.*

Lo afirma tajantemente la SAP de León de 13-III-97: “*no estimamos nosotros que la expresión «procedente del coto» que utiliza el artículo 33.1 de Ley de Caza deba entenderse en el sentido de exigir una situación de permanencia estable o prolongada en el tiempo de la pieza de caza, sino que entendemos que la exigencia legal se cumple con el simple hecho de que la pieza de caza «salga» del coto, es decir, estuviera en el momento inmediatamente anterior a su irrupción en la calzada*”. En el mismo sentido las de AP de León, 16-X-97; Zamora, 12-V-98; Segovia, 12-V-99, etc.

La tesis defendida por las sentencias reseñadas y otras de semejante contenido no puede admitirse. Parten de una equiparación de los verbos proceder y salir que no tiene justificación gramatical y que lleva a resultados absurdos, agravados cuando se establece la responsabilidad aunque el coto de donde sale el animal sea de caza menor. La sentencia AP de Zamora, de 12-V-98, es lamentable; además de apoyar el fallo en el artículo 1.906 del Código Civil, sin justificar por qué, ni hacer mención ninguna al artículo 33 de la Ley de Caza, ante el caso planteado –accidente causado por una manada de jabalíes– afirma que “*será suficiente que la finca explotada cinegéticamente albergue jabalíes o sea conocido lugar de paso*

de los animales a través de la misma, para que el titular de la heredad de la que procedan, inmediato al momento de irrumpir en la vía pública –en el caso carretera nacional–, sirva de base para prevalecer la responsabilidad de quien explota cinegéticamente la finca de procedencia o paso, pues quien explota la finca conoce y tiene la oportunidad de conocer que el jabalí, aunque resulta especie salvaje y transeúnte, utiliza el terreno cinegético, desde el que sale fuera a zonas no cinegéticas, resultando susceptible, con riesgo inminente, de producir el daño”; y agrega que el titular cinegético debe adoptar las medidas necesarias “para evitar o controlar el movimiento de estos animales”. (Me pregunto qué medidas concretas puede adoptar el titular de un coto “para evitar o controlar el movimiento de estos animales”).

La sentencia de la AP de León, de 16-X-97, se apoya en el hecho de que demostrar en qué lugar vive la pieza con carácter estable o *prolongado* “constituiría una auténtica «probatio diabólica» que atentaría contra el derecho a la tutela judicial efectiva del perjudicado”. Y la de AP de Valladolid, de 21-X-99, dice literalmente que “acreditar la procedencia o el nacimiento en un coto determinado sería imposible”.

La consecuencia que algunos tribunales de justicia deducen de esa imposibilidad es que: como no resulta posible saber dónde vive la pieza que causa el daño, se le atribuye la responsabilidad al titular del coto de donde sale. Esto no me parece razonable porque el animal que sale de un coto puede vivir en otro más o menos próximo, cuyo titular aprovechará la posibilidad de cazarlo. Y menos razonable aún cuando los terrenos o parte de ellos que integran el coto de caza de donde “sale” el animal están dedicados a la explotación agraria; los cultivos sufren el ataque de ciervos, jabalíes, corzos, etc., procedentes de otros cotos, y resulta que los titulares del coto de donde “sale” el animal, además de soportar la merma de sus cosechas, deben cargar con los daños causados por accidentes.

b) *La pieza procede del terreno donde tiene su hábitat.*

Lo afirma de manera precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000:

“Ha de entenderse el término procedencia en sentido amplio para referir-lo a las zonas donde los animales viven en libertad y que abandonan, al salir de las mismas, contando con las facilidades necesarias para ello, para entrar en fincas privadas que no son su propio refugio natural asignado, lo que ocasiona la responsabilidad establecida reglamentariamente y que alcanza a todos los titulares y dueños de los acotados colindantes [art. 35.1 b) del Reglamento y sentencia de 14-7-1982 (RJ 1982/4235)].”

Pero, salvo en el caso de cotos aislados, saber donde vive una pieza de caza mayor es imposible, pues algunas recorren largas distancias. Esto es un hecho que constatan los textos científicos que estudian el comportamiento de los animales. Quizá sea el jabalí la pieza de caza mayor que puede recorrer durante la noche distancia más largas en busca de comida, agua para beber o bañarse, o hembras en celo. Su movilidad, su carácter ambulante, han sido tomados en consideración por numerosas sentencias (AP de Huesca, 14-XII-92 y 29-X-99; Pontevedra, 21-VII-94 y 19-X-99; Navarra, 24-III-95; Albacete, 10-VII-97; Lugo, 27-I-99 y 15-II-99; Zamora, 6-IV-00; Zaragoza, 29-V-00; etc.).

La imposibilidad de probar la procedencia de la pieza de caza lleva a los Tribunales por dos caminos equivocados:

a') Uno, aceptar pruebas tales como atestados de la Guardia Civil de Tráfico, de agentes forestales o de medio ambiente, informes periciales e incluso la de testigos. La sentencia de la AP de Zamora, 23-XI-99, se permite sugerir al demandante los medios de prueba que debería haber empleado para acreditar la procedencia del animal: confesión de la parte demandada, atestado de la Guardia Civil, confesión del demandante y testigos.

Todo esto puede estar muy de acuerdo con las reglas del procedimiento civil, pero en cuanto al fondo de la cuestión tales pruebas no prueban nada. Reconocido que un jabalí puede recorrer largas distancias en una sola noche, cuando son varios los terrenos cinegéticos situados en un radio de seis u ocho kilómetros, ni peritos, ni Guardia Civil, ni agentes forestales, ni testigos pueden saber de dónde procede.

b') Otro, recurrir a presunciones. A veces los Tribunales recurren al juego de las presunciones, invirtiendo la carga de la prueba: se presume que la pieza de caza procede del terreno de donde sale y será el demandado quien deba desvirtuar la presunción demostrando que era otra la procedencia. Así, la sentencia de la AP de Navarra, de 13-II-98, y otras muchas.

Este juego de presunciones no resuelve nada; si, como hemos visto, probar la procedencia del animal salvaje es imposible, lo es para todos, para el demandante y para el demandado. Por consiguiente, el titular del coto del que se presume que procede se verá imposibilitado para probar que es otra su procedencia; la presunción *iuris tantum* se convierte en *iuris et de iure*. Una vez más se guardan las formas procesales, pero no se entra en el fondo.

Aun a riesgo de ser reiterativo, resumo en dos líneas lo expuesto en este punto:

Es injusto atribuir la responsabilidad al titular del coto de donde sale inmediatamente la pieza de caza.

Es imposible saber de dónde procede este animal, dónde vive.

C) Caza mayor que procede de coto de caza menor.

La cuestión planteada es qué ocurre cuando el accidente lo causa una pieza de caza mayor que proviene de un coto de caza menor. La Jurisprudencia es abundante y contradictoria.

a) *A favor de la responsabilidad del coto de caza menor.*

Los Tribunales que así lo defienden se apoyan en una interpretación literal del artículo 33 de la Ley de Caza, que nada dice sobre la clase de coto de donde el animal procede; y si la Ley no distingue, tampoco debe distinguir su intérprete. En este sentido, entre otras, las sentencias de las AP de Ciudad Real, 5-III-97; Burgos, 26-IV-97; León, 16-X-97 y 16-II-98; Castellón 12-IV-00; etc.

A veces los Tribunales han matizado esta responsabilidad en virtud de alguna circunstancia especial del caso planteado. Así:

a') Cuando siendo el coto de caza menor tiene autorizado algún aprovechamiento de caza mayor. En este caso responde el titular del coto, y lo hace aunque sólo se autoricen las batidas con carácter esporádico o excepcional: SAP de Navarra, 12-VI-95 y 20-II-99; pero el mismo Tribunal, en sentencia del 6-II-96 negó la responsabilidad en un caso en que estaban autorizadas batidas esporádicas de jabalíes porque no se probó que el animal apareciese dentro del período de una de estas posibles batidas.

En alguna ocasión se ha establecido la misma responsabilidad, aun no existiendo aprovechamiento secundario, cuando se ha probado la existencia de caza mayor en el coto de caza menor, porque –dice la STS de La Rioja, de 23-XII-02–, debió solicitarse la inclusión de esa especie en el plan técnico del coto, y por negligencia no se hizo.

A mi juicio, las mismas razones que justifican la responsabilidad del titular de coto de caza mayor se dan cuando se permite el aprovechamiento secundario de ésta en cotos de caza menor. No me parece acertada la postura de la SAP de Navarra, de 6-II-96, de restringir la responsabilidad al caso de que el accidente haya ocurrido mientras se celebraba la batida, ni tampoco la del TSJ de La Rioja. Dice esta sentencia que: “*En el año 2000, en los dos cotos del Ayuntamiento de Ojacastro, probablemente existían poblaciones de ciervos no excesivamente numerosas, pero susceptibles ya de algún aprovechamiento cinegético, si éste no se realizó entonces*

fue única y exclusivamente porque el Ayuntamiento titular no presentó el plan técnico de caza de los denominados «tipo 2». Y no me parece acertada porque la “probabilidad” de que existiesen ciervos no justifica que hubiese que presentar un plan técnico para su aprovechamiento; estimarlo así llevaría a la incertidumbre de precisar qué densidad de caza mayor obliga a cambiar la naturaleza de un coto. En un coto de caza menor el titular no tiene derecho alguno sobre las piezas de caza mayor, por lo que no parece adecuado imponerle obligaciones correlativas.

b') Cuando siendo el coto de caza menor, el terreno es favorable para la caza mayor. La SAP de Lérida de 6-II-03 argumenta: *“Por ello, debe concluirse que deben responder los demandados titulares de los cotos que, si bien por voluntaria decisión y a efectos meramente administrativos, tienen concedida la licencia para el aprovechamiento cinegético de caza menor (como aprovechamiento principal), bien podrían obtenerlo también para la caza del jabalí”*; y sigue diciendo que la existencia del coto implica restricciones para terceras personas que no podrían aprovechar la caza mayor existente. En el mismo sentido las sentencias de las Audiencias Provinciales de León, 13-III-97; Zamora, 6-IV-00; etc., exigen para que responda el coto de caza menor la prueba de que el terreno es favorable para caza mayor.

No comparto el criterio de estas sentencias, pues, como hemos dicho, el titular de un coto de caza menor no tiene ningún derecho o facultad sobre la caza mayor y no debe responder por los daños que ésta cause. En cuanto a que la caza mayor no pueda ser aprovechada por otros, en realidad su régimen debió ser el de los terrenos libres y es a la Administración a quien corresponde señalar los requisitos para el aprovechamiento en esa clase de terrenos.

c') Cuando se autoriza el aprovechamiento de alguna especie de caza mayor y el daño lo causa un animal perteneciente a otra. La Audiencia Provincial de Soria, 9-II-98, estando autorizada la caza del jabalí, estableció la responsabilidad por el accidente causado por un ciervo; en el mismo sentido la de Soria de 4-II-99.

Mi opinión es la ya expresada: quien no tiene derecho alguno sobre la pieza de caza no debe responder del daño que cause.

d') Cuando el coto de caza mayor pasa a ser de caza menor. Las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca de 25-XI-99 y 30-XI-99 estiman que el titular del coto debe responder “durante cierto tiempo”. No comparto este juicio. Si el coto, por resolución administrativa, pasa a ser de caza menor, no hay derecho alguno ni debe haber obligaciones del titular sobre la caza mayor. Además, ¿cuánto duraría ese período transitorio del que hablan las sentencias? A la seguridad jurídica, fin esencial del Derecho, le van mal esas imprecisiones.

b) En contra de la responsabilidad del coto de caza menor.

En este sentido, muchas sentencias de Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia. Razona esta postura la SAP de Gerona de 23-I-99: *“Si se trata de un terreno acotado para un tipo de caza como es la caza mayor, es normal que sus titulares, que se benefician y aprovechan de la riqueza cinegética de caza mayor, respondan de los daños que los animales, incardinables en dicha categoría, según el artículo 4 de la Ley de Caza, produzcan, pero si se trata de un terreno en que los titulares del coto sólo tienen derecho a cazar y beneficiarse de las piezas de caza menor, no debe alcanzarles la responsabilidad por los daños que ocasionen las especies de animales de caza mayor, sobre los que en principio no dispondrían de facultades para impedir su multiplicación o para adoptar otras medidas dirigidas a suprimir o limitar la capacidad dañina”*.

De igual modo las SAP Huesca, 7-II-94; Lugo, 9-XI-94; Valladolid, 15-XI-94; León, 2-VI-95; Lugo, 13-II-96; Toledo, 24-VII-96; Soria, 20-V-96; Palencia, 10-VI-96; Cáceres, 28-V-96; Soria, 10-VII-96; Navarra, 6-II-97; Navarra, 1-IV-97; Lugo, 16-I-98; Lugo, 25-II-98; Orense, 30-III-99; Lérida, 19-III-91.

Mi opinión se identifica con la del párrafo transcrito de la Audiencia Provincial de Gerona.

Y una consideración de carácter general, que también puede referirse a otros apartados: me parece lamentable que con las mismas normas y ante los mismos hechos, exactamente los mismos, unos Tribunales digan una cosa y otros la contraria.

D) Accidentes en época de veda.

Aunque la inmensa mayoría de las sentencias ni siquiera se plantean la posibilidad de un régimen distinto de los accidentes según hayan ocurrido durante la temporada hábil de caza o en época de veda, algunos tribunales han dicho que, si el accidente tiene lugar en época de veda, el titular del aprovechamiento cinegético no responde del daño. Así, las Audiencias Provinciales de Lugo, 13-II-96 y 15-IV-98; Pontevedra, 19-X-99; etc.

La postura de estas sentencias es inadmisibles. Cualquiera que sea la relación jurídica del titular del aprovechamiento cinegético sobre las piezas de caza no se altera porque puedan ser aprovechadas, o no, durante una determinada época del año. La Orden de Vedas, para velar por el aprovechamiento racional y la conservación de la fauna silvestre limita el tiempo durante el cual puede cazarse. Pero a nadie, que yo sepa, ni en la doctrina, ni en el derecho positivo, ni en la Jurisprudencia –salvo esas curiosas sentencias– se le ha ocurrido defender que la Administración y los titula-

res de cotos se sucedan alternativamente en los derechos y obligaciones sobre las piezas de caza según el calendario anual fijado por la Orden de Vedas que dictan las Administraciones autonómicas a través de las Consejerías de Agricultura o Medio Ambiente. La opinión que acabo de exponer es seguida por las Audiencias Provinciales de Navarra, S. 13-II-98; Pontevedra, S. 19-X-99 y Tribunal Superior de Justicia de Galicia, S. 13-III-03.

E) Solidaridad.

La establece el apartado b) del artículo 35 del Reglamento de la Ley de Caza de 25 de marzo de 1971:

“En los casos en que no resulte posible precisar la procedencia de la caza respecto a uno determinado de los varios acotados que colinden con la finca, la responsabilidad por los daños originados en la misma por las piezas de caza será exigible solidariamente de todos los titulares de acotados que fueren colindantes y subsidiariamente de los dueños de los terrenos.”

Como cuestión previa habría que plantear la legalidad de este artículo. A mi juicio es nulo, porque establece un supuesto sustantivo y de gran importancia sin apoyo legal; el artículo 33 de la Ley, párrafo 5, se refiere a la solidaridad entre los miembros de una partida de caza por los daños causados a las personas, pero nada dice, y muy bien podría haberlo dicho, en cuanto a los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados.

No obstante, debo reconocer que el Tribunal Supremo, Juzgados, Audiencias y Tribunales Superiores vienen apoyando sus fallos en ese artículo sin cuestionar su vigencia: Sentencias del Tribunal Supremo de 7-I-78, 14-VI-82, 30-X-00; de las Audiencias Provinciales de Sevilla, 10-II-89 y 14-I-92; Huesca, 14-XII-92, 3-III-99, 29-X-99; Cuenca, 16-VI-93; Toledo, 6-IV-95; Ciudad Real, 9-IV-96; Burgos, 26-IV-97; Álava, 16-IX-97; Soria, 24-I-00 (esta sentencia se apoya en el art. 35 del Reglamento pese a estar vigente la ley autonómica); etc.

Si bien la palabra “colindante” tiene un sentido gramatical preciso, la Jurisprudencia, a veces, lo desvirtúa y extiende la responsabilidad solidaria no sólo a los cotos que lindan con aquel del que procede el animal, sino a los más próximos o cercanos (Sentencias del Tribunal Supremo, 30-IV-91, AP de Cuenca, 16-VI-93; Huesca, 3-III-99; de esta misma Audiencia, 13-III-97, 2-IV-97, 30-IV-97, 10-XI-97, 22-IV-98, 8-IX-98; etc.).

Por regla general, la interpretación que se hace de la solidaridad es la habitual: basta demandar a uno de los cotos colindantes o próximos, sin que pueda invocarse la falta de legitimación pasiva; el condenado puede repercutir la indemnización sobre los restantes titulares. No obstante, ex-

cepcionalmente alguna sentencia se aparta de este régimen general, como la de la Audiencia Provincial de Cuenca de 16-VI-93, que dice que “*se debió traer a pleito a la Junta de Comunidades y demás cotos cercanos, ante la falta de elemento probatorio de que los animales salvajes presuntamente causantes de los daños relacionados proceden exclusivamente de los cotos demandados*”.

F) Subsidiariedad.

La establece el párrafo primero del artículo 33 de la Ley de 1970: “**Subsidiariamente, serán responsables los responsables de los terrenos**” y lo reitera el artículo 35.1 del Reglamento.

Está pensada la norma para el supuesto de que no coincidan el titular del coto y el dueño de los terrenos. A veces, cuando han mediado contratos de arrendamiento o los terrenos siguen un régimen especial, como es el de parques naturales o espacios protegidos, la situación puede no ser clara y la controversia llegar hasta el Supremo. Este Tribunal ha dictado la sentencia de 30-X-00, que resumo. El supuesto de hecho es el de daños causados en cultivos por animales que provenían del Parque Nacional de Cazorla, Segura y Sierra de las Villas. Los Ayuntamientos de Villanueva del Arzobispo y Soriuela del Guadalimar, titulares de los montes de donde procedían los animales, habían cedido en arrendamiento el derecho de caza a don G. R. F. y a la sociedad La Perdiz. Se dictan tres sentencias de contenido distinto:

a) El Juzgado de Primera Instancia condena a don G. y a La Perdiz de forma directa y solidaria y a la Agencia de Medio Ambiente subsidiariamente.

b) La Audiencia Provincial de Jaén –sentencia 25-X-95– condena a don G., La Perdiz, el Ayuntamiento de Villanueva del Arzobispo y de Soriuela de Guadalimar solidariamente y a la Agencia de Medio Ambiente de forma subsidiaria.

c) El Tribunal Supremo condena en forma directa y solidaria a don G. y La Perdiz y a los dos Ayuntamientos y la Agencia de Medio Ambiente subsidiaria y solidariamente.

De las tres sentencias, a mí me parece correcta la del juzgado, que se atiene a lo que dice el número 3 del artículo 33 de la Ley de 1970 sobre los daños que produce la pieza de caza procedente de los Parques Nacionales. Es acertado sustituir el “Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales” por la Agencia del Medio Ambiente, que ha asumido sus competencias.

El Tribunal Supremo no explica por qué atribuye la responsabilidad subsidiaria a los Ayuntamientos propietarios de los terrenos, cuando la norma específica para los parques naturales no menciona a los propietarios como responsables subsidiarios.

II. Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial

La Ley 19/01, de 19 de diciembre, agrega la disposición adicional sexta a la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial de 2 de marzo de 1990: **“En accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas, será causa legal que permita atribuir la responsabilidad al conductor del vehículo por los daños producidos en un accidente de circulación, el hecho de que se le pueda imputar un incumplimiento de las normas de circulación que pueda ser causa suficiente de los daños ocasionados; ello sin perjuicio de la responsabilidad que sea exigible a quien corresponda conforme a la normativa específica y de que sean probadas debidamente las circunstancias del accidente”**.

La gran dificultad que supone probar la infracción del conductor hará que, en la práctica, la nueva norma alivie poco la situación actual de los titulares cinegéticos.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 2 de abril de 2003, en un caso en el que el conductor, con la carretera mojada, conducía a una velocidad entre 100 y 120 kilómetros por hora, atribuye a éste el 40 por 100 de la indemnización y al titular del aprovechamiento cinegético el 60.

III. Andalucía

La Ley 8/2003, de 28 de octubre, de la Flora y la Fauna Silvestre, contiene una escueta e insuficiente regulación de la caza. En lo que ahora nos interesa, la responsabilidad por daños está contemplada en el párrafo primero del artículo 34:

“Los titulares de los aprovechamientos serán responsables de los daños causados en las personas, bienes y en las explotaciones agrarias por los ejemplares de especies cinegéticas y piscícolas, incluidas en el plan técnico y que procedan de los citados aprovechamientos” (2).

(2) Para un análisis de esta Ley, véase mi libro *Guía del cazador andaluz*. Editorial Al-Andalus, 2004.

El régimen es semejante al del artículo 33 de la Ley de 1970, pero con una importante novedad: el titular del aprovechamiento no responderá cuando la especie cinegética que provoque el daño no esté incluida en el plan técnico. Es digna de elogio esta norma que debe poner fin, en Andalucía, a la polémica sobre si el titular del coto de caza menor responde por los daños causados por los daños de las piezas de caza mayor.

En cuanto al sentido de la palabra “procedan”, no sabemos su alcance en la Ley, si se quiere decir “salir” o tener una presencia estable.

El Reglamento de 16 de octubre de 2001, que no ha sido derogado por la nueva Ley, dice en su artículo 8:

“Los titulares de aprovechamientos cinegéticos serán responsables de los daños causados a las personas, los bienes y las explotaciones agrarias por las piezas de caza que procedan de sus cotos. Subsidiariamente serán responsables los propietarios de los terrenos.”

IV. Aragón

En la anterior Ley de Caza de 10 de diciembre de 1992, el artículo 72 establecía la responsabilidad de la Diputación General por los daños causados por especies cinegéticas procedentes de terrenos no cinegéticos, por la fauna silvestre no susceptible de aprovechamiento cinegético, cualquiera que fuese su procedencia, por las especies cinegéticas de las reservas de caza, refugios y espacios naturales protegidos y por especies cinegéticas de los cotos sociales.

Los titulares de cotos comerciales y deportivos respondían de los daños causados en cultivos por las especies cinegéticas. Nada se decía de otra clase de daños, como los ocasionados en los accidentes de tráfico.

El artículo 39 del Reglamento aprobado por Decreto 108/95 rebasaba ampliamente la norma legal y, entre otros excesos, atribuía a cotos comerciales y deportivos la responsabilidad por los “daños de cualquier tipo”.

La nueva Ley de 4 de abril de 2002 cambia este régimen. En lo que ahora nos interesa, daños que no sean de naturaleza agraria, se establece su regulación en los números 3 y 5 del artículo 71. El artículo 71.3 dice:

“Los propietarios de terrenos clasificados como zonas no cinegéticas voluntarias, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley, serán responsables de los daños de cualquier naturaleza ocasionados por las especies cinegéticas procedentes de los mismos, salvo que el daño causado sea debido a culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero ajeno al titular de la explotación.”

La definición de zonas no cinegéticas voluntarias la encontramos en el artículo 34.2:

“Tendrán la consideración de zonas no cinegéticas voluntarias aquellas que, teniendo superficie suficiente para constituir en ellas un coto de caza, no hayan sido así declaradas por voluntad expresa del titular de los derechos cinegéticos, o aquellas que, sin alcanzar dicha superficie, no se han integrado en un coto de caza por voluntad de su propietario o se encuentran enclavadas en él.”

Esta norma es de difícil justificación; resulta que el propietario de terrenos que no ha constituido coto ni los ha aportado para su constitución, y que por consiguiente carece de cualquier derecho sobre las piezas de caza que se críen en ellos, responde por los daños causados.

De gran interés resulta el número 5 del artículo 71:

“La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón asumirá el pago de las indemnizaciones a que haya lugar a favor de los perjudicados, por los daños de naturaleza distinta de la agraria causados por especies cinegéticas, salvo que los propios perjudicados, por culpa o negligencia, hayan contribuido a la producción del daño.”

“Para ello se establecerán los mecanismos aseguradores oportunos y se regulará un procedimiento de reclamación administrativa ante la Diputación General de Aragón.”

En este número 5 del artículo 71 encuentro dos principios que coinciden plenamente con mi pensamiento:

- 1.º Deben tener regulación diferentes los daños agrarios y los causados por accidentes de circulación.
- 2.º De los daños causados en los accidentes de circulación debe responder la Administración.

En cuanto a la Jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Superior de Aragón de 20-XI-97, partiendo de dos afirmaciones erróneas –una, que el ciervo es “especie protegida”, otra, que “necesariamente debió provenir de un terreno sometido a un régimen cinegético especial”– y del hecho de que se hallaba próximo al lugar del accidente la reserva de caza de Garcipollera, decide que debe responder la Administración, por no haber acreditado que adoptó las medidas necesarias para evitar daños previsibles. Se beneficia la parte actora, como reconoce expresamente la sentencia, de la inversión de la carga de la prueba, le bastó con probar que el daño lo había causado un ciervo, pero no tuvo que hacerlo respecto a la procedencia del mismo.

La sentencia del mismo Tribunal de 28-VII-99 establece la responsabilidad del Ayuntamiento titular del coto dentro de cuyos límites tuvo lugar el accidente. No menciona la Ley de Caza, el fallo se basa en el artículo 139.1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992. De igual criterio, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de 30-V-99 y 31-I-00. La del mismo Tribunal, de 17-IX-03, establece la responsabilidad de un Ayuntamiento titular del coto con base en el artículo 106.2 de la Constitución Española, 139.1 de la Ley 30/92 y 39 del Decreto 108/95, Reglamento de la Ley de Caza aragonesa.

La de la Audiencia Provincial de Huesca de 29-X-99 estima que *“para determinar la procedencia de un animal no debe estarse sin más a una presencia ocasional del animal en un determinado lugar, de forma que no puede afirmarse que una pieza de caza mayor procede de un coto de caza menor o de una zona no cinegética aunque inmediatamente antes hubiera estado evolucionando dentro del coto dedicado a la caza menor o dentro de la zona no cinegética”*. Y pone especial énfasis en la solidaridad de los cotos próximos.

La de la Audiencia Provincial de Teruel de 15-IV-00, en orden a la cuestión de la “procedencia”, estima que los animales deben tener su sede habitual en la finca, que no basta la presencia ocasional o que “simplemente la crucen en su desplazamiento desde la zona de origen a otra”.

La de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 29-V-00 se ocupa de dos de las cuestiones que estamos viendo:

1.^a En cuanto al término “procedencia”, rechaza el criterio del Juzgado de Primera Instancia, que estimaba necesaria la presencia estable del animal en el coto y considera que de seguirlo *“difícilmente podría reclamarse responsabilidad por razón de los daños procedentes de las especies cinegéticas de gran movilidad, que se constituyen en las más peligrosas, como ocurre en el caso de los jabalíes”*.

2.^a En cuanto si debe responder del daño el titular de coto de caza menor, así lo afirma, apoyándose en el artículo 39.2 del Decreto de 9 de mayo de 1995.

La de la Audiencia Provincial de Teruel del 25-IX-01, sobre la “procedencia”, sigue un criterio distinto a la anterior, exigiendo que los terrenos *“sean su territorio de vida y desarrollo”*. Está presente también otra materia que hemos estudiado, coto de caza menor con aprovechamiento complementario de caza menor; en tal caso debe responder el titular.

Es interesante la SAP de Teruel de 27-XI-01. El supuesto, poco frecuente, es el del daño causado por un zorro. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia absuelve a los demandados, titulares de un coto de caza

menor, pero la Audiencia estima, creo que acertadamente, que el zorro es pieza de caza menor y además tenía hábitat favorable en el coto.

La de la AP de Teruel de 23-I-03 se ocupa de un caso en que el accidente ocurre a la altura de un coto y el perjudicado demanda sólo al titular de otro situado a un kilómetro de distancia. El Tribunal de instancia absuelve al demandado, pero la Audiencia revoca la sentencia, invocando la solidaridad. En cuanto a la “procedencia”, sigue el mismo criterio que la de 25-IX-01.

V. Asturias

La Ley de 6 de junio de 1989, artículo 38, dice:

“1. Serán indemnizados por la Administración del Principado de Asturias, previa instrucción del oportuno expediente y valoración de los daños efectivamente producidos:

Los daños ocasionados por las especies cinegéticas procedentes de los terrenos cinegéticos de aprovechamiento común y de los cotos regionales de caza que no sean objeto de concesión.

Los daños ocasionados por especies de la fauna silvestre no susceptibles de aprovechamiento cinegético, cualquiera que sea su procedencia.

Los daños ocasionados por especies cinegéticas procedentes de reservas regionales de caza, refugios de caza, reservas nacionales de caza, cotos nacionales de caza y cualquier otro terreno cuya administración y gestión corresponda al Principado de Asturias.”

El artículo presenta dos novedades respecto al 33 de la Ley de 1970:

- 1.^a Responsabilidad de la Administración por los daños causados por especies cinegéticas que procedan de terrenos de aprovechamiento común.
- 2.^a Responsabilidad de la Administración por los daños causados por especies no cinegéticas, cualquiera que sea su procedencia.

El artículo no distingue entre daños agrarios o de otra naturaleza, por lo que debe aplicarse a los accidentes automovilísticos. No obstante, los artículos 83 a 87 del Reglamento de 7 de febrero de 1991, que integran el capítulo VI, “De los daños”, crean confusión, porque sólo regulan los “daños efectivamente producidos en las explotaciones agrícolas, ganaderas y forestales”, lo que podría hacer pensar que el artículo 38 de la Ley se refiere también sólo a esta clase de daños.

En cuanto a la Jurisprudencia, la sentencia del TSJ de 29-III-99 se ocupa del accidente provocado por un tejón procedente de un coto de

caza de la Administración demandada. Como el tejón pertenece a la fauna salvaje no cinegética, la responsabilidad de la Administración, conforme al artículo 38, es clara; la sentencia la establece, pero apoyándose en el artículo 106.2 de la Constitución Española y en el 139.1 de la Ley 30/92.

VI. Canarias

Regula esta materia el artículo 32 de la Ley de 6 de julio de 1998:

“1. Los daños producidos por las especies cinegéticas procedentes de los terrenos sometidos a régimen cinegético especial, serán indemnizados por los titulares de aprovechamientos cinegéticos sobre dichos terrenos. Subsidiariamente serán responsables los propietarios de los terrenos.

2. Las entidades públicas o privadas responsables de la administración y gestión de un terreno cinegético especial, serán responsables de los daños producidos por la caza existente en los citados terrenos sometidos a su jurisdicción.

3. Los daños ocasionados por especies cinegéticas procedentes de terrenos sometidos a régimen cinegético común, serán indemnizados de acuerdo a lo establecido en la legislación civil ordinaria.”

El párrafo 1 es semejante al artículo 33 de la Ley de 1970, pero el párrafo 2 me resulta incomprensible; afirmada la responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos en el número 1, es obvio que esta responsabilidad se extiende tanto a las personas físicas como a las jurídicas, por lo que huelga la referencia a “las entidades públicas o privadas responsables de la administración y gestión”. Puede ser que se esté pensando en los cesionarios del aprovechamiento, pero en tal caso responderían todos los cesionarios y no sólo las entidades públicas y privadas.

En cuanto al párrafo 3, plantea dudas qué es “legislación civil ordinaria”. Quizá quiera hacerse la remisión al Código Civil, como hace el artículo 35.3 del Reglamento de la Ley de Caza de 1970.

VII. Castilla y León

La Ley 4/96, de 12 de julio, se ocupa de los daños producidos por las piezas de caza en el artículo 12:

“1. La responsabilidad de los daños producidos por la pieza de caza, excepto cuando el daño sea debido a culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero, corresponderá a:

a) En los terrenos cinegéticos, a quien ostente la titularidad cinegética de dichos terrenos, independientemente de que las piezas de caza pertenezcan a una especie incluida o no en el correspondiente plan de aprovechamiento cinegético, salvo lo dispuesto en el artículo 57 de la presente Ley, sobre palomares industriales.

A tales efectos, tendrá la consideración de titular cinegético de las zonas de caza controlada la Junta o la sociedad de cazadores, concesionaria en su caso.

b) En los terrenos vedados, a los propietarios de los mismos cuando la condición de vedado se derive de un acto voluntario de éstos o a la Junta.

c) En los refugios de fauna, a la Junta.

d) En las zonas de seguridad, a los titulares cinegéticos de los terrenos, a los propietarios de los vedados de carácter voluntario o a la Junta en el resto de terrenos vedados y en el de los refugios de fauna.

2. La Junta suscribirá un seguro de responsabilidad civil que cubra los riesgos de los daños que produzcan las piezas de caza mayor en los supuestos regulados en el apartado d) del punto anterior. El coste de la prima correspondiente se repercutirá entre los titulares cinegéticos que realicen aprovechamientos de caza mayor de manera proporcional a los mismos.”

Existe, pues, una norma específica para los accidentes que tienen lugar en las carreteras, el número 1 d), porque éstas son zonas de seguridad. Pero hay que tener en cuenta el resto del artículo, cuya interpretación ha dado lugar, como veremos, a sentencias contradictorias.

Como las zonas de seguridad no son terrenos cinegéticos, hemos de entender que la referencia que se hace a titulares o propietarios lo es a quienes lo sean de los aprovechamientos cinegéticos o terrenos por donde discurra la carretera.

Tiene gran interés el número 2 del artículo. Fue una novedad en nuestro derecho positivo; antes de 1996, fecha de la Ley, no había ni en el Derecho estatal ni en el de las Comunidades Autónomas nada parecido.

Es evidente la complejidad jurídica de este peculiar seguro, contratado por uno –la Junta– y pagado por otros –los titulares de aprovechamientos de caza mayor–, que encaja mal en una relación contractual y lo hace vulnerable a una posible impugnación.

En cuanto a la Jurisprudencia, tres sentencias de la Audiencia Provincial de Soria de 2-II-98, 12-II-98 y 29-VI-99 establecen la responsabilidad de la Administración, porque el coto estaba extinguido o suspendido, pasando a ser sus terrenos vedados de caza.

Numerosas sentencias de Audiencias Provinciales, a la vista del artículo 12.1.a), han establecido la responsabilidad del coto de caza menor aunque la pieza fuese de caza mayor y también la del coto de caza mayor en el accidente causado por piezas no incluidas en el plan de aprovechamiento. Entre estas sentencias, las de las AP de Soria, 9-II-98; Palencia, 30-III-98;

Salamanca, 11-VI-98; Soria, 24-II-99; Segovia, 28-V-99; León, 10-VI-99; León, 3-IX-99; Zamora, 8-IX-99; Palencia, 4-IV-00; León, 18-V-00; Zamora, 20-XI-02.

A veces se matiza este criterio jurisprudencial, como hacen las sentencias de las AP de Zamora de 9-IV-99 y 9-V-00, al afirmar que para que se dé la responsabilidad se requiere que el hábitat en el coto de caza menor sea favorable para que viva la caza mayor.

Es importante, porque supone un cambio de criterio, la sentencia del TSJ de 15-I-01. El caso fue accidente provocado por un ciervo que provenía de un coto de caza menor. Pese a que el número 1.a) del artículo 12 establece la responsabilidad del titular de los terrenos “independientemente de que las piezas de caza pertenezcan a una especie incluida o no en el correspondiente plan de aprovechamiento cinegético”, la sentencia estima que el artículo contiene una regulación específica de los accidentes ocurridos en zona de seguridad, el número 1.d); éste atribuye la responsabilidad a “los titulares cinegéticos de los terrenos”, pero no hay ninguna previsión semejante a la del apartado a), que extiende la responsabilidad a los casos en que el daño sea causado por cualquier especie, aún no incluida en el plan de aprovechamiento. Uno de los párrafos de la sentencia dice: *“En definitiva, este precepto [art. 12.1 d) de la Ley 4/1996] –en términos parecidos a lo que ocurría con el artículo 33 de la Ley de Caza de 1970– (RCL 1970/579 y NDL 4840) hace recaer la responsabilidad sobre los titulares cinegéticos de los terrenos siempre que se den los presupuestos exigidos: la realidad del daño y la procedencia de dichos terrenos de las piezas causantes del daño a la zona de seguridad. Pero no se desprende del precepto, a diferencia de lo que ocurre en el apartado a), que el titular cinegético del terreno sea responsable de los daños causados por los animales que no estén incluidos en el aprovechamiento”*. Y a la vista de los argumentos expuestos atribuye la responsabilidad por el accidente a la Junta de Castilla y León.

Probablemente la interpretación no encaja sin esfuerzo en la letra del artículo 12, pero la solución encontrada, responsabilidad de la Administración, es justa. Ya la sentencia de la AP de Burgos de 23-II-00 había dicho que la responsabilidad de los daños producidos por las piezas de caza en los casos del artículo 12.1 d) de la Ley de Caza de Castilla y León corresponde a la Junta en las zonas de seguridad (3).

(3) José María CABALLERO tiene publicados en la *Revista de Derecho Agrario* algunos artículos sobre este tema: número 34, del año 1999; número 28, de 1996; número 27, de 1995.

VIII. Castilla-La Mancha

La Ley de Caza de Castilla-La Mancha de 15 de julio de 1993 sólo contempla, en el artículo 17, los daños causados en explotaciones agrarias, y lo mismo hace el Reglamento de 9 de diciembre de 1996. De modo que los daños derivados de accidentes de circulación se rigen por la legislación general.

Esta legislación es la que tiene en cuenta la Jurisprudencia.

IX. Extremadura

La Ley de Caza de 21 de diciembre de 1990, antes de su modificación, decía en el artículo 74:

“1. Serán indemnizados por la Administración Regional, previa instrucción del oportuno expediente y las valoraciones a que hubiere lugar:

Los daños ocasionados por especies cinegéticas de los terrenos sometidos a Régimen Cinegético Especial, que no sean objeto de concesión administrativa para su aprovechamiento privado o deportivo.

Los daños ocasionados por especies de la fauna silvestre no cinegética, cualquiera que sea su procedencia.

2. Los daños ocasionados por especies cinegéticas procedentes de terrenos sometidos a Régimen Cinegético Especial con concesión administrativa para su aprovechamiento privado o deportivo, serán indemnizados por los titulares de los aprovechamientos cinegéticos.”

El mismo artículo, en lo que ahora nos interesa, dice:

“1. La responsabilidad de los daños producidos por las piezas de caza, excepto en los supuestos de fuerza mayor o cuando el daño sea debido exclusivamente a culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero, corresponderá a:

a) Los titulares de los aprovechamientos cinegéticos cuando se trate de daños ocasionados por especies cinegéticas procedentes de sus correspondientes cotos privados o deportivos, y ello con independencia de que sea o no época de veda, así como del sexo y edad.

b) La Junta de Extremadura cuando se trate de daños ocasionados por especies cinegéticas procedentes de terrenos sometidos a Régimen Cinegético Especial distintos o de los cotos privados o deportivos.

No podrá considerarse que una pieza de caza procede de un terreno cuando éste sea impropio o inadecuado como hábitat para la especie de que se trate, entendiéndose como hábitat el lugar de reproducción, invernada, reposo, campeo, alimentación o similar.

...

3. Para los casos en los que resulte obligada legalmente a indemnizar la Junta de Extremadura, ésta podrá tener suscrito previamente un seguro

de responsabilidad civil que cubra los riesgos de los daños derivados de accidentes de circulación que produzcan las reses de caza mayor.

4. A los efectos previstos en el apartado primero de este artículo, la Administración regional podrá suscribir un seguro de responsabilidad civil, prorrateando, de la manera que se determine reglamentariamente, el coste de la póliza entre los titulares de cotos, para lo cual se tendrán en cuenta la tipología y características del coto.”

Nos sugiere estas observaciones:

1.^a El párrafo 1.a) no resuelve el problema de si responde el titular de un coto privado o deportivo de caza menor cuando el daño lo produce una pieza de caza mayor. El párrafo segundo del apartado b) parece pensado para cuando la pieza de caza mayor proceda de un coto de caza menor, en cuyo caso no responderá éste cuando el terreno sea inadecuado como hábitat de la especie. Hubiera sido preferible una mayor claridad: excluir la responsabilidad del coto de caza menor siempre que el accidente lo provoque la caza mayor.

2.^a Este párrafo segundo del apartado b) aborda la cuestión, a la que he aludido tantas veces, de saber qué es “procedencia” de una manera imprecisa, que no resuelve nada, así:

La misma razón que para considerar lugar adecuado como hábitat el de invernada habría para que lo fuera donde el animal pasa el otoño, la primavera o el verano.

El término “campeo”, referido a un animal salvaje, no tiene sentido.

No debería mencionarse el lugar de alimentación, que, dada la movilidad de algunas piezas, puede estar a larga distancia de donde vive el animal.

El término “similar” crea una indeterminación absoluta.

3.^a Resuelve las dudas que se han planteado cuando el accidente tiene lugar en época de veda o es provocado por piezas que por su edad o sexo no pueden cazarse.

4.^a En cuanto al seguro, parece que se prevén dos clases: uno que puede suscribir la Junta para cuando deba responder por los daños en accidentes de circulación provocados por las reses de caza mayor y otro de carácter más general suscrito por la Junta y prorrateada la prima entre los titulares de cotos.

En cuanto a la Jurisprudencia, la sentencia del TSJ de 18-VI-98 se ocupa de un accidente causado por pieza de caza mayor que provenía de coto de caza menor, estableciendo la responsabilidad de la Administración.

La del mismo tribunal de 24-II-00 impone la responsabilidad de la Administración porque ésta no prueba ni la procedencia del animal ni que

se hubiera cedido el aprovechamiento de la caza mayor a los cotos contiguos al lugar donde ocurrió el accidente. Además, el accidente lo provocó una cierva, que no se podía cazar sin “autorización específica”.

En la de 14-X-03, probado por el actor que el accidente lo causó un jabalí, corresponde a la Administración para exonerarse de responsabilidad probar que procedía de un coto privado o deportivo; como no lo hizo, debe responder.

La Audiencia Provincial de Badajoz, en sentencia de 22-I-97 estima, con razón, “ininvocable” el artículo 1.906 del Código Civil, la ley vigente es la extremeña. Conforme a ella, provocado el accidente por un ciervo, responde el titular del coto de caza mayor de donde provenía.

La de la Audiencia Provincial de Cáceres de 26-VI-97 considera que no responde el coto menor cuando el accidente lo provoca pieza de caza mayor. Y en orden a la vigencia del Código Civil estima que ha sido derogado y que “no es de recibo citar el artículo 1.905”.

Vale la pena detenerse en la de la AP de Cáceres de 20-I-98, porque estima que las concesiones administrativas por la que se constituyen los cotos de caza “no son anuales, sino que estarán comprendidas en los días y períodos hábiles de caza”, de modo que, habiendo ocurrido el accidente en tiempo de veda, es responsable de los daños la Administración. Como la sentencia estima que con la Ley de Caza extremeña las piezas cazables han dejado de ser *nullius*, ocurre que la Orden de Vedas cambia cada año “la titularidad y posesión de estos animales”.

Tal postura no es admisible, la resolución que apruebe el coto determinará la duración del aprovechamiento del coto privado, que no puede alterar la Orden de Vedas.

En la SAP de Cáceres de 24-I-00, aunque el caso es de daños en cultivos, se refiere a la procedencia de los animales y estima que es del coto colindante, pues “*otros posibles cotos de caza existentes en dicho lugar no limitan con la finca de la actora, sino precisamente con la del coto de caza objeto del litigio, de lo que se desprende que los animales de éstos no fueron los que penetraron en la finca de la actora*”. La contundente afirmación sólo tiene sentido estimando que “proceder” es “salir”; no en otro caso, pues los jabalíes que salieron del coto inmediato podían tener su lugar de estancia en otro de los colindantes.

Toda la Jurisprudencia que he citado se ha producido vigente la Ley de Caza antes de su modificación.

X. Galicia

Se ocupa de la indemnización por daños el artículo 23 de la Ley de Caza de 21-VII-97:

“1. Los titulares de los aprovechamientos cinegéticos en terrenos sujetos a régimen especial responderán de los daños y lesiones ocasionados por especies cinegéticas procedentes de esos terrenos.

2. La Consellería de Agricultura, Ganadería y Montes, previa instrucción del correspondiente expediente de valoración, indemnizará los daños efectivamente producidos por las especies cinegéticas provenientes de terrenos cinegéticos de aprovechamiento común, de los Tecor autonómicos de su administración, de las reservas de caza, de los refugios de fauna y de cualquiera otro terreno cuya administración y gestión corresponda a esta Consellería.”

Desarrolla esta norma el artículo 24 del Reglamento de 11-X-01, que en buena parte, por rebasar lo que dice la Ley –así, estableciendo la solidaridad–, podría ser nulo. Este artículo dice:

“1. Los titulares de los aprovechamientos cinegéticos en terrenos sujetos a régimen especial responderán de los daños y lesiones ocasionados por especies cinegéticas procedentes de esos terrenos. Se considerará, salvo prueba en contrario, que la pieza procede del terreno cinegético más próximo al lugar en que se haya producido el daño.

2. Cuando se trate de daños efectivamente producidos por las especies cinegéticas procedentes de terrenos cinegéticos de aprovechamiento común, de los Tecor autonómicos de su administración, de las reservas de caza, de los refugios de fauna y de cualquier otro terreno cuya administración y gestión corresponda a la Administración autonómica, será de aplicación lo previsto en el artículo 23 de la Ley 4/1997, de 25 de junio, de Caza de Galicia.

3. En los casos en que no resulte posible precisar la procedencia de la caza respecto a uno determinado de los varios titulares de aprovechamientos cinegéticos que colinden con la finca dañada, la responsabilidad por los daños ocasionados en la misma por las piezas de caza será exigible solidariamente a todos los titulares de aprovechamientos cinegéticos que fueran colindantes.”

Veo contradicción entre los números 1 y 3. Conforme al 1, se presume que la pieza procede del terreno cinegético más próximo, salvo prueba en contrario. Hay siempre un responsable, el titular del coto más próximo o del que resulte probado que procedía la pieza; luego no se puede dar el supuesto del número 3, que no sea posible precisar la procedencia de la caza. Tal vez la contradicción se resuelva considerando que el número 3 se aplica sólo, como resulta de su redacción literal, a los daños agrarios.

En cuanto a la Jurisprudencia, la sentencia del TSJ de 30-IX-02 establece la responsabilidad del coto de caza mayor en el que ocurrió el accidente, no la de la Administración. En igual sentido, la del mismo Tribunal de 23-X-02.

Conviene subrayar la del TSJ de 13-III-03, importante por las cuestiones que trata y la forma de hacerlo.

1.^a La constitucionalidad del artículo 23 de la Ley. La parte recurrente estima que ese artículo, en cuanto regula un supuesto de responsabilidad extracontractual, invade una competencia exclusiva del Estado. Para la sentencia, la norma se ajusta a la Constitución.

2.^a Se alegó también, sobre la base de la Ley de 1970, que el artículo 23.1 de la Ley gallega se refiere sólo a la responsabilidad por los daños causados a la agricultura.

Tesis igualmente rechazada.

3.^a Contempla el fenómeno, tan extendido, de la repoblación de fincas, hasta el punto de que dice –y no le falta razón– que los animales de caza *“muchas veces no tienen ni siquiera la consideración de animales salvajes, sino sólo la de animales en libertad o asilvestrados por las continuas repoblaciones”*, de donde resulta que el titular del aprovechamiento *“adquiere una serie de obligaciones entre las que se encuentra, aparte del control y vigilancia de la caza, la de responder de los daños causados por los animales objeto de la misma en la línea marcada más por el artículo 1.905 que por el artículo 1.906 del Código Civil”* (4).

XI. Navarra

Regulaba esta materia la Ley Foral 2/93, de 5 de marzo, artículo 57.5:

“Los daños ocasionados por especies cinegéticas o susceptibles de pesca procedentes de cotos serán indemnizados por los titulares de los aprovechamientos cinegéticos o piscatorios.”

Este número 5 ha sido derogado por la Ley Foral 8/94, de 21 de junio. La derogación crea incertidumbre en cuanto al derecho vigente en Navarra: si el de esta Comunidad o el de la Ley de 1970.

(4) Esta sentencia debería hacer reflexionar en un doble sentido:

1.º Hasta qué punto la caza, tanto mayor como menor, va perdiendo su primitivo carácter.

2.º Qué sentido tiene mantener la vieja tesis –yo sostengo que obsoleta–, pero con firme apoyo en Doctrina, Legislación y Jurisprudencia, de que las piezas de caza son *res nullius* y se adquieren por ocupación.

Tres sentencias del TS de Navarra de 6-II-02 intentan resolver el problema creado. Según ellas, hasta la publicación de la Ley Foral 2/93 se aplicaba, como derecho supletorio, el artículo 33 de la Ley de Caza. La citada Ley Foral, artículo 72.c), imponía a los titulares del aprovechamiento de un coto la responsabilidad por los daños causados a terceros; y el artículo 57.5 establecía la responsabilidad de los titulares cinegéticos. La Ley de 21 de junio de 1994 *deja sin contenido los artículos 72.c) y 57.5 y da nueva redacción al artículo 31 de la Ley de 1993, estableciendo que la responsabilidad por daños causados por la fauna cinegética “se indemnizarán por quienes resulten responsables conforme a la Legislación Civil”*. Aquí “Legislación Civil” es Código Civil y las leyes generales de España; no puede ser el artículo 488.2 del Fuero Nuevo de Navarra porque es una regla genérica paralela al artículo 1.902 del Código Civil: *“en definitiva, la normativa reguladora de la responsabilidad civil por los daños causados por piezas de caza, aplicable al caso, está constituida por el artículo 31 de la Ley Foral 2/1993, de 5 de marzo, en la redacción de la Ley Foral 8/1994 y, en cuanto integra la «Legislación Civil» a que su apartado cuatro remite la indemnización de los daños causados por la fauna silvestre susceptible de aprovechamiento cinegético, por el artículo 33 de la Ley 1/1970, de 4 de abril”*.

Me parece acertado el criterio de estas tres sentencias, aunque el tema puede no estar cerrado, como lo demuestra el voto particular que defiende el presidente del Tribunal y uno de los magistrados, para quienes la norma que debería haberse aplicado es el artículo 488 del Fuero Nuevo de Navarra, que sigue, según ellos, un sistema de “responsabilidad culposa”, pero matizada con criterios “quasi-objetivos”.

En cuanto a la Jurisprudencia, las sentencias de la AP de 6-IX-94, 14-II-95, 29-V-95, 30-IX-95, 27-X-95 aplican el artículo 57.5 de la Ley de 5 de marzo de 1993, que no se había derogado cuando ocurrieron los accidentes.

En sentencias posteriores a esa derogación, la de la AP de 1-IV-97 estima que, en un accidente ocurrido en carretera que atravesaba el coto, debe responder el titular porque:

- 1.º No adoptó las medidas necesarias para impedir la irrupción del animal.
- 2.º No es óbice que el accidente ocurriera en tiempo de veda.
- 3.º Al demandante le basta acreditar que el jabalí salió de terrenos del coto. Correspondería a la parte demandada probar su procedencia de otro lugar.

Según la de la AP 20-II-99 responde el titular del coto, aunque fuere excepcional la caza del jabalí. La de 26-VI-2000 afirma que el titular responde por el accidente causado por un corzo, aunque el aprovechamiento fuera de caza menor y jabalí, porque la existencia de un terreno acotado crea condiciones favorables para la reproducción y vida de otras especies. En igual sentido la de 11-I-01.

Todas estas sentencias se apoyan en el artículo 488.2 del Fuero Nuevo de Navarra.

Cambian de orientación, como hemos visto, las tres sentencias del Tribunal Superior de 3-II-02. Y sigue el criterio de estas sentencias la de la AP de 11-III-02.

En cuanto al sentido que para estas cuatro últimas sentencias tiene la palabra “procedencia”, la primera de las de 3-II-02 estima que es la del coto donde la pieza tiene su hábitat natural; pero cuando se trate de especies de gran movilidad y no sea posible concretar la procedencia, la responsabilidad debe atribuirse al coto más cercano al lugar del daño, y *“cuando sean varios y no pueda atribuirse a ninguno de ellos la procedencia, la tutela de la víctima impone la responsabilidad solidaria de todos ellos”*.

Por lo que respecta a daños causados por especies no incluidas en el plan de aprovechamiento, la misma sentencia considera que no responde el titular del coto; encuentra sólida base para esto en la Ley 2/93, pues si la Administración responde por los daños causados por especies no cinegéticas, debe hacerlo también en el caso de especies cinegéticas no susceptibles de aprovecharse.

La sentencia número dos del mismo día aborda también los temas de la procedencia y aprovechamiento; al determinar qué debe entenderse por pieza de caza procedente del coto, estima que: *“dentro de esa alocución caben todas aquellas piezas que razonablemente provienen o salen, de forma inmediata, del coto en cuestión; así, si el accidente, la colisión con el vehículo, tiene lugar dentro del coto, como acaece en el supuesto de autos, lo lógico será deducir que el animal litigioso procede inmediatamente de él. De más está decir que para proclamar la responsabilidad que define esta legislación civil será exigible que el animal en cuestión sea susceptible de aprovechamiento cinegético en el coto de que se trate, por lo que no puede extenderse a aquellas otras piezas que de forma esporádica pudieran encontrarse en el terreno acotado: en definitiva, la responsabilidad del titular debe vincularse al tipo de aprovechamiento a que se dedica el correspondiente coto”*.

Y en términos semejantes se pronuncia la sentencia número tres.

XII. La Rioja

Se ocupa de los daños producidos por las piezas de caza el artículo 13 de la Ley de 4 de julio de 1998:

“Los titulares de terrenos cinegéticos, los propietarios de terrenos cercados y los propietarios de zonas no cinegéticas voluntarias serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los mismos, salvo que el daño causado sea debido a culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero.

Corresponderá a la Comunidad Autónoma responder de los daños producidos por las piezas de caza procedentes de los vedados no voluntarios y de las zonas no cinegéticas.

• Cuando no se pueda precisar la procedencia de las piezas de caza respecto a uno de los varios terrenos cinegéticos de los que pudieran proceder, la responsabilidad por los daños originados en ella por las piezas de caza será exigible mancomunadamente a los titulares de todos ellos.

La responsabilidad por los daños producidos por las piezas de caza conforme a lo establecido en esta Ley, será exigible por el procedimiento determinado en la legislación civil o en la administrativa, según la naturaleza jurídica del titular del terreno cinegético al que se le exija.”

El artículo 6 del Reglamento de 27 de febrero de 2004 reproduce, con leves modificaciones, este artículo. El párrafo tercero del artículo 13 sugiere algunas consideraciones:

- 1.^a Sobran las palabras “en ella”.
- 2.^a Sobre el sentido de la palabra “procedencia” parece claro que no se identifica con “salir”.
- 3.^a La responsabilidad de titulares de terrenos de los que pudieran proceder las piezas de caza es mancomunada, no solidaria, como la establece el artículo 35 del Reglamento de la Ley de 1970 y confirma reiterada Jurisprudencia. Sobra decir la importancia del cambio, sin que sea el momento de estudiar las diferencias entre mancomunidad y solidaridad. Sólo subrayaré una consecuencia inmediata: el actor deberá demandar a todos los titulares de los aprovechamientos cinegéticos de donde pudiera proceder el animal.

En cuanto a la Jurisprudencia, ya me he referido antes a la sentencia del TSJ de 23-XII-02.

PARTE SEGUNDA

Podemos resumir de esta manera lo expuesto:

1.º En unas Comunidades Autónomas rige la Legislación general, en otras, las leyes de caza propias.

2.º Algunas de las leyes de caza autonómicas contemplan expresamente la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tráfico provocados por piezas de caza. Otras, no.

3.º Entre la Ley de 4 de abril de 1970 y las leyes autonómicas existen diferencias profundas. Y lo mismo ocurre con las leyes autonómicas entre sí.

4.º La Jurisprudencia resulta confusa y contradictoria. Ante el mismo hecho y con la misma norma, las soluciones difieren radicalmente. Ejemplos:

- a) Si rige el Código Civil o la legislación específica de caza.
- b) Qué se entiende por procedencia.
- c) Si responde el coto de caza menor cuando la pieza que causa el daño es de caza mayor.
- d) Accidente en época de veda.
- e) Alcance de la solidaridad.
- f) Etcétera, etc.

Tal desbarajuste se debe a una causa muy concreta: para resolver los problemas de responsabilidad civil creados por los accidentes de circulación que provocan las piezas de caza se aplican las leyes de caza, y esto no debería ocurrir; irrumpir un animal salvaje en la calzada no tiene nada que ver con la acción de cazar.

Creo que la Ley de 1970, al introducir el artículo 33, está pensando, como antes la de 1902 y el artículo 1.906 del Código Civil, en los daños agrícolas; extender la responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos a los accidentes de caza ha sido una desafortunada obra de la Jurisprudencia.

Conviene subrayar que, en Europa, el sistema legal es radicalmente distinto. Tengo a la vista un estudio de Jorge BERNAD, aportado a un seminario el 18 de noviembre, del que resulta que en ninguno de los países que voy a enumerar responden de los accidentes de tráfico provocados por las piezas de caza ni el titular del coto ni los propietarios de los terrenos: Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Suecia, Inglaterra, Irlanda y Portugal.

La búsqueda de otros cauces legales para regular la materia no resulta fácil. Veamos:

A) Caso fortuito

Podría sostenerse que la irrupción de un animal salvaje en la calzada es un suceso imprevisible o inevitable, un caso fortuito al que se aplicaría el artículo 1.105 del Código Civil. Alguna sentencia lo ha estimado así, como la de la AP de Álava de 21-I-92, si bien justifica su tesis en que no se probó la procedencia del jabalí que provocó el accidente. Además, la misma AP, el 26-II-92, rechaza la existencia de caso fortuito.

La sentencia de la AP de Pontevedra de 21-VII-94, aunque no usa el concepto “caso fortuito”, estima que como el jabalí vaga libremente y no puede entenderse pieza de caza de ningún coto ni zona de caza controlada, no responden del daño ni el titular cinegético ni la Junta.

La Jurisprudencia en la que podría apoyarse la admisión del caso fortuito es muy escasa y poco significativa y la tesis que sostiene no la comparto. No es socialmente aceptable que quien circula por una carretera respetando escrupulosamente todas las normas de tráfico tenga que soportar los daños materiales o personales provocados por una pieza de caza; la vía pública no es lugar adecuado para el tránsito de estos animales.

B) Responsabilidad de la Administración

Por dos caminos podríamos buscar esta responsabilidad.

a) A la Administración corresponde la tutela del medio ambiente.

El artículo 45.2 de la CE dice:

“Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.”

La fauna cinegética forma parte inescindible del medio ambiente, lo que subrayan las leyes autonómicas. Ya en la primera de estas leyes, la de Asturias, de 6 de junio de 1989, en la Exposición de Motivos manifiesta la intención de adaptar “la concepción tradicional de la caza a la preservación de la riqueza natural” y considera a las especies cinegéticas como “patrimonio público”, en contraposición de la vieja teoría de la *res nullius*, lo que supone la vinculación de las especies a la Administración, la cual ve así reforzadas sus prerrogativas de forma coherente.

Y la última de estas leyes, la de Murcia, de 12 de noviembre de 2003, se enmarca, según su Exposición de Motivos, en el artículo 45 de la Cons-

titución; y el número 2 del artículo 1 dice: **“La Administración Regional velará en todo momento para que el desarrollo de la caza y pesca fluvial se lleve a cabo de forma compatible con la protección del medio ambiente, y en particular de la fauna silvestre, sus ciclos biológicos y hábitats naturales”**.

Las restantes leyes autonómicas hacen declaraciones semejantes.

Cierto que el disfrute de la caza puede corresponder a quienes hayan constituido, con la pertinente autorización administrativa, cotos y aprovechamientos similares; pero de ninguna manera el derecho a las piezas de caza es absoluto. La Administración señala los días hábiles para cazar, puede suspender, por causa justificada, el ejercicio de la caza; controla los planes técnicos de aprovechamiento en los que se establece un número máximo de capturas; exige autorización para algunas modalidades de caza, como ojeos de perdiz, monterías, ganchos, hurón; limita el número de piezas que puede abatirse, etc. Además la Administración participa de los beneficios que genera la caza a través de tasas e impuestos.

En resumen, si la caza, como parte de los recursos naturales, del medio ambiente, es patrimonio común, la responsabilidad a través de la Administración que corresponda también puede hacerse común.

En la caza convergen muchos intereses y nos parece que en el mantenimiento de la fauna silvestre, para lo que es imprescindible la colaboración de los titulares de cotos, existe un marcado interés público.

En alguna ocasión se ha pedido la responsabilidad de la Administración, invocando su competencia en materia de caza y medio ambiente, pero la petición no ha sido aceptada. La AP de Toledo, sentencia de 24-VII-96, ha rechazado la responsabilidad de la Administración, aunque tenga competencia en materia de caza y medio ambiente: *“atribuir a la Administración la responsabilidad civil por los daños causados por todo animal salvaje en virtud de la asunción de las competencias de preservación del medio ambiente... supone... una inaceptable extensión de las funciones de las Administraciones públicas”*.

Opinan de otra manera algunas sentencias, entre ellas varias de la AP de Lugo:

La de 25-II-98, ante el caso de un jabalí que irrumpió en la calzada procedente de un coto de caza menor, considera que la responsabilidad corresponde a la Administración en virtud de sus competencias funcionales en riqueza cinegética.

La de 15-IV-98, en accidente ocurrido en época de veda, considera que *“sería imposible al titular de un coto, si viera dentro de él al animal, impedir que saliera, a menos que proceda a abatirlo, lo que le está prohibido, incumbiendo entonces la responsabilidad exclusivamente a la Administración, que es a quien corresponde el control de la población cinegética”*.

Antes había dicho que la Administración regula la caza y obtiene beneficios de ella.

En el mismo sentido, las de 27-I-99 y 15-II-99.

b) Titularidad y explotación de las carreteras.

El Reglamento de Carreteras, RD 1812/94, dice en el artículo 40.1:

“La explotación de la carretera comprende las operaciones de conservación y mantenimiento, las actuaciones encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso, incluyendo las referentes a señalización, ordenación de accesos y uso de las zonas de dominio público, de servidumbres y de afección (art. 15).

Las operaciones de conservación y mantenimiento incluyen todas las actividades necesarias para preservar en el mejor estado posible el patrimonio viario. Las actuaciones de defensa de la carretera incluyen las necesarias para evitar actividades que perjudiquen a la carretera, a su función o a la de sus zonas de influencia. Las actuaciones encaminadas al mejor uso de la carretera incluyen las destinadas a facilitar su utilización en las mejores condiciones de seguridad, fluidez y comodidad posibles.”

La titularidad de la carretera implica, según resulta del artículo transcrito, las actuaciones encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso; entre éstas “facilitar su utilización en las mejores condiciones de seguridad, fluidez y comodidad posibles”.

Explotar las carreteras supone prestar un servicio público, y la Administración –Estado o Autonomía, según la clase de vía– debe responder de los daños causados.

Así resulta:

a') Del artículo 106.2 de la Constitución:

“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”

b') Del artículo 139.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común:

“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.”

Para las autopistas, la responsabilidad de la Administración o del concesionario resulta aún más clara. El artículo 27 de la Ley 8/1972, sobre construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión administrativa, establece:

“1.º El concesionario deberá conservar la vía, sus accesos, señalización y servicios reglamentarios en perfecto estado de utilización.

2.º La continuidad en la prestación del servicio obligará especialmente a:

a) Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de la vía, salvo que la adopción de medidas responda a razones de seguridad o de urgente reparación.”

C) La vía constitucional

Todas las Comunidades Autónomas tienen atribuidos por sus Estatutos competencia exclusiva en materia de caza. La cuestión es determinar si esa competencia justifica que las leyes de caza autonómicas regulen los supuestos en que los accidentes de tráfico los provoca una pieza de caza, pues ocurriendo el accidente en carreteras, autovías o autopistas, y tratándose de un supuesto inequívoco de responsabilidad civil extracontractual, podría estimarse que existe competencia exclusiva del Estado a tenor de los números 8 y 21 del artículo 149.1 y el artículo 149.3 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional se ha ocupado muchas veces de la concurrencia de títulos competenciales. En materia de caza y medio ambiente, principio general podría ser el establecido en la sentencia 102/95:

“Así, junto al medio ambiente, los de ordenación del territorio y urbanismo, agricultura y ganadería, montes y aprovechamientos forestales, hidráulicos, caza y pesca o comercio interior entre otros... resulta inevitable... determinar, en cada caso, el título competencial predominante por su vinculación directa e inmediata en virtud del principio de especificidad, operando así con dos criterios, el objetivo y el teleológico... sin que en ningún caso pueda llegarse al vaciamiento de las competencias de las Comunidades Autónomas según sus Estatutos.” Y más concretamente, en el ámbito específico de la caza, su vinculación al medio ambiente legitima la actuación estatal, *“pero con una penetración menos extensa e intensa, nunca expansiva además, por topar frontalmente con la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas sobre la materia”*.

La sentencia mencionada ha reconocido expresamente competencias a las Comunidades Autónomas para expedir licencias; concretar cuáles son las especies cazables; determinar procedimientos masivos y no selectivos;

fijar cuáles son los períodos de regreso a los lugares de reproducción y el período inicial para la caza de aves acuáticas.

No menos generosa es la sentencia del TC 14/98 sobre la Ley extremeña que, pese a su incidencia en el Derecho Civil, considera ajustados a la Constitución los artículos que tratan de arrendamientos y cesiones; duración mínima de los contratos; efectos que produce la ocultación o fraude en los contratos; caducidad de los existentes el 31 de marzo de 1991.

Sin que pueda extenderme en un tema que ha generado abundantísima Jurisprudencia, diré que el Tribunal Constitucional invoca muchas veces el mismo argumento: las competencias de las Comunidades Autónomas quedarían vacías de contenido si no tuvieran ninguna capacidad normativa sobre alguna de las materias enumeradas en el artículo 149. Trasladado este principio al tema que nos ocupa, quiere decir que aunque la responsabilidad extracontractual sea una cuestión básica del Derecho Civil, las Comunidades Autónomas, que tienen atribuida competencia exclusiva en materia de caza, pueden legislar sobre ella. Vistas las cosas de esta manera, serían ajustadas a la Constitución las leyes autonómicas que se ocupan de la responsabilidad civil derivada de los daños causados por la caza.

Pero cualquiera que sea la doctrina del Tribunal Constitucional, no parece razonable que si el accidente tiene lugar en el punto kilométrico 100 se produzcan unas determinadas consecuencias, y si es en el 101, ya en territorio de otra Comunidad, otras totalmente distintas. Las diferencias entre las leyes autonómicas son de gran magnitud e injustificables (5).

Conseguir un régimen uniforme, como sería deseable, no parece fácil. Los cauces podrían ser:

Uno, que las Comunidades Autónomas se pusieran de acuerdo y, siguiendo el ejemplo de Aragón, establecieran su responsabilidad en esta clase de accidentes. Solución correcta en teoría, pero impensable en la práctica.

Otro, que el Estado, en el ámbito de la legislación sobre carreteras o seguridad vial y con apoyo en alguna de las competencias exclusivas que le corresponden conforme al artículo 149 de la Constitución, o bien por ley nueva promulgase una norma para todo el territorio nacional. Podría invocarse el artículo 150.3 de la Constitución:

“El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autóno-

(5) Trato el tema en mi libro *La caza en las Comunidades Autónomas* y en varios artículos. Sólo citaré un ejemplo: la misma infracción puede ser sancionada en una Comunidad con 5.000 pesetas y en otra con 50.000.000. ¿Cómo puede soportar un Ordenamiento Jurídico, sin pestañear, estos disparates?

mas, aún en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad.”

La solución propuesta será todo lo razonable que se quiera, pero necesita de unos acuerdos políticos previos que, en la situación actual de las relaciones entre el Estado y las autonomías, no son previsibles. Por lo que cierro este artículo manifestando mi pesimismo ante la posibilidad de que la situación, radicalmente injusta, pueda modificarse.

LA APROBACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DEONTOLOGÍA DE LA UINL Y SU CONSIDERACIÓN COMO MODELO DE CÓDIGO DEONTOLÓGICO NOTARIAL

JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL

Notario.

*Presidente de la Comisión de Deontología
de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL)*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NATURALEZA DE LA NORMA DEONTOLÓGICA. 3. LAS IDENTIDADES Y DIFERENCIAS ENTRE EL CÓDIGO EUROPEO DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL Y EL CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA DE LA UINL. **A)** Independencia e imparcialidad. **B)** Secreto profesional. **C)** Competencia jurídica y técnica. **D)** Prohibición de publicidad individual. **E)** Lealtad. Aspectos deontológicos de la actuación del notario en relación con el documento público. **a)** *En los momentos previos a la autorización.* **b)** *En la recepción de la declaración de voluntad de los otorgantes y su correspondencia con lo reflejado en el documento.* **c)** *La relevancia deontológica de la actuación notarial en relación con el control de legalidad.* **a')** *Acción, abstención, tolerancia e inducción.* **b')** *Aspectos deontológicos de la calificación notarial de poderes.* **d)** *La redacción y autorización del documento.* **e)** *La intervención del*

notario respecto del contenido de las declaraciones de las partes. a') Certeza. 1.º) La perfecta y previa calificación jurídica del negocio de que se trate. 2.º) La permanencia en el tiempo y el espacio de la eficacia del documento. 3.º) La exactitud y concreta determinación de los derechos. b') La seguridad jurídica derivada de la intervención del notario. F) Integridad moral. 4. LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN LEGAL DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO. 5. CONCLUSIÓN.

1. Introducción

La reciente aprobación en México, por el Consejo Permanente y la Asamblea de Presidentes de la Unión Internacional del Notariado Latino, durante los días 16 a 19 de octubre, de los Principios Generales de Deontología de la Unión, auténtico Código de Deontología del Notariado Internacional, supone la culminación de seis años de trabajo dentro de la Comisión de Deontología que he tenido el honor de presidir. Trabajos que, como se indica en el preámbulo de los mismos, se inician tras el XXII Congreso Internacional de la UINL, celebrado en Buenos Aires en conmemoración de los cincuenta años de creación de la UINL. En la conclusión décima del tema III, relativo a la deontología del notario en relación con los compañeros, los clientes y el Estado, puede leerse: "Para que los principios deontológicos queden salvaguardados en el seno de la Unión de cara a las generaciones futuras, aprovechando la excepcional ocasión que representa celebrar en Buenos Aires el cincuenta aniversario de la creación de la UINL, se propone a ésta la elaboración de unos Principios Generales de Deontología Notarial...". Los siguientes pasos se reconocen muy sumariamente en el referido preámbulo, que junto con el texto de los Principios se incorporan al final de esta revista. Aprovechando este histórico momento quería hacer unas reflexiones sobre el valor de la deontología para la profesión notarial haciendo en un primer momento un breve análisis comparativo entre los Códigos Deontológicos Europeos e Internacional y deteniéndome un poco más en los aspectos deontológicos relacionados con el documento notarial. Algunas de estas ideas ya aparecieron en el Informe del Coordinador Internacional del tema III del Congreso de Buenos Aires, relativo a la deontología notarial.

Está claro que carece la deontología notarial de los presupuestos técnico-jurídicos, de los estudios doctrinales sustantivos y de la jurisprudencia orientadora con la que se ven acompañados, complementados y fun-

damentadas instituciones tan básicas para el notariado como son la noción de instrumento público, el concepto de unidad de acto, el principio de seguridad jurídica o el valor de la forma en relación con el documento público. Pero no deja de ser cierto también que si la deontología no informa todas y cada una de esas instituciones citadas, el instrumento público acabaría perdiendo su eficacia, la unidad de acto, en sus múltiples posibles formulaciones se desequilibraría siempre a favor del interés económico más poderoso, se perdería la seguridad jurídica que la función notarial aporta al acto o negocio en que interviene, y la forma pública, que es consustancial al documento que autoriza el notario y que como expresión de la solemnidad del acto prefigura y recoge las declaraciones de las partes garantizando a su vez su pervivencia para el futuro, pasaría a convertirse en pesado lastre contra la agilidad del tráfico al devaluarse en peso muerto que no garantiza la verdad de su contenido y simplemente aumenta el coste de la contratación. Por ello, cabría concluir que, debido al considerable peso ético de la propia función notarial, un notario que no observe una conducta deontológicamente correcta, nunca será un buen notario.

2. Naturaleza de la norma deontológica

Por lo que se refiere a la naturaleza de la norma deontológica, en el párrafo segundo de la conclusión 8.^a del Congreso antes citado, se hace referencia a esta importante cuestión. La conclusión aporta por vez primera en el ámbito de la UINL una referencia muy interesante sobre una cuestión que siempre ha estado presente en los debates suscitados en torno a la deontología notarial. Me refiero a la conveniencia o no de que las reglas deontológicas figuren como principios generales abstractos, y por tanto, con la importante misión de influir en las diferentes escalas normativas de los ordenamientos notariales, o bien se manifiesten en textos escritos, concretos y determinados y con el valor normativo que cada ordenamiento estime conveniente. La UINL se ha inclinado por esta última fórmula, no sin un cierto debate, y ha ido aún más lejos: recomienda que las reglas deontológicas estén dotadas de eficacia normativa. Más aún. En la parte final de dicha conclusión 8.^a hay una afirmación de enorme trascendencia en este campo: **“Se hace preciso reafirmar la naturaleza de norma jurídica de la regla deontológica y su pertenencia al sistema jurídico, caracterizada por su contenido ético, y su dependencia de las leyes, tanto constitucionales como ordinarias de cada Estado miembro”.**

Esta afirmación no carece de fundamentos dogmáticos. Reiteradamente he acudido en muy diferentes ocasiones a un hecho que a veces pare-

ce olvidado al hablar de cuestiones deontológicas y que ya observó FALCÓN Y TELLA. Y es que no sólo afecta a la validez jurídica el plano de la efectividad, es decir, la eficacia como tal del hecho jurídico, y el plano de la validez formal, es decir, el amparo del ordenamiento jurídico, sino también el plano ético de la legitimidad, plano que nos remite a una dimensión axiológica del Derecho que hace condicionar la concepción de validez a la correspondencia con la justicia. Estos valores han de corresponderse con las exigencias de la propia conciencia y con las exigencias de los demás en cuanto individuos y de los demás en cuanto sociedad o integrantes de un grupo social.

En el ámbito de las profesiones jurídicas estos valores se vienen configurando como principios generales de actuación, que informan el ejercicio de los mismos adaptados a la esencia de cada uno de ellos, y en los que según el fin que persiguen, prevalecerán más unos valores que otros. Si en el juez prevalece la Justicia, en el abogado será la lealtad a su cliente, y en el fiscal la lealtad al Estado, aunque en todos ellos derivarán esos criterios de obrar de la obligación de cumplir con unos principios morales que son únicos e iguales para todos ellos.

Pero al decir esto estamos reduciendo el mundo de la ética a un estrecho margen del actuar humano. El margen previsto por la norma jurídica. Margen ciertamente reducido e incluso diríamos elemental. Más allá de la norma existen una serie de decisiones, actitudes, formas de actuar, totalmente desprovistas de amparo jurídico que, sin embargo, desde el punto de vista ético obligan al notario exactamente igual que si estuvieran recogidas en la Constitución o en un Real Decreto. La falta de coercibilidad es requisito de la norma jurídica, pero tampoco falta coercibilidad en la norma moral aunque sea de distinta naturaleza.

Recogiendo este criterio, en el Informe que presenté como Coordinador General del tema III en el mencionado Congreso de Buenos Aires de 1998, señalaba que: “cada corporación puede decidir según las características de la respectiva profesión cuál es el ámbito coercitivo más adecuado para sus respectivas normas deontológicas”. Pero ese ámbito nunca sería el *maximun* de las obligaciones deontológicas exigibles. Sería más bien el *minimum* exigido. Esta tesis ya fue lanzada con un carácter más amplio hace bastantes años por el filósofo del Derecho REALE, quien siguiendo a BENTHAM y JELLINEK, desarrolló la teoría denominada del “mínimo ético” seguida posteriormente por HART y sobre la cual me gustaría detenerme brevemente. Para estos autores es preciso dotar a la norma jurídica de un mínimo de moralidad para que la sociedad pueda sobrevivir. Pero como no todos pueden ni quieren cumplir espontáneamente las obligaciones morales, se hace indispensable dotar de fuerza imperativa a ciertos preceptos éticos para que la sociedad no zozobre. La violación de

este “mínimo ético” supondría el rechazo de cada corporación contra alguien que no quiere respetar las reglas del juego que toda profesión exige para su ejercicio, y esa sanción moral, ideal, del cuerpo notarial, quizá llegue a ser más grave que la misma sanción jurídica. Lógicamente ese mínimo ético, impuesto coercitivamente para aquellos que prescinden en su actuación de cualquier criterio moral, no será nunca la única norma de conducta a seguir puesto que el criterio concreto de moralidad impulsará a actuar siempre con el máximo de moralidad posible. Resumiendo, por tanto, en la base de todo actuar moral, siguiendo los principios morales universales, no sólo se tiene en cuenta la respuesta al criterio de la conciencia individual sino que también se estará contemplando sus efectos respecto al bien social.

3. Las identidades y diferencias entre el Código Europeo de Deontología Notarial y el Código de Deontología de la UINL

Hecha esta breve introducción paso a estudiar ahora las similitudes y diferencias entre ambos Códigos, que fueron aprobados con apenas nueve años de diferencia. El Código Europeo de Deontología Notarial fue aprobado por la Conferencia de los Notariados de la Unión Europea en la Asamblea Plenaria que tuvo lugar el 4 de febrero de 1995. Los Principios Generales de Deontología de la UINL, auténtico Código Deontológico de la UINL, el 19 de octubre de 2004.

En el Código Europeo se considera que los notarios europeos deben atemperar su conducta a las normas deontológicas de cada país miembro, con lo que ya introduce criterios no meramente morales sino jurídicos en torno al cumplimiento de este tipo de normas. Sin embargo, en el Código de la UINL se encomienda la obligación de hacer aplicables y ejecutivas las normas deontológicas a los notariados de cada país. La explicación es lógica puesto que se introduce el criterio sancionador como forma de cumplir con carácter efectivo las normas de deontología recogidas.

Vamos a examinar a continuación las notas que ambos Códigos consideran como intrínsecamente unidas a la profesión notarial y la forma con que se regulan en algunos países comunitarios.

A) Independencia e imparcialidad.

El Código Europeo afirma en primer lugar el carácter independiente de la profesión notarial. Me gustaría detenerme brevemente en esta característica puesto que la independencia conlleva una serie de notas muy interesantes, a mi juicio, desde el aspecto deontológico. La independencia

va unida a la imparcialidad, y de hecho el apartado 1.2.2 del Código las recoge unidas: “El notario deberá aconsejar y estipular con total imparcialidad e independencia”. El Código de la UINL también las recoge unidas en el artículo 9. Sin duda es una de las características que más sobresalen en nuestra profesión. De hecho algunos tratadistas han definido al notario como testigo independiente, y alguna legislación, como el artículo 14 de la Ley alemana, señala que el notario: “No es representante de ninguna de las partes, sino asesor independiente e imparcial de los otorgantes que acudan a él. Esa independencia va unida esencialmente a su condición de funcionario público”.

Efecto de la misma es la negativa del notario a la autorización de aquellos documentos que puedan suponer fraude a terceros, alterando por ejemplo la cuantía del precio para impedir el tanteo, o su firme oposición a que consten en el documento público que autorice, manifestaciones que aun siendo ciertas afecten al honor, la intimidad o la fama de terceras personas sin el expreso consentimiento de éstas.

Esta independencia lleva consigo sus riesgos y sus compensaciones. Entre los primeros no podemos perder de vista la posible pérdida de clientes que pueden confundir la amistad del notario con el abuso de confianza. Entre las compensaciones, quizá la más importante, la satisfacción del deber cumplido, un deber que aunque quedará en el estrecho marco de la conciencia individual no por ello dejará de darnos una de las mayores satisfacciones, la de creer, con hechos, en la profesión que se ejerce.

Pero la independencia es fácil ejercerla en las poblaciones con una sola notaría demarcada. Las dificultades nacen cuando las notarías demarcadas son varias y la pérdida de clientes importantes como consecuencia de una defensa de esa independencia se ve en peligro por la **competencia desleal**.

La cuarta conclusión del Congreso de Buenos Aires alude a este hecho al afirmar que “el correcto ejercicio profesional obliga al notario a evitar en el ejercicio de su función y en su conducta cualquier género de competencia desleal” y recoge como supuestos de la misma “la invasión de distritos notariales allí donde existan, las rebajas de honorarios por debajo de lo legalmente previsto, la contratación subrepticia de empleados y la publicidad personal de la función cuando esté prohibida o vaya en deterioro de la imagen y prestigio que ésta merece”.

Por ello y sin perjuicio de la relación existente entre independencia e imparcialidad, personalmente creo que el notario que incurre en cualquiera de los supuestos mencionados, de competencia desleal en realidad, aunque además manifieste una clara insolidaridad para con los compañeros es más grave aún la pérdida de su independencia como consecuencia del

clientelismo, pues no sólo lesiona el interés de tercero sino que atenta contra la esencia de la función.

Los supuestos de competencia desleal no son iguales en todas las legislaciones. En Italia se incluyen dentro de la misma:

- La percepción o publicidad de honorarios y derechos inferiores a los aranceles oficiales según los criterios aplicados por el Consejo.
- La omisión o emisión irregular de facturas.
- La reducción de honorarios a tenor de la naturaleza del acto.
- La omisión como base minutable de alguno de los actos notariales.
- La captación de clientes por medio de terceros que actúan por orden del notario.
- La falta de exigibilidad o complacencia por parte del notario respecto de determinados requisitos vinculados al acto notarial, tales como la representación insuficiente, el uso de cláusulas de exención de responsabilidad, falta de indagación en la voluntad real de las partes, etc.
- Las manifestaciones ante los otorgantes que impliquen críticas al trabajo de otro colega.
- Iniciar o proseguir la elaboración de documentos que ya estaban siendo elaborados por otro notario sin informarle previamente.

No es fácil luchar contra este tipo de actuaciones pero lo cierto es que es preciso hacerlo con todos los medios al alcance. Me detendré en dos. Uno de carácter disciplinario por el que opta la Ley Notarial belga, que a través de lo que denomina **Comisión de nomination**, crea un órgano de estudio de las denuncias contra los notarios. Dicho órgano, tras el estudio de la correspondiente denuncia, lo eleva posteriormente a las autoridades disciplinarias competentes a fin de que inicien el correspondiente expediente disciplinario. Dicha comisión es competente para actuar, según su artículo 49.ter, cuando constate que un notario faltare a los deberes de su cargo o por su comportamiento atentare a la dignidad profesional.

Es interesante el procedimiento, además, porque, consciente de la gravedad que para el notariado representa este tipo de conducta, el artículo 112 de la misma Ley señala que: “Si hubiera presunciones seriamente fundadas acerca de la legitimidad de los hechos reprochados y existiera un peligro manifiesto de que la continuación del ejercicio de su actividad profesional sea de tal naturaleza que pudiera causar perjuicios graves a terceros o atentar a la dignidad del notariado, cualquier notario podrá ser cesado de manera preventiva por el presidente del Tribunal de Primera Instancia durante el tiempo de duración del procedimiento”. La cuestión

es importante porque estas actuaciones se producen únicamente como consecuencia de presunciones, ya que para el caso de denuncias dedica otro apartado.

La Ley alemana también se orienta en sentido parecido al señalar el artículo 14.3 que: “El notario deberá evitar las conductas que puedan causar la impresión de que incumple sus deberes legales, en particular la impresión de no ser independiente e imparcial”. Al igual que antes remarkábamos, el hecho de que se actúe por presunciones en los actos contrarios a la dignidad profesional, aquí de nuevo se permite actuar contra el notario que “dé impresión” de que no es independiente e imparcial.

Puesto, sin embargo, a distinguir entre independencia e imparcialidad quizá podríamos decir que la independencia afecta al ser de la función, y la imparcialidad a su ejercicio. Uno es o no es independiente según se sienta dependiente o no de determinados clientes. Pero el notario no es que sólo sea imparcial sino que actúa imparcialmente incluso cuando sabe que con su imparcialidad puede dar lugar a algún tipo de injusticia derivada del contenido aceptado por las partes de la escritura que autorice. La imparcialidad y la independencia exigen la defensa del interés de todos los intervinientes, previo el conocimiento lógico de que todos saben lo que firman. Por ello, el artículo 17 de la Ley holandesa nos dice que: “El notario ejercerá su función con total independencia y defenderá los intereses de todos los que intervengan en la escritura de manera imparcial y con la mayor atención posible”.

Por ello, es lógico que formando parte de los principios de independencia e imparcialidad, el Código de Deontología de la UINL señale la obligación por parte del notario de evitar “toda forma de discriminación cara a sus clientes”.

B) Secreto profesional.

En segundo lugar el Código Europeo de Deontología nos habla del secreto profesional. La obligación de secreto profesional aparece recogida en la mayor parte de las legislaciones. Quizá la más precisa a mi juicio sea la alemana, pese a que sólo le consagra un artículo, el 18.

Según dicho artículo el notario está obligado a guardar secreto acerca de todo lo que llegue a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones, obligación que se extiende incluso, lógicamente, una vez haya cesado de su cargo. Sin embargo, esta importante obligación admite en la Ley alemana tres excepciones:

1.ª) Que se trate de hechos evidentes o que por su escasa trascendencia no exijan confidencialidad.

2.^a) Que los otorgantes le eximan de dicha obligación.

3.^a) Cuando uno de los otorgantes haya fallecido o la obtención de su declaración exija gestiones extremadamente complejas, si la autoridad competente le exonera de dicha obligación.

La Ley prevé incluso que al notario se le presenten serias dudas acerca de la obligación de guardar o no secreto profesional. Para tal caso el notario puede solicitar la opinión de los órganos colegiales. La medida es importante porque el precepto añade que si dichos órganos colegiales determinan que no existe dicha obligación no se podrán deducir derechos de indemnización contra el notario. Por otra parte, esta Ley es mucho más amplia al regular el campo de actuación del secreto profesional, puesto que se extiende a todo aquello que conozca en el ámbito de su función, obligación que se extiende a todos sus empleados.

Por su parte, el artículo 32 del Reglamento Notarial francés señala que el notario no puede aceptar el ser testigo de aquello de lo que él pueda conocer sobre sus clientes o asuntos de su despacho más que en los casos expresamente previstos en la Ley y tal y como hayan sido interpretados por la jurisprudencia. Los ejemplos en las legislaciones europeas son numerosos y no voy a detenerme en ellos.

En el Código de la UINL se regula el secreto profesional en su artículo 8, que recoge en su apartado primero la obligación de guardar el secreto profesional “respecto a la materia de que haya tenido conocimiento en el curso de la intervención que le haya sido solicitada”, obligación que extiende además después de su intervención y afectando no sólo al notario sino a sus colaboradores y empleados. Sin embargo, existe una excepción a la guarda del secreto profesional, recogida en su párrafo 2, por razón del deber de colaboración con la autoridad pública a la que se encuentre obligado en virtud de una norma específica o por una orden de la autoridad judicial o administrativa o de la autoridad encargada de vigilar la transparencia de las transacciones económicas. El origen de la norma no es otro que la Directiva comunitaria sobre blanqueo de dinero y las normas internacionales sobre la materia. Aunque la excepción se cumpliría con independencia de su mención en el Código se ha querido hacerlo constar para realzar precisamente su carácter de excepción, y resaltar con más nitidez la obligación general de guardar por parte del notario el secreto profesional.

C) Competencia jurídica y técnica.

En tercer lugar el Código Europeo exige a los notarios competencia profesional. Ello es lógico puesto que se presupone en quien accede a

una profesión y más en la notarial, ya que para ingresar en ella la mayoría de las legislaciones europeas exigen severos requisitos de acceso. En otros países de otros continentes también se exigen severos sistemas de control y otros notariados que no los tienen trabajan ya desde hace tiempo en proyectos que regulen el acceso a la profesión en base a criterios de selección muy rigurosos. Por ello, se insiste en la mayoría de ellas sobre todo en la necesidad de una formación continua y a la vez específica como obligación ineludible de quien ejerce una profesión que en caso de impericia puede dar lugar a daños irreparables. El artículo a.1.1 del Código Italiano de Deontología Notarial señala que “el notario debe cuidar de actualizar su propia preparación profesional a través de la adquisición de conocimientos específicos en todas las materias jurídicas que le afectan”.

La ciencia constituye, sin duda, la primera obligación ética de todo profesional puesto que está obligado a adquirir unos conocimientos y competencia que le permitan desempeñar su profesión con suficiente soltura y autoridad como para cumplir a través de ella el servicio que la sociedad le encomienda. Esa competencia queda confirmada en su inicio por las pruebas de acceso y el nombramiento correspondiente pero ha de ir avalada posteriormente por el esfuerzo diario y continuado por adquirir una formación jurídica cada vez más profunda, no hace falta que sea extensa, y una puesta al día al menos lo suficientemente efectiva como para lograr mantener con cierta dignidad el título de profesional del Derecho. Ello sólo tiene una traducción en la vida real: horas de estudio. De estudio selectivo, para conocer y estar al día de las más recientes disposiciones que afectan a nuestro quehacer habitual, tanto en Derecho privado como público, y de estudio intensivo en el que la reflexión y el repaso de nuestros mejores textos deben intentar reverdecer los viejos racionamientos, las interrelaciones lógicas entre las diferentes instituciones, la concatenación sistemática de los preceptos con las ideas, haciendo que las categorías jurídicas adquieran los peculiares contornos que la realidad social en cada momento puede hacernos descubrir como nuevos.

Pero la formación del jurista no sólo afecta a legislación sino a la doctrina. Los mejores tratados deben ir de la mano de los recientes comentaristas y si bien es cierto que éstos son cada vez más difíciles de encontrar, y que a la vez la producción de literatura jurídica aumenta por doquier sin freno aparente, no lo es menos que ello debe agudizar nuestra capacidad de selección y estudio.

El Código de Deontología de la UINL concreta la preparación profesional en dos apartados perfectamente diferenciados. Por un lado, refiriéndose al ejercicio *in acto* de la profesión exigiendo “competencia y una preparación adecuada y, particularmente, las funciones esenciales de con-

sejo, interpretación y aplicación de la ley, adquiriendo conocimientos específicos en las materias que interesen al notariado”. La competencia profesional abarca, por tanto, dos ámbitos intelectuales bien diferentes aunque unidos en su aplicación. Por un lado, la adquisición continua de conocimientos jurídicos en las materias a las que se extiende nuestro ejercicio profesional. Por otro lado, la puesta en práctica de dichos conocimientos mediante la labor de consejo, interpretación y aplicación de dichos conocimientos que se traducirán bien en el documento a que dé lugar la solicitud de intervención notarial, bien en la abstención que para casos concretos aconseje el notario en atención a las circunstancias presentes. Por otro lado, el Código impone al notario, cara al futuro, la obligación de “procurar constantemente estar al día en su preparación profesional, aplicándose a ello tanto personalmente como a través de la participación en las iniciativas previstas por los órganos colegiales”. Es interesante la distinción que aparece en el texto de dos tipos distintos de responsabilidad en esta materia. La personal de cada notario para actualizar sus conocimientos, y la corporativa que se asigna a los órganos colegiales encargándose de establecer los cauces oportunos para que esa formación continuada se promueva constantemente desde los órganos de dirección de cada notariado.

D) Prohibición de publicidad individual.

En cuarto lugar el Código Europeo prohíbe la publicidad individual del notario. También en esta materia la coincidencia de las legislaciones es grande. Se admite y se promueve incluso la publicidad de carácter corporativo. Sin embargo, queda prohibida cualquier tipo de publicidad personal. El artículo 29 de la Ley alemana señala al efecto que: “El notario deberá desistir de cualquier conducta comercial y en particular de la publicidad incompatible con su cargo público”. Creo, por tanto, que la publicidad individual debe tener un límite perfectamente identificado, no sólo por los miembros del colectivo notarial, sino por los poderes públicos, y ese límite no es otro que el de que nunca debe exceder del único fin para el que está prevista que no es otro que el de dar a conocer el lugar, teléfono y correo electrónico de la notaría con objeto de que el servicio público esté bien atendido, y utilizando, para dar a conocer tales datos, los medios previstos por la propia corporación.

El Código Deontológico de la UINL insiste en esa distinción que creemos fundamental para la conservación del carácter público de nuestra función. El artículo 5 distingue a estos efectos entre la publicidad individual, que queda taxativamente prohibida, tanto de manera directa como indirecta a través de “modalidades concretas” que “produzca efectos análo-

gos”, y la publicidad colectiva, que hace referencia al conocimiento que debe tener la sociedad de nuestra función y que aparece configurada por el respeto de tres límites bien marcados: ha de tratarse de una publicidad realizada por los propios órganos corporativos; dicha publicidad es exclusivamente de información; ha de respetar la igualdad de trato entre todos los notarios. Eso exigirá inevitablemente una cada vez mayor profesionalización de estos aspectos, y la necesidad de tener en cuenta en atención al tiempo y al espacio las características más oportunas para no convertir la publicidad corporativa en mera propaganda, como por desgracia sucede en otros colectivos, y saber mantener un estilo de publicidad compatible con el prestigio de la profesión junto con la más conveniente adecuación al público al que debe dirigirse.

E) Lealtad.

En quinto lugar el Código Europeo exige al notario lealtad. El artículo 3 del Reglamento Notarial francés vincula la lealtad a la condición de funcionario público del notario y en concreto al hecho de que es depositario de una delegación del Estado, el cual confía en que cumplirá lealmente su cargo. Por tanto, no obrará con lealtad el notario que por acción u omisión dejara de cumplir las exigencias estatutarias de su oficio.

Pero las obligaciones deontológicas del notario para con el Estado se vinculan a dos aspectos, el subjetivo y el objetivo de la actividad notarial, que conviene subrayar para deslindar los diferentes tipos de deberes. Por una parte tenemos la condición de oficial público, o funcionario público según los países, del notario, que suele ir acompañada de una dependencia jerárquica respecto de las autoridades públicas correspondientes, normalmente el Ministerio de Justicia. Esta condición supone el cumplimiento de los deberes deontológicos que debe vivir todo funcionario u oficial público, si bien singularizados en el caso del notario por el carácter especial de su vinculación administrativa. Pero más relevancia tiene si cabe el aspecto objetivo de su relación con el Estado, es decir, el ejercicio de la fe pública que el Estado delega en él y que añade una especial gravedad al cumplimiento de ese deber por la importancia de quien delega, por la responsabilidad que conlleva lo que se delega y por la trascendencia que para la sociedad, para la *res pública*, tiene el adecuado ejercicio de la función delegada.

Es este segundo aspecto el que más nos interesa y que se extiende fundamentalmente a dos campos: la eficacia del documento público que autoriza y el deber de colaboración con las autoridades administrativas respecto de las informaciones que se le solicitan.

Aspectos deontológicos de la actuación del notario en relación con el documento público.

El notario de tipo latino no tiene diversas funciones sino una e inescindible, como ya señaló RODRÍGUEZ ADRADOS, que coincide en su contenido con los dos aspectos que lo han configurado históricamente, el de profesional del Derecho, cuya misión es asesorar a quien reclama su ministerio y aconsejarle acerca de los medios más adecuados para conseguir los fines lícitos que se propone alcanzar, y el de funcionario público, investido de la fe pública que en su actuación confiere autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes. Es, por tanto, de enorme interés el deslindar, precisar y configurar lo más nítidamente posible las distintas obligaciones deontológicas que son preciso observar en las diferentes fases de su actuación y dentro de ellas de los diferentes actos que las componen teniendo en cuenta que de todas ellas responde el notario como autor del documento.

a) *En los momentos previos a la autorización.*

Como regla general, el principio vigente en la mayoría de los notariados es que solamente el notario, en cuanto titular exclusivo de la fe pública, es quien actúa en el ejercicio de la misma y quien luego en las escrituras recoge única y exclusivamente cuantos hechos han tenido lugar delante de él. En algunos países, sin embargo, el notario ejerce su profesión siempre en persona pero existen algunas excepciones en que puede autorizar a un empleado a efectuar varias diligencias, pero permaneciendo responsable siempre el notario. Es importante distinguir, pues, entre lo que es el ejercicio de la fe pública y las actividades conexas con la “prestación” de la función, como es la recepción de los encargos, el examen previo de la documentación, la tramitación de requisitos previstos de carácter administrativo y la redacción material del documento. Son éstas, todas ellas, actividades que si bien el notario podrá hacer en numerosas ocasiones, en otras le será imposible, delegando en los empleados su ejecución. No excluye ello, lógicamente, tanto el control como la responsabilidad por parte del notario. Existen incluso legislaciones, como la italiana, en las que se señalan cuáles son las actividades que solamente puede hacer personalmente el notario:

- Identificación personal de las partes.
- Indagación de la voluntad.
- Lectura y autorización del documento.

Lo mismo sucede en Lituania (art. 65 de la Ley del Notariado), obligándose el notario a:

- La verificación de la identidad.
- Lectura del documento.
- Calificación de la capacidad de las partes.
- Aceptación del consentimiento.

Nada afecta a este ejercicio personal de la profesión el que existan, como es el caso de Eslovaquia, los llamados notarios adjuntos, es decir, personas que realizan prácticas antes de ejercer la profesión, o personas que se preparan para ser notarios, a las cuales se les encomiendan determinadas funciones, como certificar la veracidad de las firmas. También pueden hacerlo sus empleados, pero mediando mandato por escrito.

b) *En la recepción de la declaración de voluntad de los otorgantes y su correspondencia con lo reflejado en el documento.*

En segundo lugar la deontología notarial en relación con el documento se manifiesta en el modo con que el notario observa, cumple, vigila para que el documento sea fiel reflejo de las declaraciones de voluntad de las partes, se ajuste a la legalidad más plena, cuyo control asume y de cuya existencia responde, y por el carácter de auténtico que su intervención imprime al documento.

Por tanto, no cumple el notario con sus obligaciones deontológicas si no comprueba mediante la oportuna indagación de la voluntad de las partes si ésta responde realmente a lo que queda plasmado en el documento como su real manifestación de voluntad. Ello queda asegurado a veces si el notario ha seguido el *iter* del documento desde su origen. Pero no sucede siempre así. En ocasiones porque el notario actúa conforme a minuta y le queda vedada su intervención en ella y en consecuencia la voluntad del otorgante en el momento de ser redactada aquélla. En otras porque, por el volumen del trabajo, no puede recibir personalmente a los clientes y son los empleados los que recogen las primeras declaraciones de éstos. Otras veces porque la voluntad del otorgante queda mediatizada por la aceptación previa al documento de las condiciones y cláusulas impuestas por la parte dominante. En uno y otro caso no es excusa la dificultad presentada para que el notario compruebe en el momento del otorgamiento si es realmente esa voluntad, ya conformada, o prefigurada, la que se quiere plasmar en el documento. Es importante, a nuestro juicio, remarcar esto. El notario no solamente debe asegurarse de la realidad de la declaración de voluntad, es decir, de su existencia, sino de su

conformidad con lo realmente querido por las partes y además, y en la medida en que ello sea posible, de la realidad y verdad del contenido del documento. Por ello, a la hora de describir los objetos y el contenido del contrato deberá estudiar los títulos previos de adquisición y reflejarlos fielmente en la escritura. Si el precio se confiesa recibido deberá asegurarse y advertir de ello al vendedor, si se afirma que no existen cargas, deberá comprobarlo, etc.

Indudablemente ello a veces conlleva un aspecto de la actividad notarial, no siempre valorado adecuadamente si se hace con rectitud, de trabajo sobreañadido, y en otras la obligación de modificar la escritura en el momento del otorgamiento tras la comprobación en ocasiones laboriosa de cuál era la voluntad real de los otorgantes, o de la falta de documentos que en un principio se dijo poseer.

Pero en otras ocasiones esa labor interpretadora dará lugar a una auténtica labor creadora, netamente jurídica que indudablemente sitúa al notario en el papel de un auténtico operador del Derecho.

En esta labor **interpretativa**, que se entremezcla con la labor **indagadora** de la voluntad real de las partes, el notario, desde el punto de vista deontológico debe procurar concretar la voluntad real de las partes con la solución legal no sólo más conveniente sino también más económica salvaguardando el secreto profesional si afecta a otros clientes, y asegurándose en todo momento que la voluntad **interpretada** es realmente la voluntad **querida**.

Solamente si se ha realizado con profundidad y dedicación exquisita la labor de interpretación e indagación es posible hacer una auténtica y eficaz labor adecuadora. Es decir, de plasmación de la voluntad manifestada, querida y posible, con el instrumento jurídico más idóneo para hacerla real y eficaz.

c) La relevancia deontológica de la actuación notarial en relación con el control de legalidad.

a') Acción, abstención, tolerancia e inducción.

Tras la labor de asesoramiento y con carácter previo al otorgamiento el notario ha de comprobar la legalidad o no del otorgamiento solicitado.

En base a ello no pocas veces se interrogará el notario acerca del dilema moral de actuar o abstenerse respecto de determinados requerimientos, o frente a juicios de capacidad, o incluso frente al contenido de determinadas estipulaciones que lesionan la equidad o la justicia. Las dudas aumentan si como consecuencia de dicha abstención se llegan a producir

unas consecuencias totalmente injustas o lesivas a los intereses de terceros. Moralmente siempre se ha considerado que el hecho de provocar por un acto positivo un mal a otro no es de peor condición que si el daño se hubiera causado como consecuencia de una abstención. Por otro lado, desde el punto de vista ético, no sólo hay que valorar la acción o la abstención sino también la tolerancia y la inducción, cuya valoración moral estará en relación directa con las repercusiones de dichas actitudes respecto del daño causado a otros o que sean consecuencia de dicha inducción o tolerancia. Una tolerancia excesiva en la apreciación del juicio de capacidad puede favorecer al sujeto otorgante permitiéndole obtener unos ingresos económicos, a lo mejor esenciales para su futura subsistencia. Pero también, y poniéndonos de lado no de lo ético, es decir, de lo justo, sino de lo que podría ser conveniente y “bueno” para el otorgante, esa relajación en el juicio de capacidad puede causarle a dicho cliente perjuicios irreparables si su falta de juicio le lleva a derrochar su dinero de inmediato, lo que no sucedería, si tras la negativa a autorizar el otorgamiento, el notario aconsejare la inmediata organización del oportuno organismo tutelar. Respecto de la inducción, ofreciendo el notario vías indirectas de actuación no del todo conformes con la ley puede ser camino no sólo de fraudes a terceros sino de daños a la buena imagen de la profesión.

Está fuera de duda que el notario se abstendrá de inmediato ante la menor sombra de duda de ilegalidad que pueda afectar al contrato. El problema se plantea, pues, no ante los casos de contravención legal, sino ante la exigencia o no por el notario, de todos los requisitos que la ley exige para que el acto sea plenamente eficaz.

Es decir, que el problema no es de nulidad del acto sino de ineficacia, absoluta o relativa. En la práctica es frecuente, sobre todo en materia en la que confluyan elementos administrativos, como la urbanística, la mercantil respecto a determinadas autorizaciones, que dado el cúmulo de requisitos exigidos para determinados actos (licencias, certificaciones, notificaciones administrativas, verificaciones), falte alguno de ellos, limitándose el notario a hacer las respectivas advertencias, a lo cual además, normalmente consienten las partes.

No creemos que sea la práctica correcta. No lo es esa ni tampoco la de someter el negocio jurídico a la condición suspensiva de obtener en plazo determinado dichos requisitos administrativos. El notario, como buen profesional, y buen servidor público del Estado, ha de responder frente al cliente, y frente al Estado, de que lo que ampara bajo su fe es un documento bien hecho, eficaz, que responde tanto en cuanto a su legalidad como en cuanto a su valor jurídico, a aquello que se confiaba obtener con la intervención notarial.

Pero además el control de la legalidad no afecta sólo a prevenir la contravención de una norma legal, es decir, la nulidad absoluta, sino que el notario debe extender su actuación a evitar la aparición de otros tipos de ineficacia vinculada al contenido del negocio que documenta, si tiene conocimiento de ella. Por ejemplo, del negocio simulado o fraudulento. Indudablemente en muchos casos ello será imposible por estar vedado al notario entrar en el fondo del negocio y menos en la veracidad de lo afirmado por quienes lo instrumentan. Declarar que se ha recibido el dinero de una compraventa, cuando lo que en el fondo subyace es una donación escapa al control del notario, que cumplirá con advertir a las partes de los efectos de uno y otro tipo de contrato y en su caso del más idóneo conforme a los intereses y voluntad de ellos. Pero lo que no puede es aconsejar que hagan uno para luego instrumentar el otro.

b') Aspectos deontológicos de la calificación notarial de poderes.

El control de la legalidad tiene importantes consecuencias deontológicas en materia de calificación sobre la suficiencia de los poderes.

El notario tiene en esa calificación una labor insustituible, pues es el único, al contrario por ejemplo que el registrador, que presencia en el mismo acto el documento que sirve para acreditar la representación y el acto para el que se quiere ejercitar las facultades que en él se detallan. Las obligaciones deontológicas se unen aquí a las legales pero aquéllas van más lejos puesto que en ocasiones la letra de la ley es insuficiente para cubrir unas lagunas, que no sólo por la interpretación que da el notario sino que por los efectos positivos o negativos que se derivan del otorgamiento del acto o de su negación a hacerlo, conllevan también una responsabilidad moral, aparte de la civil. El hecho de que no haya que reseñar las facultades representativas, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la última y definitiva la de 22 de septiembre de 2004, no sólo es una facultad del notario, sino una obligación, que podría suponer, si se incumple, la correspondiente apertura de expediente disciplinario.

d) La redacción y autorización del documento.

También existen obligaciones deontológicas relacionadas con la propia redacción del documento. Se refieren a la obligación por parte del notario de hacer corresponder en el documento la voluntad manifestada con la voluntad redactada. En ocasiones en el espacio que media entre el momento en que una de las partes manifestó su voluntad y el momento del

otorgamiento ha podido interferir en dicha voluntad la otra parte, o terceros, y puede suceder que no siempre las modificaciones producidas sean conocidas en su totalidad por las partes. El notario no puede admitir *variación alguna del encargo hecho sin previa consulta y aceptación de las personas afectadas*. Pero además en muchos casos quien solicita la intervención sabe bien lo que quiere pero carece de los conocimientos para saber si esa voluntad ha tenido la solución jurídica correcta. Es responsabilidad del notario no sólo redactar del modo jurídicamente más idóneo el instrumento público sino además eliminar las cláusulas oscuras, ambiguas, complicadas, excesivas, absurdas, reiterativas o ineficaces, de modo que en la medida de lo posible sea fácilmente comprensible por personas *sin especial preparación jurídica*.

Para aquellos que no la tienen es de especial interés la fase de **lectura y autorización**. En ese momento el notario puede aclarar, explicar y si fuera preciso corregir y modificar aquello que no se recogió de modo correcto en la escritura.

Nos lleva esta última afirmación a referirnos a una función, que a veces queda soslayada en la intervención notarial y que creemos de enorme importancia. Nos referimos a la labor de **integración** de la voluntad de las partes en el contenido del contrato, misión a veces olvidada pero en la práctica muy expresiva de la actuación del notario en cuanto jurista. No siempre las voluntades de los otorgantes son coincidentes, entre otras razones porque ni siquiera llegan a percibir el alcance real de aquello a lo que se comprometen. Es más, en ocasiones ni siquiera es posible integrarlas en el molde jurídico que pretenden. Es preciso en esa labor a la vez didáctica y jurídica, un trabajo de investigación de la voluntad real, de conocimiento de técnica jurídica y de sentido práctico del Derecho, que supere las dificultades de interpretación, y sepa llegar al fin pretendido por las partes cuando solicitaron la intervención notarial.

e) La intervención del notario respecto del contenido de las declaraciones de las partes.

De todo lo dicho anteriormente queda claro que la eficacia de la que responde el documento público es una eficacia limitada puesto que exclusivamente vincula respecto de su contenido a quienes lo otorgaron y sus causahabientes y frente a terceros exclusivamente del hecho mismo de su otorgamiento y de su fecha. Si realmente la **eficacia esencial** de la escritura pública, es decir, el hecho de que se otorgó en los mismos términos que refleja el documento aparece garantizada con la intervención del notario, ¿tiene sentido que el notario entre en la verdad o no de las declaraciones? ¿Está obligado a autorizar si las estipulaciones, aun estando dentro de la ley, encubren un contenido inmoral que el notario conoce?

El tema es de enorme interés y además incide de modo notable en la naturaleza misma de la función notarial.

Hay que aclarar en primer lugar que el notario no es un juez, es decir, no interroga a los comparecientes ni exige pruebas. Lo que sí exige es que manifiesten cuál es su voluntad y la base jurídica de los derechos que constituyen, transmiten o extinguen. Por tanto, que digan o no la verdad, que los títulos hayan sido o no falsificados, que la identidad haya sido suplantada es algo que escapa al control del notario y que simplemente permite abrir si se descubre, la vía judicial para su condena. El notario cumplirá con poner todos los medios razonables que estén a su alcance para poder comprobar la autenticidad del título y la realidad de la identificación, pero nada más... ni menos.

Tampoco un testigo ciego, puesto que no podemos olvidar que no obstante el carácter limitado a que antes nos hemos referido de la eficacia de su intervención, es decir, dar fe de lo hecho y dicho en su presencia, ejerce una función pública que se quiera o no extiende unos visos de legalidad sobre aquello que él autoriza. En consecuencia, si el notario conoce a través de su ciencia propia o de las manifestaciones de terceros que aquello que autoriza contiene pactos contrarios a la ley o la moral, o faltan los elementos esenciales que dan existencia al contrato, como son el consentimiento, el objeto y la causa, deberá negar su intervención.

Otro problema que aparece en esta fase de redacción del documento hace referencia a la exigencia o no por el notario de determinados requisitos o formalidades, que sin vincularse directamente a la voluntad de los otorgantes entre otras razones porque los desconocen, sí que afectan a la integridad del documento. La fórmula, a veces usual, de cubrir con la expresión "según manifiestan" determinados hechos cuya existencia no constan al notario, encubre a veces, ciertamente, un hecho imposible de comprobar y con el que se conforman las partes. Pero otras veces lo que encubre es, reconozcámoslo, desidia y falta de profesionalidad, cuando no de miedo a perder un cliente, que se mostrará reacio ante el rigor de la intervención notarial.

Pero en realidad las exigencias de todos estos requisitos no es en definitiva sino una manifestación de que el notario es el autor del documento notarial y, por tanto, no tendría sentido dar el valor añadido que la intervención notarial incorpora a un documento y de la que se hace responsable si encima le está vedada, o él mismo se autolimita, la comprobación de los hechos que en él se recogen.

Quizá un modo de paliar este grave problema es la intervención de los órganos corporativos en aquellos casos en que la fuga de determinados documentos hacia determinados notarios pueda deberse a la facilidad

y docilidad con que éstos puedan prestarse a determinadas exigencias de clientes, poderosos o no.

Pero la importancia real que la intervención notarial presta al documento que autoriza se manifiesta sobre todo en sus efectos.

a') *Certeza.*

La relación del notario con el documento es de tal naturaleza que en los países en los que el valor de la escritura pública ha ido en decadencia, la función notarial ha seguido el mismo camino terminando por desaparecer a la vez que el documento. Por ello, creemos de interés hacer una referencia a los presupuestos esenciales del documento no desde el punto de vista sustantivo ni de técnica notarial, sino exclusivamente deontológico, lo cual hace referencia a la necesidad de que el notario asuma como obligación ineludible y permanente dotarle con su intervención de las cualidades necesarias para que su influencia en el tráfico jurídico sea de tal entidad que cada vez sea más necesaria su presencia para el desarrollo y progreso del ordenamiento jurídico. Alguna de esas cualidades ya las otorga la ley, como es la autenticidad y la eficacia tanto inter partes como frente a terceros, pero otras dependen tanto para bien como para mal del trabajo diario del notario. Nos referimos a las notas de certeza y seguridad.

La certeza que la escritura debe incorporar como efecto indeclinable de la misma hace referencia a:

1.º) *La perfecta y previa calificación jurídica del negocio de que se trate.*

Hay que tener en cuenta que esa calificación conlleva no sólo una redacción muy precisa de las estipulaciones, sino el despliegue de unos concretos efectos jurídicos que si no fueran los deseados por las partes determinarían la correspondiente responsabilidad del notario. De ahí la necesidad de huir a veces de la precipitación que normalmente acompaña no pocas intervenciones y que es incompatible no sólo con la prudencia de la que debe hacer gala el notario sino con el sentido del orden y del equilibrio que deben estar presentes en la notaría. A veces esa precipitación viene exigida por las prisas de los clientes que además amenazan con llevar su trabajo a otra notaría que “trabaja más rápidamente”, pero en otras es manifestación del deseo desmesurado del notario por hacer más trabajo del que racionalmente puede hacer bien. Sea cual sea la causa, lo cierto es que la precipitación suele acarrear más males que bienes y suele ser la fuente de la mayor parte de los defectos que a veces se observan en las escrituras públicas.

El notario debe ser consciente de que no se es notario más prestigioso por trabajar más, sino por hacerlo mejor y ello debería valorarlo convenientemente.

2.º) *La permanencia en el tiempo y el espacio de la eficacia del documento.*

Ello conlleva la necesidad de prever en el documento el amparo legal de las estipulaciones que se aparten de la normativa general o que se acojan a un régimen legal diferente, lo cual tiene especial dificultades en ocasiones en relación con los documentos que deban desplegar su eficacia en países extranjeros o en regiones dentro del propio país con legislación propia.

La certeza que acompaña al documento notarial es independiente del régimen legal aplicable al documento. En Alemania el notario puede excluir de su deber de asesoramiento el relativo a cuestiones de Derecho extranjero. Es un tema que interesa sobremanera puesto que desde el punto de vista de la certeza del documento es mucho más correcta esta postura que no la de encubrir bajo el velo de la eficacia que puede dar el documento notarial consecuencias jurídicas cuyo conocimiento escapan del saber del notario.

3.º) *La exactitud y concreta determinación de los derechos* que se crean, modifican o extinguen a consecuencia del documento. Es lo que se denomina en Alemania “la obligación de aclaración” vinculada al deber de información. Puesto que los motivos y causa que motivaron el otorgamiento se expresaron con claridad al notario a la hora de encargarle el documento con una finalidad bien precisa, es necesaria la perfecta congruencia entre las pretensiones que con el mismo se querían conseguir y los resultados obtenidos para que el documento garantice realmente al particular el resultado proyectado.

El segundo efecto importante es:

b') *La seguridad jurídica derivada de la intervención del notario.*

La seguridad jurídica abarca en todas sus formas una pluralidad de efectos, tal y como recoge **CANARIS**, entre los que se incluyen la cognoscibilidad y previsibilidad del Derecho, la estabilidad y continuidad de las normas, la practicabilidad de la aplicación de la ley, ... Pero la intervención notarial amplía el campo de eficacia de la seguridad jurídica tanto en extensión como en profundidad. En primer lugar por la eficacia *erga omnes* de los hechos de los que el notario da fe en el documento. La fecha

del mismo, la presencia de los otorgantes y la realidad de que las declaraciones se han hecho en su presencia está plenamente amparado por la fe pública, de modo que sólo mediando querella de falsedad podrá destruirse dicha presunción. Es más, incluso de prosperar dicha querella, el principio de responsabilidad civil que vincula al notario respecto a los hechos realizados en su ejercicio profesional, procurará a los perjudicados la salvaguarda indemnizatoria correspondiente, sin perjuicio de la penal. Ello, lejos de desvirtuar la seguridad jurídica, la amplía. No sólo por el hecho de que tales querellas de falsedad representan un porcentaje ínfimo por no decir inexistente, sino porque en cualquier caso los posibles perjuicios quedarán siempre compensados a través de los seguros pertinentes, lo cual demostraría que el sistema funciona.

Pero la seguridad jurídica queda amparada, con diferente eficacia, pero no con menor amplitud respecto del contenido real de las declaraciones de las partes vertidas al documento público. No porque el notario vaya a garantizar, como advertimos antes, su veracidad, sino porque despliegan de por sí una presunción *iuris tantum* de eficacia que es preciso destruir para que no surtan efecto. De ahí que señalemos que, desde el punto de vista de la amplitud de la seguridad jurídica, es la misma en uno y otro caso, mientras no exista impugnación. En el primer caso, acreditada la falsedad, la responsabilidad será única y exclusivamente del notario. En el segundo caso, solamente es precisa la prueba en contrario y su imputabilidad nunca se hará al notario, que por tanto no estará obligado a indemnizar sino a los otorgantes o sus causahabientes. Sea cual fuere el resultado, el sistema jurídico no queda resentido en su seguridad y el tercero que con posterioridad asuma relaciones jurídicas de cualquier tipo en base al documento notarial anterior, siempre tendrá garantizados sus derechos.

Por tanto, la seguridad jurídica se deriva del propio documento notarial con independencia de quién sea el notario autorizante. Éste, indudablemente, puede hacer que la seguridad jurídica aumente, disminuya o incluso desaparezca a tenor de su intervención, pero no será como efecto de la función sino de quien la ejerce.

Pero la seguridad jurídica derivada del documento no sólo supone la confirmación para las partes de la eficacia sustancial en Derecho de lo que con la escritura se propusieron conseguir, de sus efectos inmediatos, sino que también repercute en sus efectos mediatos, es decir, en su realización en la práctica libre de contiendas judiciales, su pervivencia si las hubiera y su permanencia en el tiempo. Para ello, conviene tener en cuenta que el notario en cuanto guardián de la seguridad jurídica debe indicar a las partes los medios legales que garantizan la ejecución de su voluntad. Creo que es muy acertada esta aclaración que demuestra una vez más lo alejado que está el notario del mero “certificador de firmas”, pues

su función no acaba con la redacción del documento sino que llega más allá al asesorar a las partes acerca de los medios legales, consiguientes al acto, que deben procurar para que la escritura, desde el momento del otorgamiento, despliegue toda su eficacia con posterioridad.

Pero el deber de lealtad del notario no sólo tiene como referencia el Estado, sino también a los demás notarios. Por ello, el Código de Deontología de la UINL señala en su artículo 3.2 que: “el notario no debe atentar a la reputación de la profesión o de un colega denigrando su competencia, saber o servicios de otro notario”. Ese deber de lealtad para con los demás colegas puede dar también una imagen de la naturaleza de nuestra profesión y siempre ha sido vivido, con las lógicas excepciones, con naturalidad y sin especiales prescripciones.

F) Integridad moral.

En sexto lugar recoge el Código la obligación de que el notario posea integridad moral. Moral no hay más que una, decía el notario español **GONZÁLEZ PALOMINO**, y la conocemos todos. Es la que nos induce a obrar con honradez, como señala el artículo 18 de la Ley Notarial luxemburguesa, quien además faculta al Consejo de Disciplina para actuar en los casos en que el notario ha realizado hechos contrarios a la delicadeza y dignidad profesional, el honor y la rectitud. La Ley austriaca es aún más precisa ya que en el aspecto positivo obliga al notario a actuar con honradez, minuciosidad y diligencia y en el aspecto negativo le impone la obligación de abstenerse no sólo ante actos prohibidos sino también ante los sospechosos o ficticios. Lo importante es destacar el carácter general, universal, de esas reglas morales. Esa unidad es de enorme importancia para la fiabilidad de la profesión, y nos conduce a estudiar brevemente la distinción entre **conducta** y **prestación** y la engañosa distinción entre moral pública y moral privada.

La teoría ha sido elaborada con singular precisión por el notario italiano **Enrico MARMOCHI**, actual vicepresidente de la Comisión de Deontología de la UINL. Para este autor, desde la perspectiva deontológica hay que distinguir entre la conducta y la prestación. **La primera** relacionada más bien con la categoría de la función. Así el artículo 14 de la Ley alemana señala en su párrafo 3.º que: “En lo profesional y en lo privado, el notario deberá mostrar una conducta digna del prestigio y de la confianza depositada en el cargo de notario”. **La segunda**, la prestación relacionada con la profesión y su relación con el cliente. Así, por ejemplo, el artículo 3 de la Ley holandesa incluye en la fórmula de juramento del cargo la de que: “Juro... que cumpliré con mi trabajo de manera justa, escrupulosa e imparcial”, es decir, hechos relativos a la prestación de la función,

sin embargo, a continuación alude a una obligación de conducta cuando incluye además el juramento de que: “no he obtenido de nadie ni prometido a nadie ninguna cosa, directa o indirectamente y que de la misma manera no obtendré ni prometeré nada con el fin de obtener mi nombramiento”. Esta medida se complementa con la necesidad de estar en posesión de un denominado “certificado de moralidad”, similar a nuestro antiguo “certificado de buena conducta o de ausencia de antecedentes penales”.

En consecuencia, entendemos que en realidad la prestación no es sino una parte de la conducta, pero modalizada por las normas que regulan deontológicamente los actos que con motivo del ejercicio profesional le relaciona con el Estado, el cliente y los demás colegas. Se trata de campos distintos pero no contrapuestos.

Cuando, como sucede por ejemplo en la legislación japonesa, se declaran nulos los documentos realizados por el notario si está relacionado con cualquier persona interesada en el mismo, no se está juzgando la validez o no de la prestación, de cuya valoración incluso se prescinde, sino poniendo en tela de juicio una conducta que aunque sólo sea por apariencia compromete la honradez de la función. Sin embargo, cuando la Ley holandesa señala en su artículo 21 que: “El notario está obligado a negar sus servicios cuando tenga razones para pensar que el trabajo que se le pide es contrario al orden público, cuando se le pida colaborar en actuaciones que persigan un fin ilícito u ocasionen manifiestamente consecuencia ilícitas, o cuando tenga otras razones fundadas para justificar su negativa”, nos está haciendo un juicio de valor no sobre la conducta sino sobre la prestación.

Es muy difícil que, cual monstruo de dos cabezas, el notario determine en cada momento cuándo determinados actos deben imputarse a su conducta y cuándo a su prestación. En ocasiones sí será nítida esa distinción, sobre todo cuando actúa en su consideración de ciudadano y la confusión puede dañar notablemente a la imagen frente a la sociedad y los clientes, que no sabrán distinguir muchas veces si el notario cuya mala conducta y fama está contrastada, sabrá prestar su función exquisitamente como si la personalidad del hombre admitiera la disfunción que le niega la naturaleza de las cosas. En este sentido nos parece muy significativo el requisito exigido para obtener el título de notario por la legislación de Austria de una “honorabilidad intacta, condiciones de vida ordenadas, buenas costumbres y ser dignos de confianza”.

El argumento utilizado por algunos filósofos del Derecho de que puede y debe separarse con nitidez la moral pública de la privada, ha sido desmentida por la más evidente de las razones que la historia siempre ha ofrecido: los hechos. No pocas veces en que se ha proclamado con insis-

tencia la necesidad de tal separación, los escándalos y corruptelas de la vida personal de personajes públicos han acabado trascendiendo al desempeño de sus propias funciones dando paso a la corrupción cuando no a la prevaricación.

Esta especie de esquizofrenia entre la vida pública y la privada, sobre todo en funciones que afectan de modo relevante al bien público, se resuelve normalmente cuando es descubierta con el escándalo y la frustración personal. Y en el notario con la falta de prestigio y el abandono progresivo de la clientela que puede llegar a sospechar de su independencia e imparcialidad. Por ello, nos parece de enorme interés la disposición contenida en el artículo 1.º del Código de Deontología Notarial italiano, en el que puede leerse: “El notario debe conformar la propia conducta profesional a los principios de la independencia e imparcialidad evitando cualquier influencia de carácter personal en sus actuaciones y cualquier interferencia entre profesión y asuntos particulares. Igualmente debe evitar en su vida privada situaciones que puedan perjudicar el respeto a dichos principios”. La sociedad es especialmente sensible frente a estas dicotomías y en un momento como el presente en el que valores como la autenticidad, la congruencia, la responsabilidad, están configurando un nuevo sistema de actitudes, el notario debe ser especialmente consciente de lo que pone en juego con su conducta.

Para finalizar, nos vamos a ocupar muy brevemente de la necesidad de poner por obra un instrumento sin el cual la deontología quedará en palabra muerta y en mero principio teórico. Me refiero a la necesidad de contar con una norma de rango legal para sancionar aquellas conductas que infrinjan los principios deontológicos notariales.

4. La necesidad de una regulación legal del régimen disciplinario

Ello abarca dos ámbitos diferentes de actuación. El procedimental y el normativo. Lógicamente, no podemos estudiar las diferentes respuestas dadas por los distintos notariados europeos, pero sí me gustaría detenerme en examinar desde el punto de vista procedimental el sistema holandés y desde el punto de vista sancionador el sistema español. En Holanda la observación del régimen disciplinario es ejercida en Primera Instancia por las Cámaras de Vigilancia y en Apelación por el Tribunal de Apelación de Amsterdam, contra el que ya no cabe recurso alguno. Las denuncias contra cualquier notario se presentan por escrito y motivadas ante la Cámara de Vigilancia de la jurisdicción a que pertenezca el notario, pero lo más interesante, que demuestra el interés público por la observancia de las normas deontológicas, es que al denunciante le asistirá en

la redacción de su denuncia el secretario de la Cámara de Vigilancia. Una vez presentada la denuncia, el presidente puede, tras una investigación sumaria y oídos en su caso el denunciante y el notario afectado, rechazar inmediatamente la denuncia si ésta es manifiestamente infundada o improcedente o de escasa importancia. Cabe oponerse a esa resolución dentro de los catorce días, pero si de nuevo la Cámara la considera inadmisible, lo que deberá expresar en una nueva resolución motivada, en este caso no cabrá contra ella recurso alguno. Si la estimare y el presidente entiende que puede ser objeto de un acuerdo amigable convocará al denunciante y denunciado para intentar un acuerdo amigable que se firmará en su caso por el denunciante y el notario denunciado.

También es interesante la posibilidad de que tanto el denunciante como el notario denunciado pueden ser asistidos por consejeros siempre que no sean abogados ni procuradores y el hecho de que las deliberaciones de la Cámara tendrán lugar en público, salvo que por razones graves se acuerde hacerlo total o parcialmente a puerta cerrada. Además, la Cámara puede pedir la comparecencia de testigos, a los que se pedirá testimonio bajo juramento. Respecto a las penas, el régimen es casi idéntico al francés.

Finalmente y al igual que vimos en la legislación belga, en el caso de denuncias de naturaleza grave y de acuerdo con lo previsto en el artículo 106 de la Ley Notarial, cuando exista un riesgo manifiesto de perjuicio respecto de terceros y el presidente de la Cámara de Vigilancia tenga una presunción seria de que la denuncia es fundada, podrá, como medida de preservación del orden, imponer la suspensión inmediata del notario.

En Austria su régimen disciplinario distingue con total nitidez entre infracciones de carácter formal o reglamentario, percibidas como consecuencia de las inspecciones ordinarias de protocolo que están obligados a hacer las Juntas Directivas y el juez de Primera Instancia, que serán objeto de un simple recordatorio de cumplimiento por la Junta Directiva, y las violaciones de la ética notarial. Las primeras darán lugar exclusivamente a las penas de amonestación, apercibimiento o multa. Las faltas contra la ética notarial que el artículo 156 denomina violación de los deberes de colegiado, conllevan todas las penas vistas en la legislación belga, francesa y holandesa, entre ellas la de destitución y se consideran como tales el incumplimiento premeditado de las obligaciones del cargo, y las conductas que afecten a la honorabilidad y dignidad del notariado. El artículo 159 remarca la importancia de estos aspectos, al señalar que en la valoración de la sanción adecuada al incumplimiento de los deberes del colegiado, habrá que tener en cuenta el alcance de la negligencia y el impacto que pudieran tener los hechos tanto con relación a la validez de los documentos notariales que autorizó como a la futura credibilidad del notario.

Como novedades a tener en cuenta respecto al procedimiento, destacaríamos tres:

La primera, el hecho de que el notario denunciado puede designar a otro notario para su defensa.

La segunda, la posibilidad de que el notario denunciado, ya que la vista, al contrario que en Holanda, no es pública, solicite que asista, además de su notario defensor, otro notario o aspirante a notario.

La tercera, el hecho de que en la composición del Tribunal Disciplinario de la Corte Suprema, la mitad de los puestos en las causas disciplinarias contra notarios serán ocupados por notarios, recayendo en un juez-notario la redacción de la ponencia. En la deliberación final votará primero el notario de más edad, después un juez ordinario y a continuación el notario de menor edad.

Finalmente y al igual que vimos en otras legislaciones, cabe la suspensión del cargo como medida preventiva tras la denuncia, en tres supuestos:

- Si el notario es detenido en el contexto de un juicio penal.
- Si se considera improcedente la continuación en el cargo en el transcurso del procedimiento disciplinario o el juicio penal correspondiente.
- Si el notario fuera declarado en quiebra o perdiera por otros motivos la libre disposición de su patrimonio.

Por lo que se refiere al aspecto sancionador, la Ley española sobre régimen disciplinario se recoge en el artículo 43 de la Ley de 29 de diciembre del año 2000. Se trata de un texto breve, sencillo y claro, pues se limita a calificar las faltas como muy graves, graves y leves y a aplicar a cada una de ellas una sanción. La relación de faltas es muy extensa, pues se recogen doce supuestos de faltas muy graves y diez supuestos de faltas graves. Como faltas leves se entiende solamente el incumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos por la legislación notarial o con base en ella por resolución administrativa o acuerdo corporativo, siempre que el notario haya sido expresamente requerido para su observancia por el órgano administrativo o corporativo competente, y no puedan calificarse de falta muy grave o grave. Las sanciones, de menos a más, consisten en apercibimiento, multa, suspensión de los derechos de ausencia, licencia o traslación voluntaria hasta dos años, postergación en la antigüedad en la carrera cien puestos, traslación forzosa, suspensión de funciones hasta cinco años y separación del servicio.

A tenor de la gravedad de las faltas, son órganos competentes para imponerlas, las Juntas Directivas, la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Ministerio de Justicia. Falta, sin embargo, una sincroniza-

ción entre tres aspectos de la materia deontológica, que si no se regulan conjuntamente dan lugar a graves problemas de aceptación de la norma por sus destinatarios y lo que es más grave, de eficacia real de la misma. Me refiero a los aspectos sancionador, procedimental y propiamente deontológico. Todos los que hemos pasado por Juntas Directivas conocemos numerosos casos en los que por la falta de tipificación de las conductas punibles, la existencia de un sistema en exceso garantista de los derechos individuales, en perjuicio de los colectivos, como ya han recogido varios autores, o una falta de formulación adecuada de los principios de deontología desamparados de una norma jurídica que los haga eficaces, muchos expedientes han devenido inútiles pese a que estaban no sólo suficientemente acreditados, sino incluso implícitamente aceptados determinados hechos susceptibles de sanción.

Se hace necesario, y la aprobación del Código de Deontología de la Unión Internacional del Notariado Latino es una buena ocasión para ello, reanudar los esfuerzos por parte de todos y en primer lugar de los órganos corporativos para promulgar una norma lo suficientemente clara y a la vez lo suficientemente completa para que, evitándose esos efectos, cuyo principal interesado en conseguirlo son los poderes públicos, se consiga por su aplicación un desarrollo efectivo de los principios deontológicos esenciales de nuestra profesión.

5. Conclusión

Concluyo ya y no quisiera hacerlo sin traer al recuerdo unas palabras de uno de los grandes notarios que ha dado el notariado español, VALLET DE GOYTISOLO, actual presidente de honor de la Unión Internacional del Notariado Latino, y que no dejo de repetir en cuantas conferencias y mesas redondas me ha tocado impartir en estos últimos años, que a mi juicio condensan espléndidamente el valor que la deontología supone para la profesión notarial:

“Si le faltara la Ciencia al Notariado, éste podría funcionar más o menos imperfectamente. Pero sin moral, sin su buena fe, no sería posible la función.”

Por ello y en mi condición de presidente de la Comisión de Deontología de la Unión Internacional del Notariado Latino, no puedo finalizar este breve artículo sino insistiendo en la necesidad y urgencia de que estos Principios Generales de Deontología de la UINL, auténtico Código Deontológico del Notariado Internacional, sean plasmados, con las peculiaridades propias de nuestro notariado, en un Código Deontológico del Notariado Español.

UNA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LOS “LOFTS” Y A LA TRANSFORMACIÓN DE LOCALES DE NEGOCIO EN VIVIENDAS

JESÚS FLORES RODRÍGUEZ

*Letrado de la Secretaría Técnica
del Colegio Profesional de Administradores
de Fincas de Madrid*

SUMARIO: **I.** PLANTEAMIENTO GENERAL. **II.** ACTIVIDADES NO PERMITIDAS Y CAMBIO DEL USO DEL LOCAL A VIVIENDA. **III.** LA MERA DESCRIPCIÓN DEL USO O DESTINO COMO LOCAL DE NEGOCIO O DE COMERCIO COMO LÍMITE A LA TRANSFORMACIÓN: NATURALEZA RESTRICTIVA Y EXCEPCIONAL DE LAS LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD PRIVATIVA. **1.** La variación del destino de local a vivienda en la jurisprudencia. **2.** La transformación en vivienda en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. **3.** El cambio de uso en el Derecho comparado. **IV.** EL PROBLEMA DE LOS “LOFTS” EN INMUEBLES EN RÉGIMEN DE PROTECCIÓN OFICIAL. **V.** CONCLUSIONES. **VI.** BIBLIOGRAFÍA.

I. Planteamiento general

Un debate jurídico de plena actualidad, que se enmarca en el más amplio de los límites al derecho de propiedad en los inmuebles en régimen de propiedad horizontal y, particularmente, en el de las relaciones de vecindad, es el relativo a la costumbre cada vez más habitual de variar el uso o destino de los locales de negocio existentes en el edificio en otro distinto, como el residencial o de vivienda, lo que origina una cierta alarma entre los residentes en la comunidad de vecinos poco habituados a esta situación, aunque sí lo estén a la situación inversa, esto es, a la variación de la finalidad de la vivienda cuando la misma se destina a algún negocio o actividad profesional (1).

En efecto, son muy distintos los factores y circunstancias que han influido en este proceso, entre las que destacaremos el importante aliciente que ha supuesto el incremento del precio de la vivienda producido especialmente en las grandes ciudades, que ejerce una poderosa *vis atractiva* sobre los locales situados en el edificio, o las dificultades que existen en ocasiones en la comercialización o venta del local en razón de su ubicación o de otras características especiales del inmueble.

A todo ello debemos añadir una cierta pasividad por parte de los Ayuntamientos a quienes corresponde la autorización y control de esta actividad, desde la perspectiva puramente administrativa de la intervención sobre los usos y actuaciones autorizadas dentro de su particular planeamiento general de ordenación urbana.

Suele utilizarse la denominación de “lofts” para referirse a estas situaciones, aunque existe alguna confusión en la aplicación de este término, que ya se utiliza vulgarmente para referirse a la conversión de cualquier local en vivienda, dado que estos últimos se encuadrarían más bien en el fenómeno urbanístico de la transformación de áreas y edificios destinados a usos industriales o terciarios en residenciales, competencia exclusiva del Ayuntamiento a quien corresponde la autorización de este uso previa la modificación o adaptación del plan, a semejanza de lo ya realizado en algunas grandes ciudades. Tal ha sido la experiencia de Barcelona y el conocido proyecto del “Poblenou”, en el que se ha admitido, en el marco de actuaciones autorizadas, la transformación de fábricas en viviendas de características “atípicas”.

En efecto, en puridad, un “loft” consiste en un amplio espacio, diáfano

(1) Advierte PÉREZ UREÑA, A. A. (*Las actividades no permitidas y su cesación en las Comunidades de Propietarios*, Edifoser, Madrid, 2000, p. 54), que en la práctica destaca por el número de supuestos que suscita el cambio del destino del apartamento privado y, sobre todo, en lo que a éstos respecta, los de vivienda a local de negocio.

no y de gran altura, que no tiene por qué coincidir necesariamente con la parte o planta superior del inmueble –y en esto no pretendemos ajustarnos a una traducción estricta de este término anglosajón–, que se destina a un uso residencial o de vivienda por transformación del anterior uso, terciario o industrial.

También suele identificarse la expresión “lofts” con la transformación de una oficina o local de negocio situado en un inmueble de uso residencial con el que resulta compatible –supuesto más generalizado sobre el que centraremos este estudio–, tal vez por las especiales características de estas propiedades que permiten concebir grandes espacios; o, más corrientemente, con superficies en las que las divisiones entre zonas quedan reducidas a la mínima expresión, al estilo de “estudios” de amplias dimensiones, aun cuando la actuación se realice a su vez sobre una vivienda.

Pues bien, hechas estas observaciones, analizaremos desde una perspectiva jurídica este fenómeno de la transformación de locales u oficinas en viviendas.

II. Actividades no permitidas y cambio del uso del local a vivienda

Tal y como señalábamos, el debate sobre este tema –el del cambio de uso y destino de los bienes privativos en la copropiedad inmobiliaria– es objeto de estudio tradicionalmente en el ámbito de las “actividades no permitidas” a los propietarios u ocupantes del inmueble y, más concretamente, en las actividades prohibidas en los estatutos a las que se refiere el artículo 7.2.º de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (en lo sucesivo LPH), en la nueva redacción resultante de la Ley 8/1999, de 6 de abril.

Esta previsión legal debe complementarse con lo dispuesto en el artículo 5 LPH, que autoriza la incorporación de reglas relativas “*al uso o destino del edificio*”, aunque circunscritas a los estatutos, de tal forma que al amparo de esta previsión algunos de ellos prohíben, limitan o “matizan” el tipo de actividades que pueden desarrollarse en el interior del inmueble. Estas disposiciones, en buena lógica, sólo son oponibles a terceros adquirentes de buena fe si los estatutos se encuentran inscritos en el Registro de la Propiedad en el momento de la transmisión, no siendo suficiente con que aparezcan incluidas en un reglamento de régimen interno (2).

(2) MUÑOZ GONZÁLEZ, L.: *La Propiedad Horizontal*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1979, p. 120.

La justificación de la existencia o previsión de estas limitaciones “extrínsecas” (3) al ejercicio de los derechos y facultades privativas en la LPH hay que buscarla en el derecho que en las situaciones de cotitularidad asiste también al resto de condueños y en la necesidad de armonizar el inevitable, y recíproco, concurso de unos y de otros, constituyendo un conjunto de normas en las que el interés prevalente es reglamentar las relaciones de vecindad (4). En este sentido, es consustancial a las normas que integran estas relaciones su carácter dispositivo, por lo que los vecinos pueden moderar o resolver sus conflictos de intereses derivados de las situaciones de cotitularidad por medio del acuerdo de voluntades –plasmados en los estatutos–, el cual debe prevalecer sobre las reglas generales (5).

La doctrina es unánime en considerar que estas prohibiciones estatutarias pueden considerarse obligaciones *propter rem* en sentido negativo, esto es, imponen un compromiso de “no hacer” que trae causa originariamente de la titularidad de un derecho real. Ahora bien, las prohibiciones de “uso”, al igual que las de “disponer”, tendrán que estar fundamentadas en una causa justa o un interés legítimo, pues de lo contrario serían contrarias al principio de libertad del dominio (6).

Asimismo, PÉREZ PÉREZ (7) recuerda que el artículo 394 del Código Civil (en adelante, CC) dispone que cada condueño podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho, y ésta debe ser la regla general aplicable también en relación con las propiedades especiales, de la que la propiedad horizontal constituye tan sólo una más.

(3) ÁLVAREZ OLALLA, P.: analizando la interdicción del ejercicio de las actividades prohibidas en los estatutos, por imperativo del artículo 7.2 LPH, señala que no nos encontramos ante límites intrínsecos al ejercicio de derechos, sino ante límites extrínsecos que perfilan desde el exterior, de forma negativa, el contenido del derecho y, más concretamente, el contenido de las facultades de uso de todos y cada uno de los propietarios (“Comentario al artículo 7.2 LPH”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 172).

(4) Este criterio es el mayoritariamente sostenido en la doctrina, de la cual es un buen ejemplo FERNÁNDEZ-MARTÍN GRANIZO –que reproduce en este punto, pero referido a *deberes*, la exposición de motivos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal–, para el que “las prohibiciones que se establecen en este artículo son consecuencia lógica y natural del hecho de haberse configurado las relaciones jurídicas derivadas del régimen de propiedad horizontal con criterios inspirados en las relaciones de vecindad” (*La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho Español*, 3.ª ed., Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, p. 771).

(5) HUERTA TRÓLEZ, A.: *Instituciones de Derecho Privado*, coordinado por DELGADO DE MIGUEL, t. II, vol. 1.º, Consejo General del Notariado y Civitas Ediciones, Madrid, 2002, p. 83.

(6) PÉREZ PÉREZ, E.: *Propiedad, Comunidad, Finca Registral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, p. 138.

(7) *Ibíd.*, p. 167.

III. La mera descripción del uso o destino como local de negocio o de comercio como límite a la transformación: naturaleza restrictiva y excepcional de las limitaciones de la propiedad privada

Así pues, las cláusulas limitativas o prohibitivas tienen, en primer lugar, carácter *excepcional* en cuanto limita el derecho de propiedad privada en beneficio de la convivencia con el resto de vecinos, por lo que deben constar expresamente e interpretarse de forma restrictiva *ex* artículo 3.a) LPH. Esta interpretación restrictiva, a juicio de la doctrina mayoritaria, deberá extenderse a los supuestos en que se pretende la transformación del uso del piso o local cuando el título sólo contiene una mera alusión, indicación o descripción (8).

En ningún caso, además, debe bastar una interpretación gramatical –como ya señalara DE CASTRO al referirse a la interpretación de las leyes–, especialmente cuando se trata de limitar la autonomía de la voluntad (9).

En efecto, el problema *de fondo* no viene dado tanto por el hecho de que los Estatutos prevean unas exclusiones o afecciones a un concreto uso o destino –pues en estos casos bastaría con acreditar la cláusula estatutaria debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad en términos claros y precisos (10)–, sino, más bien, por aquellos supuestos en que no se hace ninguna previsión sobre el particular o se realiza una simple descripción. Es más, se hará necesario examinar las concretas circunstancias que puedan rodear cada caso planteado, pues no será lo mismo la ejecución de una obra de transformación mediante la que difícilmente puedan

(8) VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, A.: *Derecho de Propiedad Horizontal*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 268. En este mismo sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B. (“Las restricciones a los derechos de uso en el Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal”, *Aranzadi Civil*, vol. I, Parte Estudio, 1996, pp. 233 y ss.) señala, con cita de abundante jurisprudencia, que es preciso que la prohibición venga establecida de forma expresa, clara y terminante, debiendo entenderse que en lo no previsto en tal forma es regla general la posibilidad de cualquier uso; deberán interpretarse restrictivamente, dado su carácter excepcional, y aparecer formuladas de forma imperativa, así como atendiendo al significado propio o más común de los mismos en la interpretación de los términos en que venga expresada. Para un conocimiento más amplio de la naturaleza y condiciones de estas limitaciones puede consultarse LA MONEDA DÍAZ, F.: *Actividades Prohibidas en la Ley de Propiedad Horizontal*, Bosch, Barcelona, 2003.

(9) Así lo entendió también en su momento VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, A.: “Limitación de la autonomía de la voluntad en la propiedad horizontal”, *RGD*, t. XXI, 244-255, 1965, p. 268.

(10) Al hilo de esta cuestión, la doctrina ha señalado que “no es una función de los Estatutos la definición casuística del contenido dominical sobre los elementos privativos, sino, a lo sumo, la articulación normativa de la zona de fricción, derivada de la interdependencia objetiva entre derechos de análoga naturaleza, de modo que en las hipótesis no contempladas, sea regla general la posibilidad de cualquier uso” (CABALLERO GEA, J. A.: *Propiedad Horizontal. Comunidades de Propietarios, Complejos Inmobiliarios Privados*, 5.ª ed., Dykinson, Madrid, 1999, p. 147).

garantizarse unas condiciones mínimas –y obligatorias– de habitabilidad, que el mero “acondicionamiento de un local diáfano” en un inmueble recientemente entregado por el promotor (11).

Así se ha señalado, de forma congruente con la práctica de nuestros tribunales, que “la simple alusión en el título constitutivo al destino de un elemento privativo no es vinculante, sino tan sólo descriptiva. Por lo anterior, debe entenderse que el cambio de destino de los elementos privativos no supone modificación del título constitutivo” (12).

En este sentido, hubiera bastado una simple previsión normativa, aprovechando cualquiera de las últimas reformas realizadas en la LPH –Leyes 8/1999 y 51/2003– a lo que aparece definido como un problema que puede tener solución por vía de una sencilla adaptación normativa, en los términos que pasamos a analizar a continuación.

Es evidente que nuestros tribunales, como también la Dirección General de los Registros y del Notariado, ahorrarían muchos esfuerzos interpretativos si se acogiera –incardinada en el texto del art. 5 ó 7.2.º LPH– la previsión establecida en su momento en el artículo 45 del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991, por el que “la simple expresión en el título constitutivo del destino que de presente tiene un piso o local a vivienda, a negocio o a otro uso no implica, sin más, que se haya establecido prohibición para dedicarlo a cualquier otra actividad”.

Esta línea no sería sino una consecuencia lógica de un proceso liberalizador que culmina con la autorización de la libre transformación del uso o destino de determinadas propiedades, realizada por el conocido “Decreto Boyer” (13), aunque limitada al cambio de destino de vivienda a local de negocio.

Originariamente, el Derecho aplicable estaba concebido, desde luego, en términos más rígidos. Si acudimos a los antecedentes legislativos próximos sobre este ámbito, previos a la LPH, observaremos que el artícu-

(11) Esta es la idea apuntada por VÁZQUEZ BARROS en relación con el supuesto de entrega por el promotor de un local nuevo en el que no se ha ejecutado obra de adaptación alguna, respecto del cual resulta difícil plantear obstáculos a cualquiera de sus potenciales usos (*La Ley de Propiedad Horizontal Comentada*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 59).

(12) PONS GONZÁLEZ (M.) y DEL ARCO TORRES (M. A.): *Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal*, 8.ª ed., Comares, Granada, 2002, p. 485.

(13) En esta línea flexible el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, liberalizó tan sólo una de las opciones posibles: la consistente en transformar las viviendas en locales de negocio, pero no al revés, disponiendo que “los propietarios de fincas urbanas y los arrendatarios de éstas, con el consentimiento de aquéllos, podrán libremente realizar la transformación de viviendas en locales de negocios, salvo disposición contraria en su caso de los Estatutos reguladores de las comunidades de propietarios, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, párrafo tercero, de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, relativo a actividades estatutariamente no permitidas, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, y de la obtención de las correspondientes licencias administrativas”.

lo 396 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley de 27 de octubre de 1939, se limitaba a señalar que “ningún propietario podrá variar, esencialmente, el destino o la estructura de su piso, sin previo acuerdo de la mayoría de los interesados” (14). Ahora bien, la disposición no se encontraba concebida en términos prohibitivos absolutos, pues la limitación de la variación del destino sólo quedaba referida a las “esenciales”, es decir, a aquéllas que implicaban una sustitución de actividad por otra completamente diferente e incompatible (15). Este es el antecedente inmediato del artículo 7, III, LPH, en la redacción dada por la Ley 49/1960, cuyo texto se mantiene con alguna matización en el vigente artículo 7.2.º LPH reformado en 1999, aunque sin ninguna trascendencia relevante en relación con este aspecto, salvo la sustitución de la expresión “actividades no permitidas” por “actividades prohibidas”, lo que en cierta medida implica una mayor acotación del ámbito de lo no autorizado, restringiéndolo a lo expresamente prohibido.

Este proceso de flexibilización queda en parte cercenado, posteriormente, por la disposición derogatoria única de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (16), que deroga el artículo 8 del “Decreto Boyer”, y por la propia Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma global de la LPH, que desaprovecha esta excelente oportunidad para “desensorsetar” el planteamiento que sobre el uso y destino de los inmuebles urbanos realiza la LPH, acogiendo la solución del Anteproyecto de 1991 como medida de política legislativa, solventando así un problema que ya aparecía apuntado a partir de 1960, en aras también de la claridad interpretativa y de la seguridad jurídica.

Debe hacerse notar que aquella disposición –el Decreto Boyer– nace en su momento para atender una necesidad socioeconómica concreta –la

(14) FUENTES LOJO, J. V.: *Novísima Suma de Propiedad Horizontal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1998, p. 1614.

(15) En aquel momento previo a la publicación de la LPH, el problema se centraba en determinar más bien –como indicaba DOCAVO NÚÑEZ–, cuándo se trataba de una modificación esencial, y para ello pensar si la esencia de la institución se encontraba en la propiedad singular del piso, siendo algo accesorio la existencia de los elementos comunes, o viceversa (“Estatuto de la Propiedad Horizontal”, *RGD*, t. XV, 172-177, 1959, p. 429). En este mismo orden de cosas, BATLLE VÁZQUEZ, M., se hacía eco de las novedades de la reforma de octubre de 1939 en el artículo 396 del Código Civil, entre las que destacaba “la prohibición de variar *esencialmente* el destino o estructura de un piso sin previo acuerdo de la mayoría de los interesados” (“La reforma del artículo 396 del Código Civil por la Ley de 26 de octubre de 1939”, *RGLJ*, 1942, p. 248).

(16) Señala esta disposición que “quedan derogados, sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones transitorias de la presente ley, el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964; los artículos 8 y 9 del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la ley”.

escasez de locales de negocio en España—, coyuntura similar de alguna manera a la actual, pero en la que los términos se invierten, en la medida en que lo que ahora existe es en realidad una poderosa demanda de vivienda.

Así pues, ha tenido que ser la jurisprudencia, aunque con soluciones contradictorias según veremos y, especialmente, la Dirección General de los Registros y del Notariado —a través de la doctrina de alguna de sus resoluciones que compartimos plenamente—, las encargadas, una vez más, de ofrecer soluciones jurídicas a este problema en ausencia de disposiciones normativas nítidas y concluyentes en nuestro Derecho.

Y es que, como señala la profesora ÁLVAREZ OLALLA (17) —comentando la justificación de la enmienda núm. 23 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado al artículo 7.2 LPH en la redacción dada por la Ley 8/1999 (18)—, tanto al propietario como al ocupante del local les estaría permitido realizar todo lo no prohibido por los estatutos, y no entender por el contrario prohibido todo lo no permitido en ellos, pues ello ha de entenderse como más acorde de la libertad que debe presumirse en el uso y destino de la propiedad privada, sin que pueda interpretarse como vinculante lo que no resulta ser sino una mera descripción (19). No obstante, este planteamiento no parece resultar tan evidente cuando el mismo se ha pretendido trasladar a la práctica.

1. La variación del destino de local a vivienda en la jurisprudencia.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo continúa aún hoy siendo vacilante sobre este tema, y así, en la sentencia de 15 de marzo de 2000, puede leerse —aunque referida al cambio del destino de trastero a vivienda— que “aún reconociendo las facultades de cada propietario para modificar los elementos de aquello que le pertenece exclusivamente dentro de la comunidad en que está integrado con otros, recorta o impide aquel uso cuando por ello se produzca una alteración de las cuotas de participación, obligando a la fijación de unas nuevas que, en este caso y como previene la sentencia recurrida, vendría impuesta por el cambio de destino del local litigioso, pasando de trastero —con el uso y elementos que le son propios— a vivienda con las instalaciones y servicios adecuados a ese nuevo

(17) Ob. cit., p. 181. Asimismo, algunos autores inciden en esta evidencia (AAVV: *Las Comunidades de Propiedad Urbana*, 2.ª ed, Colex, 1999, p. 110), para quienes la limitación exige “una prohibición expresa y no la falta de reflejo en un hipotético listado de actividades que sí pueden realizarse”.

(18) *BOCG*, Senado, VI Legislatura, Serie B, 8 de enero de 1999, núm. 35, p. 24.

(19) En este sentido, *vid.* GIL RODRÍGUEZ, J.: “La pretendida vinculación del uso o destino de los espacios privativos en el régimen de propiedad horizontal”, *RCDI*, 1992, núm. 611, p. 1817.

fin y nueva cuota de participación [...] hasta llegar a extremos que suponen una total innovación en el régimen del inmueble por decisión de un solo propietario de local, destinado a trastero y mantenido con esta denominación, con la trascendencia de que esto ha de repercutir en el régimen que a los demás afecta y con los que no se ha contado”.

En efecto, éste ha sido el criterio mantenido tradicionalmente por el Tribunal Supremo (20) y también por un sector de la doctrina (21), aunque refiriéndose, evidentemente, al supuesto contrario mucho más habitual, esto es, a la transformación de una vivienda en local o en otros usos diferentes.

No obstante, es obligado señalar que también el mismo Tribunal ha mantenido el criterio contrario –el de entender que la descripción del destino no vincula en exclusiva a esa actividad, sino que son posibles otras diferentes–, pudiendo citarse a estos efectos las sentencias de 7 de febrero de 1989, 5 de marzo de 1990 o de 21 de diciembre de 1993.

Aunque la jurisprudencia, como se ha puesto de manifiesto, es muy numerosa en el estudio del supuesto contrario –cambio de vivienda a local–, son muy escasos los pronunciamientos judiciales en los que se ha tratado el concreto hecho de la transformación de un local o similar en vivienda.

Más recientemente, en las Audiencias Provinciales se ha planteado la transformación o “conversión de trasteros en viviendas”, que podemos traer a colación por su proximidad, y que se resuelve con opiniones diversas en uno y otro sentido, bien en contra de una interpretación favorable –SSAP Vizcaya de 31 de enero de 2001, de Ávila de 10 de julio de 2002, de Málaga de 9 de enero de 2003 y de Valencia de 25 de enero de 2003–, bien a favor de la transformación o conversión –SSAP Barcelona de 9 de

(20) CABALLERO GEA, J. A.: en *La Propiedad Horizontal: Problemática Judicial*, Aranzadi, Pamplona, 1983, p. 96, refiriéndose al “cambio de las actividades del local comercial”, comentaba la STS de 2 de junio de 1970, en la interpretación de que, no contemplando el título constitutivo de la propiedad horizontal regla estatutaria alguna sobre el destino que podría darse a los locales comerciales, “quedará restringida esta libertad”, en relación a la modificación del uso preexistente.

(21) Tal vez el exponente más tradicional sobre esta postura negativista –que no compartimos– sea FUENTES LOJO, J. V., quien, refiriéndose a las actividades no permitidas en los Estatutos, indica que “el verdadero sentido de dicha frase es el de englobar como no autorizadas, no precisamente las prohibidas, sino las no previstas si se opusieran al destino o naturaleza [...] so pena de cada cual campe por sus fueros, bajo el pretexto de que no se ha prohibido tal o cual utilización” (ob. cit., p. 1623). También en contra de la postura mayoritaria puede citarse a DÍAZ MARTÍNEZ (*Propiedad Horizontal. El Título Constitutivo y su Impugnación Judicial*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 40-41), para quien el hecho de asignar un destino distinto al recogido en el título “incide de forma directa en las cuotas de participación atribuidas a los propietarios en la escritura de división horizontal, haciendo necesario el reajuste de todas ellas”.

septiembre de 2002 y de La Coruña, de 20 de septiembre de 2002–, entre otras.

Todo ello determina, en definitiva, que resulte aventurado establecer una regla o criterio general por el momento, desde el punto de vista jurisprudencial, aunque la misma debería inclinarse en la línea avanzada anteriormente favorable a la interpretación que considera posible la transformación cuando el título o los estatutos se limitan a “describir” el uso o destino del local, en consonancia con el planteamiento sostenido por la doctrina científica mayoritaria.

2. La transformación en vivienda en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Con carácter general, aunque refiriéndose al primero de los supuestos posibles –el de la variación del uso de vivienda a local, más común en la práctica–, este Centro Directivo se ha mantenido en ocasiones proclive a la admisión del criterio de que la descripción en el título constitutivo de los pisos como “viviendas” no impedía la transformación en local sin el concurso de la voluntad unánime del resto de los vecinos. En este sentido pueden citarse las RRDGRN de 12 de diciembre de 1986 y de 20 de febrero de 1989.

Ahora bien, la Dirección General también ha considerado lo contrario –como destaca SAPENA DAVÓ comentando la RDGRN de 25 de septiembre de 1991 (22)–, en el sentido de considerar que la mera descripción del uso resulta vinculante, cuando se trata –en los hechos relatados– de un desván destinado a trastero que por declaración de obra nueva de sus propietarios se pretendía destinar a vivienda, haciéndolo constar así en el Registro de la Propiedad. Es decir, la transformación de una planta de desvanes en vivienda implica la modificación del título constitutivo, por lo que resulta necesario el acuerdo de la Junta de Propietarios en la forma establecida en los artículos 5 y 11 (actualmente, art. 12) de la Ley de Propiedad Horizontal (23). En términos análogos también puede citarse la RDGRN de 21-7-2003, relativa a la transformación de un local en vivienda.

En relación con el hecho singular sobre el que centramos nuestro estudio –de libertad en la conversión de un local en vivienda–, existe no

(22) SAPENA DAVÓ, J.: “Los estatutos de la propiedad horizontal ante la Ley 8/1999, de 6 de abril”, *Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinado por RUEDA PÉREZ, Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, p. 111.

(23) Así lo resume MARTÍN BERNAL, J. M., comentando la RDGRN de 25 de septiembre de 1991 (*Comunidades de Vecinos. Legislación y Jurisprudencia*, Colex, 1998, p. 131).

obstante algún pronunciamiento concluyente favorable de gran interés, en una línea interpretativa que arranca de la RDGRN de 23 de marzo de 1998.

Efectivamente, sostiene la Dirección General en esta Resolución que, “en la propiedad horizontal, la necesidad de armonizar la tendencia a la plena autonomía de los derechos recayentes sobre los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente (configurados en la LPH como propiedad separada, arts. 1 y 3), con la ineludible interdependencia objetiva y recíprocas limitaciones derivadas de la unidad física del edificio en su conjunto, no se opone, en sede de utilización de los elementos privados, al mantenimiento de los principios informantes del derecho de propiedad, cuya delimitación se verifica a partir de un señorío potencialmente absoluto sobre el que se proyectan los límites legales en forma de prohibición u obligación, y por ello, tratándose de los elementos privativos, ha de ser regla la de la posibilidad de todo uso, siempre que éste sea adecuado a la naturaleza del objeto y no vulnere los límites genéricos de toda propiedad o los específicos de la propiedad horizontal (normalidad, salubridad, comodidad y no peligrosidad, art. 7 *in fine* LPH). Ciertamente, dicha amplitud de goce puede ser restringida por el título constitutivo, dentro del debido respeto a la ley (arts. 5 y 7 *in fine* LPH); mas la exigencia de interpretación estricta de tales límites exige que hayan de ser formulados con claridad y precisión, sin que puedan deducirse, como en el caso debatido de una simple expresión descriptiva, como la de “locales de negocio”.

3. El cambio de uso en el Derecho comparado.

A esta cuestión tampoco ha sido ajeno el Derecho comparado, aunque con distinta extensión y resultados (24), justificada por las diferencias entre las propias normativas, pero con el mismo denominador común.

Así, en el Derecho alemán, se suele atender a una interpretación literal de la “finalidad” o destino reflejado en el “convenio” (reglamentación a caballo entre el título y los estatutos), aunque esta interpretación que se hace depender en muchas ocasiones –a través de la atribución de esta competencia en el propio “convenio”– de la decisión del administrador o del acuerdo mayoritario de la Asamblea (pár. 43.1.º, inciso segundo, de la Ley de Propiedad de Vivienda de 15 de marzo de 1951) (WEG) (25).

(24) Sobre el Derecho comparado en este ámbito es fundamental el estudio realizado por el profesor MORENO MARTÍNEZ, J. A.: *Conflictos de Vecindad por el Uso de la Vivienda y Locales de Negocio*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 60 y ss., a quien seguimos en este tema.

(25) *Ibíd.*, p. 65. Así se señala que un cambio de finalidad podría conllevar la necesidad de un consentimiento unánime, por “exceder del límite máximo de la molestia que puede

En el Derecho francés –ley de copropiedad de inmuebles edificados de 10 de julio de 1965–, el criterio jurisprudencial generalmente aplicado consiste en comparar el uso que se pretende realizar con el expresado en el reglamento o que resulte más acorde con el destino atribuido, resolviéndose en favor de la transformación sólo si resultan “más conformes” con el destino del inmueble, o “no presentan mayores inconvenientes para el inmueble y sus ocupantes”. La mera indicación o enumeración no tendría así carácter excluyente “siempre que no supusieran mayor perturbación que las expresamente mencionadas”.

No existen en el Derecho italiano normas que tengan por objeto regular el uso de la vivienda o de los locales existentes en el campo al que nos referimos (26), por lo que las reglas aplicables al caso que nos ocupa es enteramente de carácter jurisprudencial en torno “al criterio de la normal tolerancia”, siempre y cuando no exista “reglamento” –hecho difícil– que en la práctica se construye como una importante fuente de derechos y obligaciones bastante precisas.

Por último, como mero botón de muestra del Derecho iberoamericano comparado (27), igual planteamiento que el español se realiza en el Derecho argentino, sustancialmente, teniendo en cuenta que la Ley argentina número 13.512, de régimen legal de la propiedad horizontal, señala en su artículo 6.a) que queda prohibido el destino “a fines distintos a los previstos en el reglamento de copropiedad y administración”. Sobre este particular, el criterio de la doctrina es el de realizar una interpretación amplia, puesto que “en ausencia de cláusulas reglamentarias que estipulen un destino determinado o prohíban otros, ha de considerarse que existe libertad en ese sentido” (28).

ser tolerada”, como ya se planteara en la jurisprudencia alemana en relación con la transformación de ciertas propiedades “parciales” (locales) que venían destinándose a ocio o almacén, en una vivienda.

(26) La copropiedad horizontal o “condominio” se regula en el Código Civil italiano en los artículos 1.117-1.139, aplicándose subsidiariamente las normas sobre copropiedad general (arts. 1.100-1.116 CC).

(27) Para un análisis del Derecho iberoamericano comparado a nivel legislativo, aunque con carácter general, es interesante el reciente –y encomiable– trabajo de GUTIÉRREZ (J.) y MIRÓ (A.): *Compendio de Propiedad Horizontal, Perspectiva Iberoamericana Comparada*, Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas, Madrid, 2003, en el que pueden rastrearse las disposiciones relativas a “actividades prohibidas” y, en consecuencia, los límites al derecho de propiedad en inmuebles en régimen de propiedad horizontal.

(28) Así lo entiende DIEGO CARLOS, D.: *Manual Práctico de Propiedad Horizontal*, 6.ª ed., Edit. Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 57.

IV. El problema de los “lofts” en inmuebles en régimen de protección oficial

Analizamos aquí el supuesto de la transformación en viviendas de locales existentes en inmuebles dotados de “protección oficial” y, por tanto, sujetos a normativa especial, respecto de los cuales se intenta una variación del uso inicial hacia otro de vivienda. Aunque aparentemente esta cuestión puede parecer inocua, un análisis de la normativa específica de este tipo de inmuebles nos lleva a plantear algunas importantes interrogantes que pasamos a exponer a continuación.

Recientemente BOTÍA VALVERDE, en un excelente trabajo (29), ha estudiado la cuestión de las limitaciones al dominio en viviendas de protección oficial referida a unos concretos supuestos, recordándonos, entre otras cosas, que la calificación de una vivienda como protegida implica siempre una limitación al dominio, además de un régimen concreto de uso y aprovechamiento, salvo que se realice la oportuna descalificación.

Pues bien, la primera pregunta que se nos plantea es si este régimen “restrictivo” alcanza también a los locales existentes en el edificio, respecto de los cuales puede también pretenderse la transformación en vivienda, según venimos analizando.

A este respecto, conforme a lo señalado en el artículo 2 A) del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, la protección oficial se extenderá *“a los locales de negocio situados en los inmuebles destinados a vivienda, que su superficie útil no exceda del 30 por 100 –ampliada hasta el 40 por 100 por el Real Decreto-ley 2/1985, de 20 de abril– de la superficie útil total”*. Los locales gozarán de los beneficios de protección oficial, y su venta y alquiler serán libres. Asimismo, *“podrán destinarse a usos comerciales, industriales, docentes y oficinas”*, lo que no deja de ser una mera enumeración descriptiva y facultativa de los posibles usos (art. 27 del Real Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la legislación de viviendas de protección oficial).

Si bien la renta y venta de estos locales son libres, no se contempla igual libertad en cuando a la posibilidad de transformar el local en vivienda –lo que no debe entenderse como exclusión, pues tampoco queda prohibida la variación del uso de forma expresa, al menos en relación con los locales–, por lo que, conforme a la interpretación que venimos realizando, sería admisible la variación del destino de aquél a cualquier otro de sus potenciales usos, incluido el residencial.

(29) BOTÍA VALVERDE, A.: “Viviendas de protección oficial y limitaciones del derecho de propiedad: prohibición de disponer y requisitos de los adquirentes. Lectura crítica de los artículos 10 y 13 del Real Decreto 1/2002”, *RJN*, enero-marzo 2003, pp. 9 y ss.

Resulta así paradójico que el local transformado y ahora convertido en vivienda pudiera gozar de los mismos beneficios que el resto de viviendas existente en el edificio “protegido”, pero sin quedar sujeto a las importantes limitaciones derivadas de las reglas especiales, sin tener que realizar previamente la gravosa descalificación, pues sin ella las viviendas “no pueden hacer actos que impliquen un cambio del régimen de uso y aprovechamiento de la vivienda” (30), so pena de la imposición de la correspondiente sanción, lo que en cierta forma podría resultar constitutivo de un verdadero “fraude de ley” prohibido en el artículo 6.4 CC.

V. Conclusiones

En nuestra opinión, resulta acertada una interpretación favorable a la autorización del cambio o variación del destino de local a vivienda cuando no existe una prohibición expresa, en consonancia con lo mantenido por la RDGRN de 23 de marzo de 1998, por lo que podría concluirse, a estos efectos, que la simple descripción del uso y destino como local en el título o en los estatutos ni vincula ni prohíbe otros usos posibles –siempre que sean lícitos–. Sólo mediante una norma precisa de afectación a un destino concreto, con exclusión de cualquier otro o de prohibición, cabría imponer esta obligación (31).

Una solución adecuada consistiría, como se indicó anteriormente, en integrar en la LPH el texto del artículo 45 del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991, lo que en definitiva no sería sino conferir rango legal a lo que resultaba ser la verdadera intención del legislador de 1999. Efectivamente, esta es la idea que se reitera en el “mensaje motivado” por el que se explican las enmiendas incorporadas definitivamente en el Senado al texto de lo que sería la Ley 8/1999, de reforma de la LPH, en el que se señala textualmente que “en el apartado 2 (del art. 7) se introduce una primera modificación, de acuerdo con lo cual queda *claramente* establecido que al propietario y al ocupante del piso o local les está permitido, en principio, todo aquello que no resulte prohibido por los Estatutos” (32).

(30) *Ibídem*, p. 13.

(31) SAPENA DAVÓ, J. (ob. cit., p. 112), entiende que las reglas que prohíben actividades mediante una enumeración de las mismas deben ser exhaustivas y excluyentes, para evitar así “toda clase de ambigüedades”. La prohibición –continúa señalando este autor– puede ser absoluta o supeditada al consentimiento de la Junta de Propietarios, con establecimiento de las mayorías que se estime conveniente.

(32) *BOCG*, Senado, VI Legislatura, Serie B, 23 de marzo de 1999, núm. 245-4, p. 30.

Con independencia de lo anterior, es necesario reconocer el verdadero valor del “estatuto” concibiéndolo técnicamente en términos más rigurosos y precisos, alejado de generalidades muchas veces inútiles, a la hora de definir o concretar la intención y el contenido de lo declarado voluntariamente. Y en este campo la intervención del notario, como “profesional del Derecho” (art. 2 RN), es esencial, pues, como se ha señalado en algún momento, esta actividad asesora es base de la seguridad documental, como también lo es de la seguridad de su contenido (33).

Por lo demás, sujetar la solución del problema a la interpretación realizada por determinados órganos de la comunidad, con sujeción a unos concretos principios o parámetros (recordemos que el Derecho alemán otorga ciertas funciones en este sentido al administrador o a la asamblea), implicaría configurar un “estatuto abierto”, terrero éste, no obstante, especialmente abonado para el florecimiento de la inseguridad jurídica y el abuso de Derecho.

Esta interpretación progresiva en beneficio de una razonable libertad de uso y destino en la forma expuesta es acorde con el momento económico actual de fuerte demanda de vivienda y conforme a una interpretación sociológica de las disposiciones legales. No olvidemos que el artículo 3.1 del Código Civil obliga a interpretar las normas en relación con el contexto y, especialmente, con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, circunstancia que no tiene por qué suponer una desnaturalización del espíritu y finalidad de la norma, como ya ocurriera con el “Decreto Boyer”.

Un problema importante que también se plantea es el de la adaptación y acceso del local transformado a elementos, instalaciones y servicios de los que disfrutaban las viviendas –pues no debe olvidarse que su aprovechamiento se encuentra concertado en régimen de comunidad [arts. 396 CC y 3 b) LPH]–, algunos de los cuales debemos considerarlos de carácter básico, en cuya utilización no se pensó originariamente a la hora de diseñar o construir el local y que sin duda haría aconsejable una adaptación normativa que facilite la integración.

Ahora bien, esta transformación, aunque libre desde la perspectiva del Derecho privado, no implica la consagración de un sistema de libertad descontrolada o indiscriminada en el uso del inmueble, en la medida en que queda evidentemente limitada al cumplimiento de las condiciones y requisitos de habitabilidad, seguridad e idoneidad urbanística, cuya tutela corresponde al Ayuntamiento –pues es a éste a quien corresponde decidir en última instancia si sobre ese espacio delimitado puede o no existir

(33) RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: AAVV, “El documento notarial y la seguridad jurídica”, *La Seguridad Jurídica y el Notariado*, Edersa, Madrid, 1984.

una vivienda—, dado que constituye una actuación *reglada* sujeta a autorización o licencia administrativa y, por tanto, a normas de “orden público” o de derecho necesario.

No obstante, las corporaciones locales no pueden desconocer este fenómeno y conferirle un tratamiento “por analogía” al de otras intervenciones, por lo que se hace aconsejable, desde luego, un estudio y una previsión adecuada sobre este fenómeno, de tal forma que en el futuro inmediato se aporten soluciones urbanísticas que garanticen la “convertibilidad” de la propiedad y la adaptación a las infraestructuras existentes que prestan servicio a las viviendas, en edificios habitados o bien por construir.

El ejercicio de este derecho, no obstante, no puede tampoco autorizar o convalidar cualquier “inmisión ilícita, arbitraria o abusiva” por parte del propietario u ocupante del inmueble. Es decir, si bien la transformación sería libre en las condiciones que hemos analizado, el propietario se encuentra en condiciones de igualdad al resto de vecinos en relación con los distintos deberes y obligaciones previstos en la LPH, especialmente en lo relativo a la interdicción de obras o actuaciones que *de facto* impliquen una alteración de naturaleza sustancial de los elementos comunes, o del propio título constitutivo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 7.1, 12 y 17.1.º LPH.

VI. Bibliografía

- AAVV: *Las Comunidades de Propiedad Urbana*, 2.ª ed., Colex, 1999.
- ALONSO SÁNCHEZ, B.: “Las restricciones a los derechos de uso en el Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal”, *Aranzadi Civil*, vol. I, Parte Estudio, 1996.
- ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Comentario al artículo 7.2 LPH”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- BATLLE VÁZQUEZ, M.: “La reforma del artículo 396 del Código Civil por la Ley de 26 de octubre de 1939”, *RGLJ*, 1942.
- BOTÍA VALVERDE, A.: “Viviendas de protección oficial y limitaciones del derecho de propiedad: prohibición de disponer y requisitos de los adquirentes. Lectura crítica de los artículos 10 y 13 del Real Decreto 1/2002”, *RJN*, enero-marzo 2003.
- CABALLERO GEA, J. A.: *La Propiedad Horizontal: Problemática Judicial*, Aranzadi, Pamplona, 1983.
- *Propiedad Horizontal. Comunidades de Propietarios, Complejos Inmobiliarios Privados*, 5.ª ed., Dykinson, Madrid, 1999.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Propiedad Horizontal. El Título Constitutivo y su Impugnación Judicial*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- DIEGO CARLOS, D.: *Manual Práctico de Propiedad Horizontal*, 6.ª ed., Edit. Universidad, Buenos Aires, 1997.

- DOCAVO NÚÑEZ, M.: “Estatuto de la Propiedad Horizontal”, *RGD*, t. XV, 172-177, 1959.
- FERNÁNDEZ-MARTÍN GRANIZO, M.: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho Español*, 3.^a ed., Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.
- FUENTES LOJO, J. V.: *Novísima Suma de Propiedad Horizontal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1998.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: “La pretendida vinculación del uso o destino de los espacios privativos en el régimen de propiedad horizontal”, *RCDI*, 1992, núm. 611.
- GUTIÉRREZ (J.) y MIRÓ (A.): *Compendio de Propiedad Horizontal, Perspectiva Iberoamericana Comparada*, Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas, Madrid, 2003.
- HUERTA TRÓLEZ, A.: *Instituciones de Derecho Privado*, coordinado por DELGADO DE MIGUEL, t. II, vol. 1.º, Consejo General del Notariado y Civitas Ediciones, Madrid, 2002.
- LA MONEDA DÍAZ, F.: *Actividades Prohibidas en la Ley de Propiedad Horizontal*, Bosch, Barcelona, 2003.
- MARTÍN BERNAL, J. M.: *Comunidades de Vecinos. Legislación y Jurisprudencia*, Colex, 1998.
- MORENO MARTÍNEZ, J. A.: *Conflictos de Vecindad por el Uso de la Vivienda y Locales de Negocio*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- MUÑOZ GONZÁLEZ, L.: *La Propiedad Horizontal*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1979.
- PÉREZ PÉREZ, E.: *Propiedad, Comunidad, Finca Registral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.
- PÉREZ UREÑA, A. A.: *Las actividades no permitidas y su cesación en las Comunidades de Propietarios*, Edifoser, Madrid, 2000.
- PONS GONZÁLEZ (M.) y DEL ARCO TORRES (M. A.): *Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal*, 8.^a ed., Comares, Granada, 2002.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: AAVV, “El documento notarial y la seguridad jurídica”, *La Seguridad Jurídica y el Notariado*, Edersa, Madrid, 1984.
- SAPENA DAVÓ, J.: “Los estatutos de la propiedad horizontal ante la Ley 8/1999, de 6 de abril”, *Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinado por RUEDA PÉREZ, Consejo General del Notariado, Madrid, 2001.
- VÁZQUEZ BARROS, S.: *La Ley de Propiedad Horizontal Comentada*, Tecnos, Madrid, 2002.
- VENTURA-TRAVERSET GONZÁLEZ, A.: “Limitación de la autonomía de la voluntad en la propiedad horizontal”, *RGD*, t. XXI, 244-255, 1965.
- *Derecho de Propiedad Horizontal*, Bosch, Barcelona, 1992.

LA SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA: UNA APUESTA DE FUTURO (1)

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁ S

Notario.

*Letrado Adscrito de la Dirección General
de los Registros y del Notariado*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPIOS GENERALES. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA NORMA. ESPECIALIDADES MERCANTILES DE LA SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA. A) Denominación. Artículo 131. B) El objeto social. Artículo 132. C) Requisitos subjetivos y unipersonali-

(1) Como bibliografía sobre la materia puede consultarse:

- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: "Un grave error en la Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa: el administrador a merced de los minoritarios". *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, núm. 260, abril 2003, 2.ª época, pp. 1233 y ss.
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: "Sociedad Limitada Nueva Empresa". *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, núm. 260, abril 2003, 2.ª época, pp. 1247 y ss.
- REYES LÓPEZ, María José: "La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa y la empresa familiar". *Actualidad Civil*, núm. 28, semana del 7 al 13 de julio de 2003, pp. 771 y ss.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo M.ª: "Crear una empresa familiar en cuarenta y ocho horas: demasiadas prisas en la Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIII, núm. 599, pp. 1 y ss.
- AAVV: "Estudios sobre la Ley 7/2003, de 1 de abril, de Sociedad Limitada Nueva Empresa". *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 39, junio 2003, Consejo General del Notariado.

dad. Artículo 133. **D)** Los órganos sociales. Artículos 138 y 139. **E)** La contabilidad. El artículo 141. **F)** La disolución y transformación de la sociedad. Artículos 142, 143 y 144. **III.** LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA LEY. LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA. ARTÍCULO 134. **IV.** MEDIDAS FISCALES.

I. Introducción

No cabe duda que las nuevas tecnologías se van introduciendo cada vez con más fuerza en todas las esferas de la vida social. No podía ser ajeno a este fenómeno el mundo del Derecho, como pieza esencial de la convivencia, y más aún en un Estado democrático.

El estudio que aquí se pretende realizar es una buena prueba de ello, y no surge como algo sobre la marcha, sino realmente en un proceso de casi dos años de preparación, hasta conseguir ver el fruto final. En efecto, la 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, supone una aplicación práctica del desarrollo de las nuevas tecnologías, y en el campo notarial y registral, consecuencia lógica, de una normativa de carácter general, que ha regulado con anterioridad las bases jurídicas de lo que se ha denominado la incorporación de las técnicas electrónicas, telemáticas e informáticas a la seguridad jurídica preventiva, pues no olvidemos que esta Ley no hubiese podido ponerse en marcha, ni siquiera redactarse, si no hubiese existido previamente esa base normativa esencial, y que se introdujo en la Ley 24/2002, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, que regula, entre otras cuestiones, la posibilidad de que los notarios y registradores tengan firma electrónica, y además las aplicaciones prácticas que el soporte electrónico combinado con esta firma pueden ofrecer.

A todo esto, también la Administración, en su conjunto, se ha dotado de instrumentos normativos para la utilización de las nuevas tecnologías, no sólo entre la propia Administración, sino también en las relaciones de ésta con los ciudadanos.

Como siempre he defendido, son las nuevas tecnologías las que se deben acomodar a nuestro sistema jurídico, y no al revés. Si hablamos de un principio de igualdad entre el soporte papel y el soporte electrónico, ello

quiere decir, que no por el hecho de trabajar con nuevas tecnologías vamos a bajar el listón de la seguridad jurídica de la que disfrutábamos antes de esta nueva revolución tecnológica. Muy al contrario, pienso que nuestro sistema jurídico supone un valor añadido en lo que se ha denominado Sociedad de los Servicios de la Información, y más popularmente del comercio electrónico. En el campo especial de la seguridad jurídica preventiva estoy totalmente convencido que ésta supone un valor añadido de seguridad en el comercio electrónico, y que será una de las piezas claves para que el ciudadano tome y tenga confianza plena en el novedoso mundo de las comunicaciones a través de redes abiertas. Para ello, creo que en España se han puesto los cimientos adecuados, y que nuestra legislación en esta materia es una de las más avanzadas y completas.

El objeto de este trabajo es el analizar la reforma desde todos los puntos de vista, su significado, y si la misma es positiva. Para ello se analizará la reforma concreta referida a la nueva empresa, como eje fundamental de la misma, y asimismo, las reformas que se introducen en el Código Civil, fundamentalmente el artículo 1.056, y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sobre cuestiones tan trascendentales relativas a las participaciones sin voto, a la autocartera, a la transmisión de las participaciones sociales, todas ellas pensando en una realidad viva y concreta referida a lo que se ha denominado la Empresa familiar, para llegar a su protección y potenciación, así como también a los protocolos familiares y su acceso a la publicidad, que son un eje esencial en la filosofía y funcionamiento de las citadas Empresas familiares.

II. Principios generales. Aspectos jurídicos de la norma. Especialidades mercantiles de la Sociedad Limitada Nueva Empresa

La exposición de motivos revela en gran parte el origen de la norma, y el porqué de la necesidad de su aprobación, en el sentido de dotar de un instrumento manejable, ágil y eficaz que configurara la realidad existente de muchas pequeñas y medianas empresas, que bajo la forma social de la Sociedad de Responsabilidad Limitada se adaptara mejor a sus necesidades, flexibilizando y simplificando algunas cuestiones, para así fomentar la creación de nuevas empresas, pero respetando a su vez al máximo los requisitos de seguridad jurídica que el tráfico jurídico mercantil exige, y que está plasmado en la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno. Es decir, la escritura pública, con lo que ello conlleva de la intervención y la función notarial, en el contexto del Notariado Latino, y por otra parte la inscripción en el Registro Mercantil, en definitiva, el esquema de los dos pilares de la seguridad jurídica preventiva. Esto se ha respetado,

aunque en un primer momento existieran pequeñas veleidades, que pronto fueron subsanadas desde un primer momento.

Otro de los principios básicos que están en la norma es el de que no se crea ningún nuevo tipo social *ex novo*; aunque en un primer momento se barajó esta posibilidad, pronto fue rechazada, ya que existía un buen instrumento como era el de la forma societaria de la Limitada, que encajaba perfectamente en lo que se pretendía hacer, y se ajustaba al esquema de las pequeñas y medianas empresas. Lo único que había que hacer era adaptar aquellos puntos esenciales y modificar aquellos aspectos que existían en la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, para hacerlos compatibles con la idea que se tenía. En este sentido es claro el artículo 130, al establecer que: “La Sociedad Nueva Empresa se regula por este capítulo como especialidad de la Sociedad de Responsabilidad Limitada”. Asimismo existe en la citada Ley 7/2003 un artículo único, primero, por el que se adiciona un nuevo capítulo XII a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, compuesto por siete secciones y quince artículos, del 130 al 144, ambos inclusive. No debemos olvidar que las otras reformas que se hacen a la Ley de Limitadas son sobre el texto existente, y que no son específicas de la Nueva Empresa, sino del régimen general de las Limitadas, del que por supuesto se aplica a la Nueva Empresa, pero su modificación es general para todas las Limitadas y, como he dicho anteriormente, está orientada, no cabe duda, a necesidades específicas que venían demandadas por las Empresas familiares fundamentalmente, y que tendremos ocasión de explicar en otro momento de este trabajo.

Otra idea que queda en la Ley definitiva es el carácter no de temporalidad de esta Nueva Empresa. En algunos borradores sobre los que se trabajó estaba expresamente consignado un período transitorio para esta Nueva Empresa y la necesidad de que se transformara en una Limitada pura y dura, y para ello se preveía un período de duración, transcurrido el cual sería necesario transformarse en una Limitada pura, y si así no se hacía se produciría su disolución *ope legis*. Esta posibilidad fue cambiada, ya que se pensó que, desde el punto de vista práctico, ello no sería bueno por la realidad de los acontecimientos, entre otros motivos porque muchas sociedades iban a fracasar en ese intento de transformación, no se iba a hacer en la práctica, y nos íbamos a quedar con sociedades disueltas que, en cambio, estarían operando en el tráfico jurídico. Además de no tener sentido esta visión, ya que no estábamos hablando de un nuevo tipo societario, y de otra parte tampoco había necesidad de obligar a cambiar sus estatutos, ya que, si lo que se pretendía era evitar un fracaso de la empresa, no había necesidad de poner trabas innecesarias y dejar que la sociedad continuara con el esquema y esencia por las que fue constituida.

A) Denominación. Artículo 131.

Uno de los puntos más novedosos es el de la denominación de esta sociedad, porque difiere del esquema básico operado en las sociedades de capital, frente a las personalistas. Como todas las cuestiones, existe un trasfondo y una explicación a ello. De una parte, como bien se conoce, la Sociedad de Responsabilidad Limitada, a pesar de ser claramente una sociedad de capital con clara limitación de la responsabilidad de los socios a su participación en el capital social, no cabe la menor duda que es una sociedad más cerrada y con tintes personalistas que la diferencian de las Anónimas. En el caso concreto de la Nueva Empresa, este carácter se acentúa más, y está en el trasfondo del articulado que la regula, en cuanto al número de socios, en cuanto al régimen de transmisión de las participaciones, etc. Hasta aquí podría ser una explicación del porqué de este tratamiento que da la Ley a la denominación social. Pero ciertamente hay otro de carácter práctico muy importante, aunque sin gran justificación jurídica. El proceso de constitución y de inscripción de la nueva empresa se hace en un tiempo récord, y para ello hubo que ir salvando obstáculos reales y ciertos. Uno de ellos era la obtención de la certificación de denominación social en un tiempo récord, y no cabe duda que con el sistema existente era imposible por la lógica de la calificación del registrador mercantil central, en cuanto a la comprobación y constatación de sociedades con otra o con parecida denominación, lo que provocaba en la práctica una imposibilidad material de poder hacerlo. Por ello se acudió a la fórmula de crear en el Registro Mercantil Central una subsección.

El artículo 131 de la Ley de Limitadas establece lo referente a la denominación de la siguiente manera:

1.º La denominación estará formada por los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores, seguidos de un código alfanumérico que permita la identificación de la sociedad de manera única e inequívoca. Por Orden del Ministerio de Economía se regulará el procedimiento de asignación del código. En efecto, para resolver esta cuestión, que fundamentalmente se perfila en la Ley de esta manera, es para conseguir un automatismo casi inmediato a la hora de expedir la certificación de la denominación de la sociedad, cosa que sólo podía conseguirse a través de un procedimiento muy automático, con asignación de un código que era diferente para cada sociedad, y de esta manera, a la hora de solicitarse una nueva certificación para otra sociedad, automáticamente se detectaría si pudiese haber otra sociedad igual, cosa que en la práctica sería casi imposible por la asignación del código alfanumérico. De ahí la explicación del sistema, y el porqué de esta denominación tan extraña. Cuestión de pura

operatividad y nada más. Ciertamente se podría haber pensado en otro sistema distinto del nombre de uno de los socios, pero esto fue lo que se plasmó.

Desde el punto de vista práctico, esta forma de establecer la denominación puede suponer un efecto disuasorio a la hora de constituir este tipo de sociedades, ya que hay muchos socios que no quieren que su nombre aparezca en la denominación social.

Para conseguir este código, nos encontramos con dos disposiciones, que son la Instrucción de 30 de mayo de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, con relación a la entrada en vigor de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, y la Orden ECO/1371/2003, de 30 de mayo, por la que se regula el procedimiento de asignación del Código ID-Circe, que permite la identificación de la Sociedad Limitada Nueva Empresa y su solicitud en los procedimientos de tramitación no telemática. La primera fue publicada en el *BOE* el 12 de junio y la segunda el 31 de mayo.

No debemos olvidar que la reforma estaba en marcha tras aprobarse la Ley 7/2003, que fue publicada en el *BOE* el 2 de abril, y que, según su disposición final quinta, entraba en vigor a los dos meses de su publicación, es decir, a primeros de junio. Esto determinaba que para que el procedimiento se pusiera en marcha era necesario el prever todos los detalles, sobre todo porque no se sabía cómo iba a funcionar el proceso telemático, pero en definitiva, cualquier ciudadano tendría derecho a exigir el cumplimiento de la Ley. Es decir, las dos normas son compatibles, más aún cuando la instrucción especifica más claramente y al detalle la operatividad del Registro Mercantil Central, sobre todo lo referente al asiento de presentación. Además, la Instrucción es esencial para un aspecto no solucionado del todo con todas las Comunidades Autónomas, como es el relativo al pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en la modalidad de Operaciones Societarias, pues como bien se sabe este impuesto está transferido, correspondiendo la gestión a las citadas Comunidades Autónomas. De ahí que la Instrucción sea fundamental, como luego indicaremos, para resolver estas cuestiones. En definitiva, se estaban cubriendo todas las posibilidades, en el sentido de que no se pudiera realizar toda la tramitación por procedimientos telemáticos, incluso aun cuando el emprendedor sí lo quisiera, pero fundamentalmente estaba orientado, como específicamente indica la Orden, en los supuestos de tramitación no telemática, cuando el emprendedor así lo hubiera establecido, conforme se prevé en el artículo 134 de la Ley de Limitadas.

El procedimiento sería de la siguiente manera: El código que se asigna y las normas de su regulación lo son con independencia del sistema de

tramitación que se realice, ya sea la telemática o la presencial, como permite la Ley en el artículo 134.

El código será generado por el Sistema de Tramitación Telemática STT-CIRCE, y la administración y gestión de este sistema corresponde al Ministerio de Economía, a través de la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa. El ID-CIRCE está compuesto por una secuencia con diez caracteres alfanuméricos. Los primeros nueve caracteres son dígitos decimales y el décimo es una letra simple mayúscula, de acuerdo con una estructura que se define en la Orden citada de 30 de mayo, y por el procedimiento allí establecido se compondrá el ID-CIRCE.

Como dijimos, el emprendedor puede que no quiera la tramitación telemática del procedimiento global de la Nueva Empresa diseñado en todo el esquema de la Ley. El emprendedor deberá obtener este código a través del sitio *web* del sistema CIRCE, pudiendo acceder al mismo o acudir a cualquiera de los puntos de Asesoramiento e Inicio de tramitación, los denominados PAIT, incluidas las Ventanillas Únicas Electrónicas, VUE, para obtenerlo. Posteriormente, al analizar el Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, veremos lo que significan estos Puntos de Asesoramiento.

Tanto la Instrucción como la Orden establecen que la generación del ID-CIRCE no supone, en ningún caso, la reserva automática de la denominación social, ya que el emprendedor deberá presentar la solicitud de denominación en el Registro Mercantil Central. Esta solicitud de la denominación social podrá presentarse en el Registro Mercantil Central durante veinticuatro horas de cada día; dice la Instrucción que podrá realizarse también por el notario desde la notaría a instancia del emprendedor, y al menos en la solicitud deberán constar los apellidos y nombre de uno de los socios fundadores seguidos del código alfanumérico asignado, el beneficiario del nombre social a cuyo favor ha de practicarse la reserva y expedirse la certificación, y que habrá de coincidir necesariamente con el que figura en la expresión denominativa. Asimismo, el presentante formal de la solicitud, y por último la forma de retirada o recogida de la denominación. Si ésta se expide en soporte papel, se hará por los procedimientos ordinarios, y si es en soporte electrónico, la certificación de la denominación será remitida por vía telemática, con la firma electrónica avanzada del registrador mercantil central, y en este caso sólo podrá ser enviada al notario, y ello por relación a la normativa reguladora de la incorporación de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva, y ello por razones de seguridad, al igual que ocurre con la remisión de las copias autorizadas electrónicas en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

Una vez realizados estos procedimientos, el emprendedor aportará al notario el correspondiente certificado de reserva de denominación social

expedido por el registrador mercantil en soporte papel, salvo en los supuestos en que el notario ya lo tenga.

A continuación, la Instrucción aclara cuestiones de carácter técnico registral en el sentido que, conforme al artículo 248 de la Ley Hipotecaria, tras acceder al Registro Mercantil Central una solicitud de denominación social, se practicará en aquél inmediatamente el correspondiente asiento de presentación correlativo y referido a la subsección especial de llevanza informática abierta en la sección de denominaciones, siéndole comunicado al presentante este hecho y el número del pertinente asiento.

Por su parte, la Orden citada establece que el socio fundador que vaya a ser titular de la denominación social indicará su nombre y dos apellidos, número de Documento Nacional de Identidad y su dirección completa.

El artículo 131 de la Ley de Limitadas establece que en la denominación de la compañía deberá aparecer y figurar necesariamente la indicación “Sociedad Limitada Nueva Empresa”, o su abreviatura, “SLNE”, como consecuencia lógica de la especialidad que se trata, al igual que ocurre, por ejemplo, en las Sociedades Laborales, que pueden ser tanto Anónimas como Limitadas, tras su última reforma.

Por otra parte, se indica en el apartado 4 del citado artículo el principio general de que la denominación social 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.

Como colofón, este apartado indica algo a lo que ya hemos hecho referencia y que aparece reflejado en la Orden y la Instrucción antes comentadas, y que es principio básico del sistema de esta denominación, y es que el beneficiario o interesado a cuyo favor se expida la certificación coincidirá necesariamente con el socio fundador que figura en la expresada denominación, y ello es consecuencia lógica del carácter y composición de la propia denominación que en este aspecto se asemeja totalmente a las sociedades de corte personalista.

Por último, se establece que la certificación de denominación podrá pedirse indistintamente por un socio o por un tercero en su nombre.

Una cuestión importante es la relativa a lo que puede ocurrir cuando el socio cuyo nombre aparece en la denominación sale de la sociedad por diversas causas. El problema es saber si hay que pedir una nueva denominación con el nombre de otro socio, o puede quedar la misma, con el nombre del socio que ha salido. En este sentido, el artículo 140 de la Ley de Limitadas, relativo a la Modificación de los Estatutos, establece con claridad esta cuestión al indicar 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 nom-

bre y los apellidos de uno de los socios". Este precepto tiene perfecta lógica con el esquema de estas sociedades, que, aun siendo capitalistas, pienso que acentúan en algunos aspectos tintes personalistas.

En cuanto a los requisitos constitutivos, regulados en el artículo 134 de la Ley, me remito al siguiente epígrafe, puesto que en la gran mayoría de los casos se realizará, utilizando técnicas telemáticas, informáticas y electrónicas, aunque la Ley contempla varias posibilidades. Si la tramitación es totalmente telemática, el certificado de denominación se remitirá al notario por esta vía telemática, como explicamos en un epígrafe posterior, y todo ello integrado en el CIRCE.

B) El objeto social. Artículo 132.

Otra de las cuestiones novedosas es la relativa al objeto social, del artículo 132, ya que en la filosofía de la Ley gira lo que ya hemos indicado en otras partes de este trabajo, es decir, la rapidez en su período de constitución, y sobre todo en la inscripción en el Registro Mercantil, por lo que se pretende que todo esté lo más tasado posible, y uno de los puntos que pueden evitar esto es el objeto social, por ello se opta por tasar los objetos sociales, con sus nombres y apellidos, para que no haya ninguna duda, y por ello se habla de actividad agrícola, ganadera, forestal, pesquera, de construcción, comercial, turística, de transportes, de comunicaciones, de intermediación de profesionales, o de servicios en general. Como vemos, se cubre un gran espectro de actividades que se incluyen en el objeto social, pero debe transcribirse literalmente alguna de ellas o todas. En el mismo sentido gira el apartado segundo del citado artículo, ya que los socios pueden querer incluir además una actividad singular en el objeto social, pero si ésta se incluye, y hay calificación negativa del registrador, se puede inscribir la sociedad sin esa actividad singular, siempre que los socios lo consientan expresamente en la propia escritura de constitución o posteriormente. Alguien puede poner como objeto social la actividad ganadera, y como actividad singular otra distinta de las contempladas en la Ley específicamente. Esto puede dar lugar a la calificación negativa, en este caso sólo se inscribiría la actividad ganadera, por el juego antes indicado, pero no se paraliza la inscripción. No obstante, hay que tener en cuenta que con el elenco de actividades explicitadas en el artículo 132, el espectro es bastante grande, teniendo en cuenta que la Ley permite que se incluyan todas.

Asimismo, hay unas exclusiones de la ley desde el punto de vista objetivo, como son los objetos que requieran necesariamente la forma de anónima, como pueden ser las sociedades de bancos, o aquellas cuyo ejercicio implique objeto único y exclusivo como, por ejemplo, las de seguros.

Tampoco podrán utilizar esta forma social aquellas sociedades a las que se les aplique 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. Está haciendo referencia a las típicas sociedades de tenencia de bienes y administración. En este caso lo que se quiere es que la ley se oriente a una actividad de desarrollo, y no para cubrir aspectos impositivos que tan de moda están.

C) Requisitos subjetivos y unipersonalidad. Artículo 133.

Sólo podrán ser socios de la sociedad las personas físicas. Este elemento se ha mantenido en casi todos los borradores desde el principio, quizá por el especial carácter de esta sociedad y su finalidad. De otra parte, en el momento de la constitución sólo podrán ser cinco socios, aunque en un momento posterior puedan ser más, por ejemplo, al transmitirlos a otros terceros. Esa circunstancia fue cambiando en los diferentes borradores, ya que en un principio se establecía que en ningún momento la sociedad podría superar el número de cinco.

El artículo 133 dedica un apartado especial a la Unipersonalidad, para decir, de un lado, que no podrán ser socios únicos de una Sociedad Nueva Empresa quienes ya lo sean de otra Sociedad Nueva Empresa. El control de esta circunstancia, al no existir libro de socios, se realiza en la escritura de constitución unipersonal, donde el socio único manifestará que no ostenta la misma condición en otra Sociedad Nueva Empresa. Esto, bien en la Escritura de Constitución o en la que se adquiriera tal carácter de Unipersonalidad. Por supuesto, la declaración de unipersonalidad podrá hacerse, en su caso, en la misma escritura de la que resulte dicha situación.

Los artículos 135, 136 y 137 regulan el régimen del capital social y de las participaciones sociales.

En cuanto al capital social, se establece un máximo y un mínimo. Esta es la novedad, establecer un máximo, ya que las Anónimas y las Limitadas normales tienen sólo un mínimo de capital social, pero no un máximo. El mínimo será de tres mil doce euros y el máximo de ciento veinte mil doscientos dos euros. Es decir, el mínimo es el de las Limitadas con carácter general, aunque con la curiosidad de que está por encima del mínimo legal de las Limitadas, por unos cuantos euros, y en cambio el tope máximo es el doble del capital mínimo para las Anónimas. En cuanto a las cifras, en los diferentes borradores hubo cambios en uno y otro sentido.

En lo referente al desembolso, la Ley establece que la cifra de capital mínimo sólo podrá estar desembolsada mediante aportaciones dinera-

rias. En algún borrador se establecía que sólo podrían darse aportaciones dinerarias para facilitar la constitución, pero posteriormente se pensó, y creo que acertadamente, que justamente muchos pequeños empresarios querían aportar sus útiles y elementos y bienes que configuraran su negocio.

En lo referente a la transmisión de las participaciones sociales, el artículo 136 hace referencia a la transmisión voluntaria por actos *inter vivos*, indicando que sólo podrá hacerse a favor de personas físicas, limitación que no ocurre en los casos generales de las Limitadas.

No obstante, si adquirieran personas jurídicas las participaciones, imaginamos que por los supuestos de transmisiones forzosas, o por acto *mortis causa*, el apartado 3 del citado artículo obliga a que deben ser enajenadas en el plazo de tres meses, contados desde su adquisición a favor de las personas físicas. Si no se llegara a realizar esta enajenación, la Sociedad Nueva Empresa quedará sometida a la normativa general de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, es decir, como consecuencia lógica debería aplicarse el artículo 144, que hace referencia a la continuación de operaciones en forma de Sociedad de Responsabilidad Limitada, tomándose el acuerdo pertinente de la Junta general con la adaptación de los estatutos. Ésta sería la conclusión normal, pero puede ocurrir que esto no se haga y en este caso podrá darse la responsabilidad de los administradores si no se adopta el correspondiente acuerdo. Imaginamos que la responsabilidad de éstos dependerá si han tomado o no las medidas necesarias para convocar una nueva Junta que tome el acuerdo correspondiente. Nada dice la Ley de lo que puede pasar si no se adopta, por el motivo que sea, solamente indica que queda sometida a la normativa general de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, pero no hace referencia a una disolución de pleno derecho.

El artículo 137 regula la acreditación de la condición de socio. Como novedad no se exige la llevanza del libro-registro de socios, acreditándose la condición de socio mediante el documento público en el que se hubiese adquirido la misma. No obstante lo anterior, no es incompatible la llevanza de libro de socios, ya que pienso que podrá ser muy útil en muchos momentos, como por ejemplo para la constancia del domicilio a efectos de notificaciones. En el supuesto de constitución de derechos reales limitados sobre las participaciones, habrá que notificar al órgano de administración mediante la remisión del documento público en el que figure. En este caso, al utilizar la palabra documento público, es ineludible que entendamos escritura pública, por el régimen general de las Limitadas en esta materia, y más bien se trata de una imprecisión al redactar la norma.

Como obligación general, el órgano de administración deberá notificar a los restantes socios la transmisión, constitución de derechos reales o el

embargo de las participaciones, siendo responsable de los perjuicios por el incumplimiento de esta obligación.

D) Los órganos sociales. Artículos 138 y 139.

En efecto, existen modificaciones con respecto a la normativa general, tanto en la convocatoria de la Junta general, como en el órgano de administración.

Se suprime la necesidad de la publicación de los anuncios de convocatoria en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en los diarios. Por otra parte, se establece una doble posibilidad para convocar.

Por una parte, puede realizarse la convocatoria mediante correo certificado con acuse de recibo al domicilio señalado, y también 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 cuanto al correo certificado, ciertamente lo que se prueba es que se ha enviado, pero no el contenido, aunque ello puede soslayarse, con la posibilidad, que en la práctica se hace, de acudir a la oficina de Correos, llevar una fotocopia del contenido que se envía para ser sellada en la propia oficina. En cuanto a la convocatoria por procedimientos telemáticos, no cabe la menor duda que es necesario defender el derecho del socio a que tenga conocimiento efectivo de ese envío. El problema esencial es que el envío del mensaje no sea alterado o manipulado y que además exista constancia de que ha sido recibido.

Para ello es necesario estudiar todas las posibilidades que se pueden dar, ya que el mensaje se puede haber enviado a través del servidor, recibirlo en el ordenador el destinatario y éste no abrirlo.

Quizá por ello debería de haberse matizado con mayor detenimiento estas circunstancias. Al hablar de acreditación fehaciente, puede aplicarse el artículo 114 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, donde se prevé la posibilidad de que el notario acredite que un mensaje en un determinado momento se ha enviado a un destinatario. Una de las posibles interpretaciones en cuanto a esta forma de realizar las notificaciones es que se pueden utilizar las dos alternativamente, y no sólo una de ellas, y esto por la propia dicción del artículo, y por los Estatutos Orientativos, que se publicaron por Orden Ministerial, como ya hemos indicado en otro epígrafe de este trabajo, donde da la sensación de poder establecer los dos medios en los Estatutos, a diferencia de lo que ocurre en el régimen general de las Limitadas

En cuanto al órgano de administración, existen novedades con relación a la regla general. De una parte, no se admite la administración colegiada

a través de un Consejo de administración, y se prevén las formas de administración única, de administración solidaria y de administración mancomunada, y como consecuencia la representación de la sociedad y la certificación de los acuerdos sociales corresponderá, o al administrador único, o a uno cualquiera de los administradores solidarios, y para el supuesto de existir varios administradores mancomunados, la representación será de dos cualesquiera de ellos. Es decir, en este último supuesto, por la propia dicción de la norma, si existen tres administradores mancomunados, no se puede establecer que los tres sean los representantes, sino dos cualesquiera de ellos.

Otra novedad es que para ser administrador hay que tener la condición de socio, cosa que no ocurre en el régimen general, y de otra parte, que el cargo podrá ser retribuido en la forma y cuantía que decida la Junta general. Este procedimiento en mi opinión es mucho más flexible que el general para las Limitadas, ya que la Junta puede decidir esto sin necesidad que conste en los estatutos, con los problemas que ello ha conllevado, y las varias Resoluciones del Centro Directivo que sobre la materia se han dictado.

De otro lado, como novedad, se establece que el cargo de administrador lo es por tiempo indefinido, y únicamente se podrá nombrar administrador por tiempo determinado en un momento posterior a la constitución de la sociedad. Como vemos, también hay alteración con respecto al régimen general.

Uno de los puntos más conflictivos en cuanto a la administración es el del apartado 5 del citado artículo 139, en cuanto a la remoción del cargo de administrador. Por un lado, se permite la remoción por la mayoría prevista en el artículo 53.1, sin que los estatutos puedan exigir una mayoría superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones, y de otro lado, y he aquí lo curioso, el socio afectado por la remoción de su cargo de administrador no podrá ejercer el derecho de voto, excluyéndose y deduciéndose del capital social sus participaciones, para el cómputo de la mayoría de votos exigidos. Con este mecanismo, se puede estar removiendo el cargo y nombrándolo indefinidamente, ya que en una sociedad de dos socios, si el socio mayoritario es administrador, y su participación es del 90 por 100 en el capital social, al excluirse su participación para la votación, el socio que tenga el 10 por 100 puede perfectamente provocar esa remoción, y acto seguido el socio mayoritario puede volver a nombrar, con lo que claramente la minoría, muy minoritaria, tiene prevalencia sobre la mayoría del capital social. Este hecho es sorprendente en sociedades de capital (2).

(2) Sobre este tema en concreto, y dando posibles soluciones para salir del problema planteado por el artículo 139.5, *vid.* ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, ob. cit., pp. 1233 y ss.

No obstante, y siendo muy caritativo, por encontrar una justificación se puede pensar que estamos en una Limitada, con caracteres muy especiales, donde se pretende que haya una máxima cohesión y un consenso de los socios, porque a pesar de ser una sociedad de capital, el tinte personalista se acentúa más en la Nueva Empresa, y la operatividad de este apartado quinto es ciertamente el mecanismo que se establece para las sociedades colectivas. No obstante, y a pesar del esfuerzo que he realizado por entenderlo, no cabe duda que este tema frenará la constitución de Sociedades Limitadas Nueva Empresa.

E) La contabilidad. El artículo 141.

Uno de los propósitos del legislador era flexibilizar y aligerar al máximo algunos trámites y requisitos de esta Sociedad Nueva Empresa, por ello se prevé un régimen de contabilidad simplificado para el cumplimiento en materia de información contable y fiscal. Por informaciones recibidas, esta simplificación de los registros contables se orienta a través de un único libro contable, el libro-diario. La idea es que se puedan elaborar unas cuentas más simplificadas que incluso las abreviadas. Se está trabajando sobre el tema para sacar una norma que regule esta cuestión.

F) La disolución y transformación de la sociedad. Artículos 142, 143 y 144.

Como dijimos anteriormente, la idea primitiva de los primeros borradores era que esta Nueva Empresa tuviera una vida transitoria, y transcurrido un plazo debería disolverse o transformarse. Esta idea fue desechada, y la nueva Ley no la contempla, por eso al hablar de la disolución se remite a las causas generales de la Ley de Limitadas y además 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, y también por resultar aplicable el régimen de las sociedades patrimoniales, y ello como consecuencia lógica de lo previsto en el artículo 132.4 de la Ley de Limitadas.

La disolución requerirá el acuerdo de la Junta general y será de aplicación el artículo 105 de la Ley.

El artículo 143 prevé la transformación de la Sociedad Nueva Empresa en sociedad colectiva, sociedad civil, sociedad comanditaria, simple o por acciones, sociedad anónima, sociedad cooperativa, así como en agrupación de interés económico. Lo que no está permitido es al revés, es decir, que una colectiva pueda transformarse en una Nueva Empresa, quizá por el carácter especial de la normativa de la Nueva Empresa.

Este artículo está en íntima conexión con el artículo 144, y el 140.2 de la Ley, ya que no se considera que hay transformación en el sentido técnico en una sociedad de responsabilidad limitada, ya que en la Nueva Empresa, su forma social es la de responsabilidad limitada, por ello el artículo 144 regula la continuación de las operaciones en forma de sociedad de responsabilidad limitada, mediante el acuerdo de la Junta general y adaptación de los estatutos sociales, bastando la mayoría del artículo 53.1 de la Ley de Limitadas, y teniendo en cuenta que la escritura de adaptación de los estatutos deberá presentarse a inscripción en el plazo máximo de dos meses desde la adopción del acuerdo.

Todo esto también está relacionado con el artículo 140, de modificación de estatutos, donde el margen de maniobra es muy escaso, quizá por la propia esencia de la Nueva Empresa y por el recuerdo de que en los primeros borradores la sociedad se planteaba como temporal, y quizá ha quedado en este artículo 140 esa vocación de temporalidad.

Decimos esto ya que sólo se permite en la Nueva Empresa modificar su denominación, por supuesto con respeto a lo establecido en el artículo 131, su domicilio social y su capital social dentro de los límites máximo y mínimo establecidos en el artículo 135. Claro está, podrá modificar todo ello si se aplica el artículo 144, referente a la continuación de operaciones en forma de sociedad de responsabilidad limitada.

Como regla general en la modificación, en el supuesto de aumento de capital por encima del límite máximo del artículo 135, en el acuerdo deberá establecer si optan por transformarse en otro tipo social o si van a continuar sus operaciones en forma de sociedad de responsabilidad limitada conforme al artículo 144.

En cuanto al supuesto previsto en el apartado 3 del citado artículo 140, sobre la denominación social, nos remitimos a lo que ya comentamos en el epígrafe correspondiente a la hora de analizar el artículo 131.

III. Las nuevas tecnologías en la Ley. La seguridad jurídica preventiva.

Artículo 134

No cabe duda que tanto de la propia Ley como de las normas que la desarrollan, las nuevas tecnologías juegan en la aplicación y puesta en práctica del mecanismo operado en la Ley un papel predominante. Tanto es así que me atrevería a decir que se trata de un proyecto de carácter global e integrado en la Administración Pública, y uno de los punteros en el Derecho comparado, siendo citado en bastantes foros internacionales por su novedad y por lo que sirve de precursor cara al futuro.

En la propia exposición de motivos de la Ley, en diversos apartados

sale a menudo la terminología típica en estas cuestiones, como electrónico-telemática, nuevas tecnologías, el documento único electrónico y un largo etcétera. Baste, a modo de ejemplo, un párrafo de esta exposición de motivos cuando dice "... El impulso a la creación de empresas tiene que basarse en la resolución de todos aquellos problemas que suponen una importante barrera para los emprendedores que deciden iniciar una actividad empresarial. El Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE) 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... Con el objetivo de agilizar al máximo los trámites administrativos necesarios para la constitución y puesta en marcha de las empresas, el proyecto contempla la posibilidad de realizar los mismos por procedimientos telemáticos. A tal efecto se define el documento único electrónico como elemento básico para realizar telemáticamente los trámites antes mencionados en un solo documento administrativo, de todos los datos requeridos para la realización efectiva de los trámites mencionados..."

Con ello queda clara la idea del legislador, pero también, y esto es un punto esencial que algunos no quieren entender, basándose en los principios de seguridad jurídica que en este momento gozan los ciudadanos en el soporte papel. Es decir, lo que siempre he defendido, igualdad sí, pero con las mismas garantías en ambos soportes, sin rebajar un ápice las mismas. Es decir, entre otros aspectos, respetando el sistema de seguridad jurídica preventiva del tráfico jurídico mercantil, la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil. La Ley está llena de referencias en su articulado a esta cuestión, tanto desde la propia exposición de motivos como en el propio articulado y en las disposiciones adicionales. Baste ahora transcribir de la exposición de motivos el siguiente apartado: "Para garantizar la seguridad jurídica, la norma se sustenta en la legislación reguladora de la utilización de la firma electrónica, tanto en las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos como entre éstas y los notarios y registradores mercantiles, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio".

El artículo 134 de la Ley hace referencia a la constitución de la Sociedad.

En su apartado 1 se enumera un principio general al que ya aludimos, y típico en el campo societario español, como es la necesidad de escritura pública para la constitución de la Sociedad Nueva Empresa, para su válida constitución, y la inscripción en el Registro Mercantil, adquiriendo con la citada inscripción su personalidad jurídica. No voy a extenderme en este punto, que es regla general, y sobre el cual se ha escrito y es

peculado mucho. Por otra parte, se sigue el esquema general de poder incluir los socios los pactos y convenciones que tengan por conveniente, siempre que no contravengan lo prevenido en este capítulo. Sobre esta cuestión, sí que quisiera hacer una reflexión. En efecto, como en otras sociedades, se prevé esta posibilidad, pero ciertamente lo que se ha querido en mi opinión es que la voluntad de los socios quede bastante limitada en cuanto a su autonomía, a diferencia de los tipos generales societarios. Ello tiene una explicación, quizá no muy jurídica, pero sí bastante práctica, como es el evitar conflictos que pudieran retrasar el proceso de constitución de la sociedad y en concreto con los problemas de la inscripción registral. Se quiere en la Ley que casi todo esté muy tasado para impedir lo que antes he indicado. Existen muchos ejemplos de esto, pero uno de ellos es el relativo al objeto social, al que anteriormente nos hemos referido, regulado en el artículo 132 de la Ley. Como ya dijimos, se intenta evitar cualquier conflicto en la calificación fundamentalmente. De esa misma manera, podemos apreciar la existencia de unos estatutos orientativos, que surgen por primera vez en nuestro ordenamiento, y que no cabe duda que tienden a un cierto criterio uniformador, tendente a facilitar el proceso contemplado en la Ley. En definitiva, creo que todos los operadores han tenido que ceder en parte para llegar al resultado final.

El apartado 2 es el que específicamente empieza ya a establecer novedades con respecto a los tipos generales societarios, ya que determina con claridad que: “Los trámites necesarios para el otorgamiento e inscripción de la escritura de constitución de la Sociedad Nueva Empresa podrán realizarse a través de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas...”. Pero también dice algo esencial, que es que este empleo lo debe ser de acuerdo con arreglo a lo dispuesto en la normativa específica reguladora de estas cuestiones, y especialmente las que regulan el empleo de las mismas por los notarios y registradores y las Administraciones Públicas. Asimismo, cuando se dice en el apartado 3, en su inciso final, que existan notificaciones y remisiones de documentos, cuando los realicen los notarios y registradores mercantiles, lo será con su firma electrónica avanzada, de acuerdo con lo establecido en su legislación específica.

Cuando en el apartado 2, párrafo 2, que hace referencia a la remisión telemática por el notario de la copia autorizada de la escritura, se entiende copia electrónica, al Registro Mercantil, se indica que sólo podrá remitirse por el notario, no por otra persona distinta, y además añade, de conformidad con la normativa específica, de la incorporación de estas técnicas a la seguridad jurídica preventiva, que no es otra que la tan citada Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas, en su artículo 112, en relación con el nuevo artículo 17 bis de la Ley del Notariado, así como en su caso a otros registros, o Administraciones Públicas cuando ello sea necesario. En la

disposición adicional octava, que se refiere al DUE, en su apartado 2, se vuelve a hacer hincapié sobre la cuestión, al decir que: “La remisión del DUE se hará mediante el empleo de técnicas electrónicas informáticas y telemáticas, teniendo en cuenta lo previsto en las legislaciones específicas”. En la disposición adicional novena, relativa a la colaboración social, en su apartado 6, vuelve a dejar claro lo anterior, al establecer que: “Todo lo anteriormente previsto en los apartados anteriores lo será 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”. Puede parecer reiterativa esta circunstancia, pero personalmente creo que era muy necesario el explicitarlo, aunque desde un punto de vista general no hubiera sido necesario, por el juego de la Ley general y Ley especial, pero en esta materia tan novedosa, a veces la Ley, so pena de perder una correcta técnica legislativa, tiene que tener un aspecto didáctico, y esto se evaluó grandemente al elaborar los diferentes textos, hasta llegar al Anteproyecto, que fue aprobado para su discusión parlamentaria.

Cuando la tramitación es telemática entra en juego lo que ya habíamos reseñado, el CIRCE, el Sistema de Tramitación Telemática, y el DUE, que es el Documento Único Electrónico de carácter administrativo. Para ello hay que tener en cuenta la propia disposición adicional octava de la Ley de Limitadas, en conexión con el desarrollo que se opera en el Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, por el que se regula el sistema de tramitación telemática a que se refiere el artículo 134 y la disposición adicional octava de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Intentaré hacer un resumen lo más claro posible de lo que se deduce de todos estos textos citados.

Todo comienza en los PAIT, que son los puntos de asesoramiento y de inicio de la tramitación. Allí acude el emprendedor. Estos puntos pueden ser de la propia Administración, o por convenios, con otras entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro. En la actualidad, en Madrid, la Cámara de Comercio es un PAIT. Asimismo, a través de la denominada Ventanilla Única Empresarial, creada al amparo del Protocolo de 26 de abril de 1999.

El emprendedor en esos puntos deberá dar una serie de datos que están especificados en el anexo I del citado Real Decreto de 7 de junio, como los relativos, entre otros, a los datos de los socios, denominación social, a la actividad de la empresa, elección del medio de notificación, etc., situación tributaria, datos para la formalización de la cobertura de las contingencias profesionales, datos de inscripción del empresario y apertura del CCC en el sistema de la Seguridad Social, datos relativos a la asignación del número de la Seguridad Social, etc.

Todos estos datos se incorporan al DUE, para que vayan viajando telemáticamente a las diferentes Administraciones implicadas.

El primer lugar es la notaría, como punto esencial en la constitución de la sociedad. Allí el notario, en su pantalla, tendrá los datos aportados por el emprendedor, sobre el número de socios, el capital social, la denominación, el estado civil, el régimen económico matrimonial, etc. El notario deberá comprobar si esos datos están bien o hay cambios en alguno de ellos y tiene la posibilidad de cambiarlos y alterarlos, para que en el DUE vayan correctos. Previamente el notario elegido lo ha sido porque en el PAIT aparece una lista de los notarios correspondientes para autorizar la constitución de la sociedad. Desde allí se envía un correo electrónico al notario para fijar la cita, y éste contesta indicando la confirmación del día y de la hora. Incluso desde el punto de vista práctico podría ponerse el notario en contacto con el emprendedor para perfilar algunas cuestiones, y que así el día de la firma no haya problemas de última hora.

Previamente, el emprendedor debe haber obtenido el certificado bancario de la aportación dineraria, que es imprescindible para que el notario pueda autorizar la escritura pública de constitución. Además será necesario el certificado de denominación social del Registro Mercantil Central. Éste habrá sido solicitado desde el PAIT, con los datos correspondientes, y la certificación de denominación será remitida al notario, telemáticamente, y éste la pasará después a soporte papel para incorporarla a la escritura de constitución de la sociedad.

Posteriormente el notario incorpora al DUE algunos datos, como los de la fecha de la autorización de la escritura, el lugar de otorgamiento, el notario autorizante y el número de protocolo, como establece la letra c) del anexo II del Real Decreto 682/2003, de 7 de junio.

Previamente se deberá hacer el pago del impuesto, para ello habrá que remitirse por el notario una copia simple electrónica de la escritura a la Comunidad Autónoma que gestiona el impuesto de operaciones societarias. Para ello, en la práctica, se remite por el notario el justificante que se ha pagado. Las posibilidades de realizarlo en la práctica son variadas, y todo depende del mecanismo que esté en marcha en cada Comunidad Autónoma, para realizar el pago, y en general para la tramitación, en cuanto a la liquidación y pago por medios telemáticos.

Una vez realizado esto, el notario remitirá la copia autorizada electrónica de la escritura de constitución al Registro Mercantil.

Una vez realizado esto, hay que decir que los requisitos y la forma de remisión de la copia autorizada electrónica al Registro Mercantil lo será cumpliendo la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de marzo de 2003, que contempla la comunicación Nota-

rias-Registros Públicos, en cuanto a la presentación de los títulos públicos en el Registro.

En la actualidad, y debido a unos acuerdos entre ambas partes y a fin de facilitar la labor registral, se envía un mensaje electrónico, que consta de un encabezamiento en el lenguaje XLM, donde van unos datos básicos como, entre otros, el notario autorizante, el lugar, la fecha, número de protocolo, nombre de los socios, capital social, número de participaciones, el nombre del administrador, etc. Es decir, unos datos básicos.

A continuación, el procedimiento en este aspecto es el diseñado con carácter general por la citada Instrucción de la DGRN de 18 de marzo de 2003. En ese mensaje, y eso es lo importante, va la copia autorizada electrónica de la escritura de constitución que se envía en formato PDF, y se firma con la firma electrónica del notario. Asimismo, todo el mensaje que se envía se firma con la firma electrónica del notario. La copia va de la notaría al servidor del Consejo General del Notariado, y de allí al servidor de CIRCE, y éste se encarga de su direccionamiento al Registro Mercantil pertinente. En ese mensaje, una vez que llega al servidor del Consejo, se acompaña una certificación maestra, donde se acredita y se garantiza que el notario está en activo en el momento de enviar la copia y de firmarla, ya que la Instrucción de 18 de marzo ya citada determina que el notario que expide la copia electrónica debe ser el mismo que la envíe; de esta manera se evitan más problemas y se da mayor seguridad.

Asimismo, el notario deberá enviar una copia simple electrónica a la Administración Tributaria, es decir, la Agencia Estatal, para la obtención del NIF provisional.

En la notaría se deberán recibir diversos mensajes, uno de la Comunidad, con el justificante correspondiente del pago del impuesto, otro del primer registro de entrada en el Registro Mercantil, otro del asiento de presentación, y de los datos de inscripción en el Registro Mercantil, y la notificación del NIF provisional. Todo ello el notario lo incorporará a la escritura de constitución, haciéndolo constar.

Posteriormente, el notario, una vez incorporados los datos de inscripción, remitirá una copia simple electrónica a la Administración Tributaria, para que ésta envíe a la sociedad en el domicilio de ésta o en el indicado por los socios del NIF definitivo. Asimismo, si así lo han solicitado los interesados, remitirá una copia simple electrónica al organismo competente de la Seguridad Social, para los trámites necesarios que constan en el DUE.

Todos los datos que va haciendo cada Administración se van incorporando al DUE. Así, por ejemplo, el registrador incorporará al DUE los datos de inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, y así todas

las Administraciones cada vez que hagan una operación. De esa manera, el DUE electrónico se convierte en un documento electrónico administrativo único y completo.

El notario deberá reflejar en la escritura los últimos pasos, como son la remisión de la copia simple a la Administración Tributaria.

En todo caso, el notario deberá expedir la copia autorizada en soporte papel en el plazo de veinticuatro horas, contado desde que el Registro le comunique los datos de inscripción.

En el caso de que no haya tramitación telemática, porque así lo quieran los socios y se lo hacen saber al notario, éste deberá expedir la copia en soporte papel en el plazo máximo de veinticuatro horas desde la fecha de la escritura de constitución. La no tramitación telemática está expresamente prevista en la Ley, en el artículo 134, apartado 3, de la Ley, bien porque estos trámites quieran hacerlo por sí mismos, o bien por designación de un representante que lo haga por ellos. Esto no impediría, ni mucho menos, que el interesado acudiera sobre la base del artículo 114 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas, a que se realizara por el notario la presentación telemática de la copia autorizada electrónica de constitución de la sociedad, ya que este artículo es de aplicación general para la presentación de los documentos públicos notariales en los Registros de la Propiedad y Mercantiles, y es la ley general en este campo.

Como regla general, y cualquiera que sea la tramitación elegida, el registrador mercantil deberá calificar e inscribir en un plazo máximo de veinticuatro horas, si el emprendedor hubiera utilizado los Estatutos Orientativos. Si no se utilizan los Estatutos Orientativos, el plazo de calificación será el normal y general de los quince días. Este punto sufrió en los diferentes borradores diversas redacciones, pero una que se mantuvo bastante tiempo era que el plazo para calificar e inscribir fuese el de veinticuatro horas, posteriormente se cambió en el sentido en el que hemos visto.

En cuanto a los Estatutos Orientativos, la disposición adicional décima de la Ley de Limitadas en el apartado segundo indica que por orden del ministro de Justicia se aprobará un modelo orientativo de estatutos de la Sociedad Nueva Empresa. En efecto, por Orden JUS/1445/2003, de 4 de junio, se aprueban los Estatutos Orientativos de la Sociedad Limitada Nueva empresa. Nos remitimos al comentario hecho anteriormente de la razón de estos estatutos orientativos. No cabe duda que es totalmente novedoso este hecho en el campo mercantil, pero la idea del legislador es facilitar a toda costa el plazo para la inscripción en el tiempo de veinticuatro horas, y de que no haya sorpresas en la calificación registral. De otra parte, se puede criticar este hecho, porque quizá todo está demasiado predeterminado, y la autonomía de la voluntad queda bastante dis-

minuida. Aunque realmente sea voluntario acudir a estos Estatutos, no cabe la menor duda que en muchas de las constituciones se acudirá a los mismos.

Una cuestión con la calificación, y también contemplada en el citado artículo 134, apartado 7, es que puede ocurrir que la calificación del registrador sea negativa; el registrador deberá comunicarlo al notario autorizante de la escritura y, en su caso, al representante que a tal efecto hubiesen designado en la citada escritura en el plazo de veinticuatro horas siguientes a la presentación. Podría pasar que la falta apreciada pueda ser subsanada de oficio con arreglo a la legislación notarial. En este caso, si el notario estuviese de acuerdo, procederá a su subsanación en el plazo máximo de veinticuatro horas, computado desde el momento de la notificación del registrador de la calificación, y el notario dará cuenta de la subsanación a los socios fundadores, y o, a sus representantes. En cuanto al esquema de la Ley de que la calificación sea comunicada al notario, esto no lo inventa esta nueva Ley, sino que trae consecuencia de la Ley de Medidas de 2001, de 27 de diciembre, ya citada en su artículo 112, que lo predica para todos los títulos públicos remitidos por el notario a los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

Una especialidad exclusiva de estas sociedades es la contemplada en la disposición adicional décima de la Ley, ya que en cuanto al plazo para resolver los recursos contra la calificación del registrador ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, el plazo para resolver por este órgano será el de cuarenta y cinco días y no el de dos meses, que es el general. De nuevo otra medida de agilización, aunque sea ya en una fase de conflicto.

También establece el artículo 134 de la Ley de Limitadas, en su apartado 11, que, una vez inscrita la sociedad, el registrador mercantil transmitirá al Registro Mercantil Central los datos concernientes a los actos sociales en la forma y plazos reglamentariamente establecidos.

Desde el punto de vista estadístico, el plazo medio para constituir una Limitada normal es de sesenta días, y una Nueva Empresa en cuarenta y ocho horas. El número de puntos de contacto para una Limitada es de ocho y en una nueva Empresa es de dos. Por último, el número de formularios en una Limitada es de quince y en una Nueva Empresa es de uno.

Con datos de abril de 2004, se han tramitado 337 SLNE, de las cuales se han finalizado 279, 33 seguían en trámite, ocho subsanadas y 17 canceladas.

IV. Medidas fiscales

La disposición adicional decimotercera establece todo un conjunto de medidas fiscales aplicables a la sociedad limitada Nueva Empresa.

1.^a Por un lado, y con carácter obligatorio si así se solicita, y sin aportación de garantías, el aplazamiento de la deuda tributaria del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. En la modalidad de operaciones societarias, en la constitución de la sociedad durante el plazo de un año desde su constitución. En este supuesto habrá intereses de demora.

2.^a También y con carácter obligatorio para la Administración Tributaria, previa solicitud, y sin aportación de garantías, el aplazamiento de las deudas tributarias del Impuesto sobre Sociedades correspondientes a los dos primeros períodos impositivos concluidos desde su constitución.

3.^a La Administración Tributaria podrá conceder, es decir, potestativamente, y previa solicitud, con aportación de garantías o sin ellas, el aplazamiento o fraccionamiento de las cantidades derivadas de retenciones o ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que se devenguen en el primer año desde su constitución. En este caso también existirán intereses de demora.

4.^a Por último, la Sociedad Nueva Empresa no tendrá la obligación de efectuar pagos fraccionados a que se refiere el artículo 38 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, a cuenta de las liquidaciones correspondientes a los dos primeros períodos impositivos concluidos desde su constitución.

**AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
Y CONTRAVALOR DEL AUMENTO
DEL CAPITAL SOCIAL: ¿HAY ALGÚN LÍMITE
A LOS AUMENTOS MIXTOS?**

Comentario de la RDGRN de 4 de febrero de 2003

FRANCISCO MARCOS

Profesor del Área Jurídica

Instituto de Empresa

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. HECHOS. 3. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 4 DE FEBRERO DE 2003. 4. LA DISCUSIÓN DOCTRINAL SOBRE EL AUMENTO DE CAPITAL MIXTO. 5. LOS LÍMITES DEL AUMENTO MIXTO. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Introducción

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de febrero de 2003 (1) analiza, de nuevo, el problema de la admisibilidad de los aumentos de capital mixtos en Derecho español. El presente trabajo comenta dicha resolución, enmarcándola en la discusión doctrinal sobre el particular, y extrae sus implicaciones prácticas respecto de los posibles límites a los aumentos mixtos.

2. Hechos

La Junta General de socios de Unión Mercantil de Electrodomésticos, SA (celebrada en segunda convocatoria el 9 de mayo de 2001, a la que asiste el 61,41 por 100 del capital social) acuerda por unanimidad un aumento de capital social con emisión de nuevas acciones con un valor nominal de 60,10 € cada una. El acuerdo establece que el contravalor de la operación de aumento sea mixto, un 95 por 100 con cargo a reservas disponibles y un 5 por 100 con cargo a aportaciones dinerarias. La Junta otorga al Consejo de Administración de Unión Mercantil de Electrodomésticos, SA (UMESA) facultades para la ejecución de lo acordado, incluyendo la de ofrecer las acciones sobrantes a terceros, después de reconocer el derecho de suscripción preferente de los socios, en las condiciones que libremente decida.

El Consejo de Administración de UMESA, en reunión celebrada el mismo 9 de mayo de 2001, establece el plazo para el ejercicio del derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones (entre el 1 y el 30 de junio de 2001) y acuerda que los terceros que adquieran las nuevas acciones, en caso de que las hubiera tras el reconocimiento a los socios del derecho de suscripción preferente, deberán abonar 3,005 € por acción (que es la cantidad que deben aportar en metálico los socios para recibir las nuevas acciones) y además, 27,46 € por acción, en compensación parcial por el desembolso a realizar con cargo a reservas.

El Consejo de Administración de UMESA, en su reunión de 5 de noviembre de 2001, tiene por ejecutado el aumento, en el que 42.275 acciones han sido adjudicadas a los viejos accionistas y 3.365 a terceros. Los acuerdos de aumento y su ejecución se elevan a público en escritura notarial de 27 de diciembre de 2001.

Presentada la escritura para su inscripción en el Registro Mercantil, el 17 de enero de 2002 el registrador mercantil IX de Madrid rechaza la ins-

(1) RJ 2003/2604 y BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2003, 10068-10070.

cripción de la operación de aumento de capital social, al considerar que en ella priva a aquellos socios que no suscriben las nuevas acciones del derecho de asignación gratuita que todo aumento de capital con cargo a reservas conlleva, constituyendo una limitación no admisible de los derechos reconocidos en el artículo 48 de la LSA. Las solicitudes de designación de un nuevo registrador y de una segunda calificación resultan infructuosas, confirmándose la negativa del registrador a inscribir el 7 de febrero de 2002.

Los representantes de UMESA interponen recurso gubernativo contra dicha calificación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), que resuelve a través de la resolución de 4 de febrero de 2003 dando la razón al recurrente, revocando la calificación y ordenando que se practique la inscripción en los términos solicitados.

3. La resolución de la DGRN de 4 de febrero de 2003

Partiendo del principio general de la admisibilidad del contravalor mixto en los aumentos de capital, aceptado por la propia ley, por la doctrina y por la jurisprudencia (2), la DGRN analiza el supuesto más problemático, en el que se combinan los recursos propios de la sociedad con nuevas aportaciones de los socios, en una única operación.

El problema radica, como es sabido, en la distinta naturaleza y razón de ser de los aumentos de capital con aportaciones y con cargo a fondos propios, que dan lugar a una regulación diversa de la operación, sin que en el caso de que el aumento tenga contravalor mixto sea posible cumplir las especificidades legales previstas para ambas en estos supuestos.

En efecto, mientras que el aumento de capital con medios propios satisface simultáneamente las necesidades de financiación de la empresa (auto-financiación en este caso) y el interés de los accionistas en obtener el máximo rendimiento de su inversión (3), sin que se altere su participación en el capital que se distribuye en idéntica proporción entre ellos, el aumento oneroso, sea con aportaciones dinerarias o no dinerarias, persigue la captación y el allegamiento de recursos financieros externos por la sociedad, respetando siempre el derecho de los accionistas a mantener una

(2) La principal referencia de la DGRN era su propia resolución de 11 de octubre de 1993 (RJ 1993/7972), en la que se combinaban aportaciones dinerarias y no dinerarias (créditos).

(3) Véase SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: "Notas sobre la función económica del aumento de capital con medios propios", en *Estudios J. Garrigues*, vol. III, Madrid, 199. Ampliamente, MARTÍNEZ NADAL, Apol-lonia: *El aumento de capital con cargo a reservas y beneficios en la sociedad anónima*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, 13-41.

proporción equivalente del capital social resultante del aumento a través del derecho de suscripción preferente.

La Dirección General de los Registros y del Notariado es consciente de que se mueve en terreno inestable y lo reconoce abiertamente al iniciar su razonamiento afirmando “*que existen argumentos para defender tanto una postura contraria como otra favorable a tal posibilidad*”. Ahora bien, se decanta claramente por permitir los aumentos mixtos de capital (en este caso concreto casi totalmente con cargo a reservas, salvo un 5 por 100 de aportaciones dinerarias), basándose principalmente en el principio de autonomía de la voluntad (art. 10 LSA) y en algunos cambios introducidos en el régimen legal de las sociedades anónimas por la Ley de 1989.

Como es sabido, durante la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) de 1951 se entendía que existían argumentos conceptuales y positivos que militaban a favor de una prohibición de los aumentos mixtos.

En el plano del derecho positivo, el artículo 94.1 de la LSA de 1951, en el que se contenía el régimen jurídico de los aumentos de capital con cargo a reservas, se prohibía cualquier operación de esta clase, al establecerse que: “[e]l aumento de capital podrá también realizarse con cargo a reservas disponibles de la sociedad mediante traspaso de la cuenta de reservas a la cuenta de capital y entrega a los accionistas de nuevas acciones ordinarias en proporción a las que ya posean y **sin exigirles desembolso alguno**”. No obstante, a pesar de esta poderosa limitación, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990 realizó una interpretación posibilista de la exigencia legal de reconocer un derecho de asignación gratuita de las nuevas acciones a los socios “*sin exigirles desembolso alguno*”. En efecto, la norma era categórica (independientemente del juicio que la solución que contenía mereciese) y, por ello, la interpretación y aplicación de la misma por el Tribunal Supremo era más que dudosa, porque era precisamente en los supuestos de aumento de capital parcialmente con cargo a reservas en los que parecía tener aplicación (4). El artículo 94.1 de la LSA de 1951 se oponía, por tanto, a una operación de aumento mixto como la que se enjuiciaba en 1990 ante el Tribunal Supremo (5).

La DGRN es consciente de que algunos de los argumentos conceptuales que en el pasado se oponían frente al aumento mixto persisten en la actualidad. Así, por la propia naturaleza de la operación difícilmente

(4) La exigencia de desembolso carece de sentido si el contravalor era sólo y en su totalidad reservas (como el Tribunal Supremo consideró en ese caso), véase LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J.: “El aumento de capital en la sociedad anónima: Contravalor en reservas y en nuevas aportaciones. Comentario de la STS (Sala 1.ª) de 28 de mayo de 1990”, *RDBB* 43 (1991), 827.

(5) Véase SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: *El derecho de suscripción preferente del accionista*, Madrid, 1973, 278-280; *id.*, en *Estudios J. Garrigues*, vol. III, 214-215; GIRÓN TENA, José: *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid (1952), 504.

puede respetarse el derecho del socio a una asignación gratuita de las acciones derivadas del aumento con cargo a reservas y por ello, de alguna manera, en lo que atañe a la parte onerosa del aumento, se estaría obligando a los accionistas a realizar nuevas aportaciones para poder obtener la retribución correspondiente a su contribución a la formación de las reservas que respaldan la parte gratuita del aumento. Aun así, la DGRN considera que hoy en día existen argumentos legales para defender la admisibilidad de estas operaciones. Junto a la supresión en la Ley de 1989 del artículo 94.1 de la LSA de 1951 –que debe interpretarse en el sentido de que ahora es posible un aumento de capital con cargo a reservas en el que se exijan desembolsos a los accionistas (i. e. un *aumento mixto*)– el tenor del artículo 152.2, interpretado a *sensu contrario* (6), permitiría entender que caben los aumentos mixtos. La DGRN considera también que las últimas modificaciones legislativas en el régimen del derecho de suscripción preferente (fundamentalmente respecto de su exclusión) y su creciente aproximación a la disciplina del derecho de asignación gratuita de acciones (7) proporcionan argumentos adicionales para permitir la operación.

Los argumentos de la DGRN tienen como corolario la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990 que, vigente la LSA de 1951, se pronunció favorablemente respecto de un aumento mixto. La sentencia afirmaba la posibilidad de tutelar indirectamente el interés de los socios a través del reconocimiento del derecho de suscripción preferente. En última instancia, a través de la transmisibilidad del derecho de suscripción preferente los accionistas podrían reintegrarse de su participación en las reservas que se capitalizan, “*sin que quepa admitir el argumento de que a través de esa enajenación normalmente no se obtiene una compensación equivalente al valor del derecho transmitido pues ello es poner en entredicho las leyes objetivas del mercado*”.

Por último, la DGRN concluye que junto a la protección indirecta a través del derecho de suscripción preferente existe, en cada caso concreto, como “cláusula de control” y de cierre, frente a operaciones irregulares que no vengán exigidas por el interés de la sociedad, la posible im-

(6) El artículo 152.2 de la LSA de 1989 establece que cuando el aumento se realice mediante el aumento del valor nominal de las acciones será preciso el consentimiento unánime de todos los socios, salvo cuando se haga *íntegramente* con cargo a reservas o beneficios de la sociedad. De ahí puede extraerse que es posible que en ocasiones el aumento no se realice *íntegramente* con cargo a reservas, sino sólo *parcialmente*. Por otra parte, la exigencia del consentimiento individual de todos los accionistas no es en cualquier caso absoluta, véase RDGRN de 15 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8410).

(7) Apuntaba ya esta idea DE LA CÁMARA, Manuel: *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, Consejo General del Notariado, Madrid (1996), 355 (aunque subrayaba que el paralelismo es, en todo caso, relativo).

pugnación del acuerdo de aumento mixto que sea contrario al interés social y que persiga el beneficio de alguno de los socios o de un tercero (art. 115 LSA).

4. La discusión doctrinal sobre el aumento de capital mixto

La admisibilidad de los aumentos de capital mixtos ha sido una cuestión muy discutida en la doctrina mercantilista española (8). Es innegable que esta peculiar operación de aumento del capital social suscita dificultades de encaje en la regulación legal que, aunque prevé la posibilidad de que el contravalor sea mixto (dinerario y no dinerario), no contempla expresamente la combinación de un aumento gratuito con uno oneroso (9). La diversa finalidad que inspira estas dos figuras se traslada a su regulación legal. El aumento con aportaciones dinerarias (art. 154 LSA) o no dinerarias (art. 155 LSA) está sometido a una disciplina diversa de la que se ha de seguir en los aumentos con cargo a reservas (art. 157 LSA) y ello no es sino una manifestación de la diferente naturaleza de las operaciones que, además, dan lugar a necesidades de tutela diversas para los socios. Así, mientras el aumento oneroso supone siempre la aportación de dinero o activos susceptibles de valoración económica que se incorporan al haber social, y la principal necesidad de protección radica en este caso en permitir que los socios conserven una cuota equivalente en el capital social resultante de la ampliación a través del derecho de suscripción preferente, en los aumentos gratuitos, en cambio, no hay nuevos fondos o activos que se incorporen al patrimonio social, sino que se produce un cambio contable, por cuya virtud las reservas de libre disposición se trans-

(8) Véase MANZANO ARENAS, Rafael: *Aumento y reducción de capital en sociedades anónimas*, CISS, Valencia (1999), 48-50; MARTÍNEZ NADAL: *El aumento de capital con cargo a reservas y beneficios en la sociedad anónima*, 532-541; SACRISTÁN REPRESA, Marcos: "El aumento de capital: modalidades, requisitos, el aumento de capital con nuevas aportaciones dinerarias y no dinerarias", en *Derecho de Sociedades Anónimas*, III, *Modificación de estatutos. Aumento y reducción de capital. Obligaciones*, vol. 1 (coord. A. Alonso Ureba et al.), Civitas, Madrid (1994), 259-262. El debate se resume en LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, Marta: "Algunas consideraciones sobre los aumentos mixtos de capital social (en parte con aportaciones y en parte con cargo a reservas)", *Diario Jurídico La Ley* 2 (1996), 1542-1550, pero merece la pena acudir a los trabajos de PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido: "El aumento mixto de capital (Notas en defensa de la figura)", *RDM* 203-204 (1992), 7-27, y de SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: "Ampliaciones parcialmente gratuitas del capital en la sociedad anónima", *RDN* 6 (abril-junio 1993), 155-181.

(9) Tan sólo la legislación especial sobre regularización de balances permitía expresamente la incorporación del saldo de la cuenta de revalorización a la cuenta de capital, pero exigía (Decreto-Ley de 30 de noviembre de 1973) que una parte del nominal de las acciones derivase de aportaciones efectivas de los accionistas (véase DE LA CÁMARA: *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, 349-350).

forman en capital social (10), emitiéndose nuevas acciones que se entregan a los socios proporcionalmente a su participación en el capital social (11). Las dificultades de combinar o aplicar conjunta y simultáneamente ambas disciplinas han llevado a algunos autores a sostener que en la situación actual lo más aconsejable es que los aumentos mixtos se estructuren a través de dos operaciones diferentes, si se quiere incluso simultáneamente acordadas (aumentos dobles o escalonados) (12).

En los aumentos mixtos la función y finalidad del aumento oneroso y del aumento gratuito se entremezclan, pues aunque hay nuevos fondos que acceden al haber de la sociedad también se produce la transformación contable de reservas libres en capital. Es posible pensar que en determinadas situaciones pueda resultar difícil a las sociedades allegar fondos a través de un aumento de capital oneroso, si no se incentiva de alguna manera a los aportantes (socios o terceros). Esa es la finalidad última de los aumentos mixtos, que en cierta medida está presente ya en los aumentos de capital a la par sin prima de emisión de las nuevas acciones, en los que quienes suscriben esas nuevas acciones abonan sólo el importe de su valor nominal, cuando generalmente aquéllas suelen tener un valor superior (13).

En la práctica, con el objetivo de auxiliar parcialmente, mediante una suerte de distribución de beneficios, a quienes aportan nuevo capital a la sociedad, se ha diseñado una operación de aumento oneroso que a la vez es parcialmente gratuita (14). Naturalmente, el problema que suscita utilizar las reservas disponibles como contravalor parcial de la operación es que, en el caso de aumento íntegramente con cargo a reservas, las nuevas acciones habrían de entregarse gratuitamente a los socios, que con sus in-

(10) MARTÍNEZ NADAL: *El aumento de capital con cargo a reservas y beneficios en la sociedad anónima*, 41-63.

(11) En el aumento gratuito, el derecho de suscripción preferente se ve sustituido con el derecho de asignación gratuita de nuevas acciones, GARCÍA-MORENO GONZALO, José M.^a: *El aumento de capital con cargo a reservas en sociedades anónimas*, Aranzadi, Pamplona (1995), 408; MARTÍNEZ NADAL: *El aumento de capital con cargo a reservas y beneficios en la sociedad anónima*, 379-394.

(12) ROJO, voz "Aumento de capital" en *EJB*, 661. Aunque dependiendo de cómo se relacionen entre sí ambos acuerdos puede alcanzarse un resultado análogo al aumento mixto: en todos aquellos supuestos en los que la participación en la ampliación gratuita se condicione a la participación en el aumento oneroso (o simplemente este último se realice con posterioridad). Véase PAZ-ARES, *RDM* 203-204 (1992), 24-27.

(13) Como se verá, tanto en el aumento mixto como en los aumentos onerosos a la par se entiende que los socios están adecuadamente protegidos a través del derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones, DE LA CÁMARA: *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, 352.

(14) Véase DE LA CÁMARA: *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, 357 (aunque sostiene que la parte onerosa debe pesar más que la gratuita, lo cual no ocurre en todo caso, como en el que se comenta en la RDGRN de 4 de febrero de 2003).

versiones iniciales han permitido, arriesgándose, que surjan y existan esas reservas. En efecto, al combinar los contravalores del aumento, la entrega gratuita de acciones a los socios no será posible, ya que por definición el aumento oneroso exige aportación.

El auxilio parcial inherente a las operaciones de aumento de capital mixto, por cuya virtud la sociedad “financia” parcialmente el acceso al capital social de los nuevos socios, no constituye una infracción de la genérica prohibición de asistencia financiera contenida en el artículo 81 de la LSA. Como es sabido, el propósito de la interdicción legal de la asistencia financiera no es otro que el evitar el perjuicio a la economía de la empresa derivado de su vaciamiento patrimonial o del riesgo financiero inherente a las operaciones de asistencia (15), y ese perjuicio no existe en los aumentos mixtos en los que el menoscabo derivado de la atribución de las reservas como contravalor parcial del aumento se ve compensado por la entrada de nuevos fondos en el patrimonio social (16). Por tanto, la operación no es lesiva para las finanzas empresariales, e incluso puede proporcionar ventajas de otro tipo derivadas de la incorporación de ciertos terceros a la sociedad. Ni siquiera en este último caso los potenciales cambios en la composición del accionariado derivados del aumento mixto de capital social podrían justificar una prohibición del “auxilio financiero” (como la contenida en el art. 81 de la LSA) que el componente gratuito del aumento conlleva. En su caso, las posibles irregularidades y abusos de los administradores pueden mejor cuestionarse a través de los mecanismos ordinarios de impugnación (17).

Por otra parte, la falta de previsión legal sobre cuál sea el régimen que rija estas operaciones, hace que se suscite la duda sobre cuál sea la disciplina que hayamos de seguir. Frente a la afirmación de la necesidad de que la operación respete las disposiciones comunes en materia de aumento de capital social y las disposiciones particulares de cada una de las modalidades que se combinan (18), que resulta imposible en la prác-

(15) Véase VAQUERIZO ALONSO, Alberto: *Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias*, Civitas, Madrid (2003), 291-307.

(16) VAQUERIZO ALONSO: *Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias*, 401.

(17) Bien sea frente al contrato de suscripción (por causa ilícita), frente a los administradores (acciones de responsabilidad) o frente a los acuerdos sociales (acciones de impugnación), véase VAQUERIZO ALONSO: *Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias*, 329. Aunque parece claro que el interés social puede explicar un trato de favor al tercero por causa justificada, sin que ello contravenga el principio de paridad de trato (id. últ., 334, 343-344).

(18) SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: “Principios, casos y conceptos en materia de derecho de asignación gratuita de acciones”, en *Estudios J. Girón*, 1991, 895. El contravalor mixto excluye, salvo que la operación se articule de otra manera, la posibilidad de un reconocimiento simultáneo del derecho de suscripción preferente y del derecho de asignación gratuita de las nuevas acciones, *tertium non datur*.

tica, es preferible defender la necesidad de construir un régimen propio de la figura (19), en el que los instrumentos de tutela de los socios (derecho de asignación gratuita y el derecho de suscripción preferente) se fusionen (20).

Ciertamente el régimen es común en muchos aspectos, pero en aquellos en los que no lo sea, en cuanto sea posible habrán de cumplirse las reglas de ambas modalidades de aumento. Así, por ejemplo, parece razonable exigir que las acciones anteriores se encuentren íntegramente desembolsadas (21). De igual modo, resultaría contrario a la finalidad de la operación permitir que la totalidad del contravalor dinerario quedase pendiente de desembolso y sólo cubriese la parte correspondiente al gratuito (22). En efecto, aunque naturalmente la ley calla sobre el particular, y es difícil establecer una regla aplicable con carácter general, parece que sería contrario al sentido del aumento mixto permitir que existieran desembolsos pendientes que, de permitirse, darían al traste con el objetivo de obtener financiación externa (23). Además, la existencia de un contravalor mixto dificulta un hipotético control de los desembolsos pendientes, que además carecerían de sentido en aquellos supuestos en los que la parte onerosa es ínfima. En cualquier caso, el análisis deberá hacerse supuesto a supuesto, según cuál sea el propósito que presida el aumento, ya que si su finalidad no es estrictamente financiera podría permitirse que hubiera dividendos pasivos.

Sin lugar a dudas, la principal dificultad que el aumento mixto suscita es la imposibilidad de reconocer el derecho de asignación gratuita derivado del componente gratuito del aumento de capital social. En la medida en que el contravalor no es divisible, y no es posible reconocer una asignación gratuita parcial, la asignación gratuita se integra en el derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones, que permitirá a los antiguos socios adquirirlas con preferencia o con un descuento sustancial fren-

(19) PAZ-ARES: *RDM* 203-204 (1992), 14.

(20) PAZ-ARES: *RDM* 203-204 (1992), 21.

(21) Como exige el artículo 154 de la LSA, con el límite del 3 por 100 del capital social (art. 168.1 RRM). Como es sabido, esa no es la regla para el aumento gratuito, véase ampliamente GARCÍA-MORENO GONZALO: *El aumento de capital con cargo a reservas en sociedades anónimas*, 408-413; MARTÍNEZ NADAL: *El aumento de capital con cargo a reservas y beneficios en la sociedad anónima*, 217-218.

(22) Véase SÁNCHEZ ANDRÉS: *RDN* 6 (1993), 168.

(23) Puede resultar complejo (y quizá insuficiente de acuerdo con la indicada finalidad de la operación) aplicar el régimen previsto para el aumento con contravalor dinerario, para el que se exigiría el desembolso efectivo del 25 por 100 del valor nominal de las acciones suscritas (arts. 152 LSA y 168.2 RRM y RDGRN de 18 de marzo de 1991). Esta exigencia no existe en el aumento gratuito, véase MARTÍNEZ NADAL: *El aumento de capital con cargo a reservas y beneficios en la sociedad anónima*, 224-225.

te a los terceros (24), pudiendo también enajenar ese derecho en caso de que no estuvieran interesados en suscribir las nuevas acciones. La venta del derecho de suscripción preferente permite a los antiguos socios obtener indirectamente parte de las reservas que se emplean en la operación de aumento mixto para emitir las nuevas acciones. Como ocurre en el caso que se comenta, ello no quiere necesariamente decir que se realice una “asignación exclusivamente a ellos [los antiguos accionistas] de las reservas llamadas al juego de contravalor” (25), sino que —en su caso— a través de la enajenación del derecho de suscripción preferente podrían obtener una compensación de esas reservas de cuantía variable (26).

De este modo, el posible menoscabo económico al socio recibiría protección a través de la enajenación del derecho de suscripción preferente (27). Ciertamente el derecho del socio a la integridad de la cuota, que es automático en los aumentos gratuitos, exigiría en este caso realizar las nuevas aportaciones. En efecto, se impone o fuerza a los socios a realizar nuevas aportaciones, contraviniendo en cierta medida el artículo 145 de la LSA (porque implicaría nuevas obligaciones para los accionistas). Pero la contravención es análoga en cualquier otro supuesto en el que se reconoce al socio el derecho de suscripción preferente en un aumento de capital: el mantenimiento de la integridad de la cuota exige la suscripción. También en este caso hay que confiar en la tutela que proporciona el derecho de suscripción preferente, que permite obtener una compensación por el valor de las reservas acumuladas (28). Evidentemente, en la medida en que el derecho de suscripción preferente lleva anejo un derecho de atribución gratuita de nuevas acciones, su valor en una hipotética venta es superior. El problema que siempre puede existir y que se antoja de difícil solución por el legislador es el de: ¿qué ocurre cuando los accionistas no quieren acudir al aumento y no hay un mercado para sus derechos de suscripción preferente? (29).

(24) Obsérvese, por ejemplo, que en el caso que se comenta los antiguos socios pueden suscribir las nuevas acciones (con valor nominal de 60,10 €) por 3,005 € cada una, mientras que los terceros deberán abonar 30,46 €.

(25) Fdo. J.º 2.º de la STS de 28 de mayo de 1990.

(26) Dependerá principalmente del interés que entre los antiguos accionistas y los terceros despierte la suscripción de las nuevas acciones, que otorgar eventualmente un mayor valor al derecho de suscripción preferente (más de 27,46 € por acción, que es el diferencial que la sociedad exige a los terceros, pero incluso por encima del valor nominal de la acción) o un menor valor (menos de 27,46 € por acción y hasta 0 €).

(27) Véase URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: *Derecho Mercantil* (dir. R. Uría y A. Menéndez), Civitas, Madrid, 1999, 955.

(28) PAZ-ARES: *RDM* 203-204 (1992), 18; DE LA CÁMARA: *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, 351.

(29) Anticipaba ya este problema, del que sólo se librarían las sociedades cotizadas, VELASCO SAN PEDRO: *CCJC* 23 (abril/agosto 1990), 681. Naturalmente el riesgo de que el aumento

El argumento que considera que el reconocimiento a los socios del derecho de suscripción preferente no compensa la pérdida de los derechos de voto del socio (30) no parece plausible, porque otro tanto ocurre en los aumentos exclusivamente onerosos a la par (sin prima) en los que el socio no participa. Además, independientemente de su naturaleza como derecho político del socio, el derecho de voto tiene repercusiones en el valor y en los derechos patrimoniales de las acciones y, por ello, la hipotética transmisión de los derechos de suscripción preferente (como la de las acciones) conllevará una valoración de los derechos de voto correspondientes (31).

En cuanto a la posición de los titulares de obligaciones convertibles en el caso de un aumento parcialmente gratuito, dado que no parece razonable reconocerles el derecho de suscripción preferente en las mismas condiciones que si se tratase de un aumento oneroso normal y corriente (ex art. 158.1 LSA), sí lo es, en cambio, aplicar en este caso la regla prevista para los aumentos gratuitos en el artículo 294.2 LSA (32), que exige modificar la relación de cambio para ofrecer al obligacionista convertir un mayor número de acciones (art. 294.2 LSA) (33).

5. Los límites del aumento mixto

La problemática del aumento mixto se repite en cualquier ampliación de capital onerosa en la que el valor de emisión de las acciones resultase inferior al valor real de las antiguas (aumentos de capital con emisión de acciones a valor nominal sin prima, que no son infrecuentes) (34). En todos estos casos los nuevos socios acceden al capital social sin compensar las reservas que la marcha de la actividad empresarial ha generado a lo largo del tiempo. Corresponde a los socios, reunidos en la Junta General, evaluar las circunstancias en que deba exigirse prima o no para sus-

mixto sea utilizado como mecanismo de opresión y dilución de los accionistas minoritarios encontrará siempre el límite de su difícil justificación en los informes de los administradores, lo cual dejará abierta su impugnación (véase *infra* §5). Véanse también DE LA CÁMARA: *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, 356; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORREIRO: *Diario Jurídico La Ley* 2 (1996), 1548 y 1550 (la falta de mercado no será causa de impugnación del acuerdo).

(30) Véase SÁNCHEZ ANDRÉS: *RDN* 6 (1993), 170.

(31) Véanse MACEY, Jonathan R.: "Measuring the Effectiveness of Different Corporate Governance Systems: Toward a More Scientific Approach", *Bank of America Journal of Applied Corporate Finance*, 63/2 (1998) 199 y ZINGALES, Luigi: "The Value of the Voting Right: A Study of the Milan Stock Exchange Experience", *Review of Financial Studies*, vol. 7/1 (1994), 125-148.

(32) Véase MARTÍNEZ NADAL: *El aumento de capital con cargo a reservas y beneficios en la sociedad unánime*, 463-469.

(33) Cfr. SÁNCHEZ ANDRÉS: *RDN* 6 (1993), 172-173.

(34) MANZANO ARENAS: *Aumento y reducción de capital en sociedades anónimas*, 49-50.

cribir nuevas acciones de la sociedad. Los socios son soberanos para hacerlo y para no hacerlo, ya que existen infinidad de razones que pueden explicar que les interese la incorporación de nuevos accionistas aunque no paguen una prima para compensar por el mayor valor de las acciones. Sólo ellos pueden valorarlo, y también sólo ellos pueden valorar en qué circunstancias puede tener sentido un aumento con contravalor mixto, en el que se combinan las nuevas aportaciones con fondos propios que incentivan la participación de terceros, y de los propios socios, en el aumento. En estos casos, el derecho de suscripción preferente se ofrece como instrumento para paliar la posible dilución política y el empobrecimiento económico del socio, aunque esto último no pueda garantizarse en aquellos supuestos en los que estos derechos no sean fácilmente enajenables en el mercado o lo sean a un precio inferior al que correspondería proporcionalmente a la participación en reservas del socio.

Debe concluirse que el límite a los aumentos mixtos de capital social coincide con los límites que, en su caso, puedan afirmarse respecto de otras operaciones de aumento de capital social. En ningún caso será posible la exclusión del derecho de suscripción preferente, pues en tal caso sería imprescindible la emisión de las nuevas acciones con prima (art. 159.1.c LSA) y ello es algo que acabaría con el propósito mismo del aumento mixto.

Los instrumentos de protección que el ordenamiento societario otorga a los socios frente a los posibles perjuicios derivados de estas relevantes modificaciones estatutarias cobran especial vigor en este caso, como lo hacen también las obligaciones cualificadas de información que se imponen a los administradores en el diseño de la operación. En efecto, el informe de los administradores sobre la modificación estatutaria propuesta [exigido por el art. 144.1.c) de la LSA] deberá detallar las razones que aconsejan el contravalor mixto, con una fundamentación y explicación minuciosa de la proporción gratuita y onerosa del aumento. La falta de explicaciones constituirá un poderoso indicio de irregularidades, que facilitará la eventual impugnación del acuerdo por los accionistas que se consideren perjudicados. Los administradores deben cuidarse de justificar en qué medida el interés social requiere que el contravalor del aumento sea mixto, y es claro que pueden existir circunstancias financieras y estratégicas que así lo exijan (que, por tanto, deben figurar en su informe), los socios disconformes con la operación respetuosa con el interés social podrán salvaguardar su interés individual, en su caso, mediante la enajenación del derecho de suscripción preferente que se les reconozca. Si el interés social no exige el contravalor mixto, es fácil que exista una causa de impugnación del acuerdo de la junta de aumento de capital social, que podría ser considerado anulable por perjudicar el interés social en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros (art. 115.1 LSA).

6. Referencias bibliográficas

- DE LA CÁMARA, Manuel: *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.
- GARCÍA-MORENO GONZALO, José M.º: *El aumento de capital con cargo a reservas en sociedades anónimas*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- GIRÓN TENA, José: *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952.
- LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J.: "El aumento de capital en la sociedad anónima: Contravalor en reservas y en nuevas aportaciones. Comentario de la STS (Sala 1.ª) de 28 de mayo de 1990", *RDBB* 43 (1991), 823-831.
- LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, Marta: "Algunas consideraciones sobre los aumentos mixtos de capital social (en parte con aportaciones y en parte con cargo a reservas)", *Diario Jurídico La Ley* 2 (1996), 1542-1550.
- MACEY, Jonathan R.: "Measuring the Effectiveness of Different Corporate Governance Systems: Toward a More Scientific Approach", *Bank of America Journal of Applied Corporate Finance*, 63/2 (1998), 199.
- MANZANO ARENAS, Rafael: *Aumento y reducción de capital en sociedades anónimas*, CISS, Valencia, 1999.
- MARTÍNEZ NADAL, Apol-lonia: *El aumento de capital con cargo a reservas y beneficios en la sociedad anónima*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido: "El aumento mixto de capital (Notas en defensa de la figura)", *RDM* 203-204 (1992), 7-27.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel: "Aumento del capital social", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. I, 658-665.
- SACRISTÁN REPRESA, Marcos: "El aumento de capital: modalidades, requisitos, el aumento de capital con nuevas aportaciones dinerarias y no dinerarias", en *Derecho de Sociedades Anónimas, III, Modificación de estatutos. Aumento y reducción de capital. Obligaciones*, vol. 1 (coord. A. Alonso Ureba et al.), Civitas, Madrid, 1994, 237-313.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: "Ampliaciones parcialmente gratuitas del capital en la sociedad anónima", *RDN* 6 (abril-junio 1993), 155-181.
- "Notas sobre la función económica del aumento de capital con medios propios", en *Estudios J. Garrigues*, vol. III, Madrid, 195-215.
- "Principios, casos y conceptos en materia de derecho de asignación gratuita de acciones", en *Estudios J. Girón*, 1991, 885-902.
- *El derecho de suscripción preferente del accionista*, Civitas, Madrid, 1973.
- URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: *Derecho Mercantil* (dir. R. Uría y A. Menéndez), Civitas, Madrid, 1999.
- VAQUERIZO, Alberto: *Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias*, Civitas, Madrid, 2003.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: "Comentario a la Sentencia de 28 de mayo de 1990", *CCJC* 23 (abril/agosto 1990), 675-683.
- ZINGALES, Luigi: "The Value of the Voting Right: A Study of the Milan Stock Exchange Experience", *Review of Financial Studies*, vol. 7/1 (1994), 125-148.

LA EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO Y LA NATURALEZA GANANCIAL O PRIVATIVA DE LOS BIENES RECIBIDOS POR ESA CAUSA

JOAQUÍN A. OSUNA COSTA

Notario

Provoca dudas en ocasiones la naturaleza ganancial o privativa de los bienes adquiridos como consecuencia de la extinción de una comunidad de bienes. Por ejemplo, supongamos el caso de un condominio constituido constante matrimonio con carácter ganancial, que luego se extingue indemnizando el comunero adjudicatario a los demás con dinero recibido de una herencia, esto es, privativo, o el muy frecuente caso en que varios hermanos heredan una finca de sus padres y, posteriormente, extinguen el condominio de la misma adjudicándosela plenamente uno de ellos, que, casado en gananciales, debe resarcir a sus hermanos con dinero de ese mismo carácter.

Es indudable la calificación como ganancial o privativa de la primera cuota y es indudable que ese perfil no cambia en cuanto a esa cuota por finalizar la indivisión, pero ¿siguen ese carácter las cuotas recibidas de los ex comuneros o, por el contrario, seguirán la condición privativa o ganancial de los fondos utilizados para conseguir la extinción del condominio generándose un nuevo proindiviso, cónyuge/sociedad de gananciales, de acuerdo con el artículo 1.354 del Código Civil?

En mi opinión, el carácter del bien adquirido seguirá el privativo o ganancial de la primera cuota. El paso de comunero a único propietario, indemnizando a los demás con dinero ganancial o privativo, sólo implica el nacimiento de una deuda de ese propietario para con su sociedad de gananciales, o viceversa, que se saldará como otras tantas en el momento de su liquidación, y todo ello por las siguientes razones:

PRIMERA: A pesar de lo dispuesto en el artículo 1.347,3.º, el criterio básico de nuestro Código respecto a la atribución de carácter ganancial o privativo a un bien no es el de seguir el carácter del dinero con el que se adquirió. Si así lo fuera no se entenderían los artículos 1.346 *in fine*, 1.348, 1.356, 1.357 y otros muchos más, tantos que implican que nos hallamos ante algo más que una excepción, ni, sobre todo, la frase “*con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice*”, del artículo 1.358, o el durísimo mandato del artículo 1.352, que considera privativos, no sólo los nuevos títulos suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos, sino también “*las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir*”, lo que puede suponer una notoria injusticia cuando la ampliación ha sido elegida por la sociedad emisora en lugar de la distribución de dividendos por presentar ventajas fiscales para el titular (no hay retención porque no hay renta) y para la tesorería de la entidad. Eso no es muy excepcional, nada menos que Telefónica lo llevó a cabo durante muchos años.

Lo determinante para calificar el carácter ganancial o privativo de un bien es, a mi juicio, además de la fecha de adquisición, la causa por la que aparece en el patrimonio de los cónyuges, pudiendo concluirse como principio básico del Código el que **todo bien cuya aparición traiga causa en un derecho privativo de un cónyuge tendrá carácter privativo, y será ganancial si trae su causa en un derecho de la sociedad de gananciales**. Es accesorio el hecho de que para el ejercicio de ese derecho haya sido necesario utilizar dinero ganancial o privativo, eso sólo supondrá el nacimiento de una deuda del cónyuge con la sociedad, o viceversa.

Ello no supone una derogación del **principio de subrogación real** que el Código establece, entre otros artículos, en el citado 1.346,3.º y en el 1.347,3.º, sino que, interpretándose esos preceptos sistemáticamente junto con los citados 1.346 *in fine*, 1.348, 1.352, 1.356, 1.357 y 1.358, se obtiene una ampliación del mismo de tal forma que no sólo imponga el carácter ganancial o privativo a los nuevos elementos patrimoniales que sustituyan a otros de esa misma condición, que también, sino que esa imposición se **extienda a todos aquellos bienes cuya aparición en el patrimonio conyugal traiga su causa en el ejercicio de derechos derivados de la tenencia previa de otros, que seguirán la condición ganancial o privativa de estos**

últimos. Y esa ampliación parece tan fuerte que, en casos de duda entre lo que impondría la subrogación real física y esa que podríamos llamar subrogación real causal, sea esta segunda la ganadora.

Ampliada así la subrogación real de forma que comprenda, no sólo a los bienes sustitutos de otros, sino también a los aparecidos como consecuencia de la tenencia previa de otros bienes y/o derechos, los bienes no serán automáticamente gananciales o privativos según lo haya sido el dinero empleado en su adquisición, eso sería quedarse corto. Para determinar la naturaleza de los bienes así adquiridos será necesario, casi fundamental, investigar si ese dinero ha sido la única razón que ha permitido la incorporación del nuevo bien a ese patrimonio, y si, como sucede casi siempre, el dinero ha sido un mero acompañante (necesario, pero acompañante) de un derecho previo de uno o de ambos cónyuges (opción, arrendamiento, extinción de condominio, etc.), el bien adquirido seguirá, no el carácter del dinero, sino el del derecho y, por tanto, será ganancial o privativo según lo fuere el derecho ejercitado, resultando en ocasiones ser ganancial el bien adquirido con dinero privativo y privativo el adquirido con dinero ganancial. **El carácter del dinero sólo determina quién será el acreedor en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales,** si ésta frente al cónyuge, en los muy frecuentes casos de bienes privativos financiados con dinero ganancial, o viceversa, en el caso, menos habitual, en que un bien ganancial se hubiere adquirido con dinero privativo.

Esto no sólo es lógico, sino también justo: Otorgar a los bienes adquiridos la condición del dinero con el que se adquirieren supondría en la mayoría de los casos conceder a la sociedad de gananciales una vis atractiva tal que expropiase a los cónyuges los derechos que tuvieran con carácter privativo por el mero hecho de que necesitaren recursos gananciales para ejercitarlos. El legislador prevé el uso de fondos gananciales para destinos privativos porque es consciente de que, nutriéndose los gananciales de todos los ingresos del trabajo y de los frutos de los bienes privativos, es casi imposible para los cónyuges disponer de suficiente metálico privativo para aquel ejercicio. Y, en justa reciprocidad, permite que sean gananciales las mucho menos frecuentes adquisiciones pagadas con fondos privativos, pero en ejercicio de derechos gananciales.

Por eso el artículo 1.347,4.º del Código Civil considera gananciales los bienes adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial aunque se pague con bienes privativos y el 1.346,4.º considera privativos los bienes adquiridos por derecho de retracto de uno sólo de los cónyuges, precepto en el que se incluye desde luego el retracto de comuneros y que, análogicamente, debe considerarse aplicable a la división de la cosa común, que no es sino el ejercicio de otro derecho inherente a la cualidad de comunero (art. 400 Código Civil).

El legislador acude al criterio del carácter de los fondos empleados para la calificación ganancial o privativa de los bienes adquiridos sólo en los casos en los que esa aparición de un nuevo bien en la sociedad de gananciales no traiga causa en un derecho previo de la comunidad o de un cónyuge.

Por todo ello, tanto el artículo **1.347,3.º** del Código Civil como el **1.361** han de entenderse como normas excepcionales y supletorias y no como regla general. Ambos preceptos son simples presunciones que buscan evitar la indeterminación en la cualidad de los bienes cuando la causa de su adquisición sea dudosa o ignorada, suponen el cierre del sistema, no su base, el cimborrio de la catedral, no sus cimientos.

SEGUNDA: Pero hay mucho más, volquemos la catedral sobre el cimborrio y supongamos erróneo el anterior razonamiento y que sí hayan de calificarse como privativos o gananciales los bienes adquiridos atendiendo exclusivamente al origen de los fondos con que se haya financiado esa adquisición, en otras palabras, hagamos norma general el artículo **1.347,3.º** del Código Civil y supongamos que ese precepto consagrara el principio de subrogación real en todo caso de cambio de dinero por cosa. Bien, ni siquiera aceptando ese principio cabría considerar gananciales o privativas las cuotas recibidas por extinción de un condominio siguiendo el carácter del dinero de la indemnización a los demás comuneros, con independencia de la naturaleza de la primera cuota. Antes bien, procede negar la mayor: **no es que no influya la naturaleza ganancial o privativa de la indemnización, es que no nos hallamos ante una adquisición, porque el comunero que deviene único propietario por división de la cosa común no adquiere nada que no fuera ya suyo.**

En efecto, tal como expresó el Tribunal Supremo en sentencia de veintiocho de mayo de mil novecientos ochenta y seis:

“... la teoría mejor fundada y más adecuada a nuestro derecho positivo sobre la naturaleza jurídica de la copropiedad es la de la «propiedad plúrima total», según la cual cada propietario tiene un derecho de dominio pleno en cuanto a su extensión pero limitado en cuanto a su intensidad por la concurrencia de los demás, de manera que a cada titular le pertenecen todas las utilidades de la cosa, aunque el ejercicio del derecho venga constreñido cuantitativamente por la coexistencia de otros tantos derechos iguales, situación de donde arranca el concepto de «cuota», como razón o medida en cuya virtud se limitan y armonizan recíprocamente las posiciones de los cotitulares.”

Sólo esa naturaleza jurídica cohonestaba el concepto de copropiedad con el contenido del artículo **450** del Código Civil, pues sólo así se ve como lógico que el comunero devenido único poseedor se entienda que lo ha

sido tal durante todo el tiempo que duró la indivisión sin que eso sea una presunción (no dice el legislador “*se presumirá*”, sino “*se entenderá*”), sino la constatación de que ha sido poseedor del todo aún en el tiempo de indivisión, aunque, como dice el Tribunal Supremo, el ejercicio de su derecho en ese tiempo, “*pleno en cuanto a su extensión*”, haya estado “*constreñido cuantitativamente por la coexistencia de otros tantos derechos iguales*”.

Parece pues lógico deducir que **la extinción de la copropiedad no añade al comunero que ha devenido único propietario ningún derecho nuevo distinto que ya tenía, sólo elimina las limitaciones que sufría para su ejercicio.** El derecho de propiedad que tenía como comunero ya se extendía a toda la cosa, tanto que el propio Tribunal Supremo en las sentencias de cinco de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho y veintisiete de mayo de mil novecientos ochenta y dos llega a afirmar que si un comunero vende a tercero la cosa de la que es copropietario sin consentimiento de los demás comuneros, esa compraventa no es nula, sino que se trata “*de un contrato con eficacia puramente condicional, en cuanto subordinado al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones divisorias*”.

Y si la extinción de la copropiedad no añade al comunero que ha devenido único propietario ningún derecho nuevo distinto que ya tenía, menos podrá alterar la condición de ese derecho, es decir, si la propiedad del comunero era privativa o ganancial y ya abarcaba a toda la cosa, la eliminación de las limitaciones que la existencia de otros comuneros suponía para su ejercicio no puede suponer el cambio a ganancial o privativa de esa propiedad, sea cual sea la condición de los fondos empleados. La **desaparición de la cuota**, que es sólo la “*razón o medida en cuya virtud se limitan y armonizan recíprocamente las posiciones de los cotitulares*”, **no puede suponer el cambio en la naturaleza del dominio, que será privativa o ganancial, anterior a la división y que ya desde su nacimiento se extendía a toda la cosa.**

Los artículos 1.346,3.º y 1.347,3.º del Código Civil, que presumiblemente podrían servir de base para cambiar la naturaleza de las nuevas cuotas, no serían pues aplicable a este supuesto, no sólo por las razones expuestas anteriormente, sino también porque los propios preceptos hablan de “*bienes adquiridos*” y, aquí, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada, nada se ha adquirido.

A la misma conclusión, aunque por camino distinto, llega la DGRN en su Resolución de 18 de abril de 1986, que no acepta un posible retracto del arrendatario de la cosa por no considerar transmisión la extinción de la comunidad cuya “*causa es poner fin a la interdependencia del patrimonio de los comuneros*”.

TERCERA: También es inaplicable el artículo 1.354 del Código Civil, ya que no cabe pensar que ese bien, antes indiviso, pertenezca ahora “*pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges*”. Para que eso sucediere, el propio artículo exigiría dos requisitos: primero, que el bien hubiera sido “*adquirido*”, lo que aquí no acontece porque, como vimos, el bien ya era del comunero antes de la división, y, en segundo lugar, que mediare “*precio o contraprestación*”; sin embargo, en nuestro caso, ha habido indemnización, que es algo bastante diferente, como vamos ver a continuación.

El legislador llama “*indemnización*” (art. 404) a la cantidad que, en la división de la cosa común adjudicándola a un comunero, entrega el adjudicatario a los demás, porque ese acto no es considerado por el Código una transmisión, sino una extinción de derechos de los antiguos copropietarios que, por ello, deben ser indemnizados y no pagados, que es algo distinto.

En efecto, el Código utiliza la palabra indemnizar para referirse resarcimiento de daños y para asuntos de establecimiento o extinción de divisiones o limitaciones dominicales, como usufructo (art. 519) o servidumbres (arts. 553/558, 564, 567/569, 577 y 588) y, curiosamente, para casos de pseudocondominios no queridos, como la accesión (arts. 361 y 362), la *confusio* o la *commixtio* (arts. 375, 379, 382) o la especificación (383); pero nunca habla de indemnización como compensación en contratos sinalagmáticos, a eso lo llama precio o contraprestación. Jamás, salvo casos de expropiación forzosa (art. 349), indemniza el comprador al vendedor, sólo le paga.

Hablar de indemnización como compensación a una transmisión libremente convenida es una *contradictio in terminis*, **si existe indemnización o no hay transmisión o ésta no es libre.**

Indemnizar no es pagar, es resarcir un daño causado o compensar la privación de un derecho o una limitación en su ejercicio, por eso se indemniza al comunero que deja de serlo, como compensación al cese de las limitaciones dominicales que el ahora único propietario había padecido en el período de indivisión.

CUARTA: Pretender que la extinción del condominio, indemnizando a los restantes comuneros con dinero ganancial o privativo, atribuya ese mismo carácter a la propiedad del bien en el porcentaje del que se desprenden los demás comuneros supondría no sólo entender la naturaleza jurídica de la comunidad de bienes de forma distinta de la que lo hace nuestro Tribunal Supremo, sino considerarla idéntica a la sociedad. En una sociedad sí serían gananciales o privativas las nuevas cuotas adquiridas (siempre que, como vimos anteriormente, esa adquisición no traiga causa en un derecho de la sociedad de gananciales o privativo del socio semejante al de-

recho preferente de adquisición o suscripción) precisamente porque **la sociedad es la única propietaria de los bienes sociales y el socio sólo lo es de su cuota en ella**; por tanto, si consigue nuevas cuotas sociales, incluso si las compra todas o recibe el patrimonio social por disolución de la sociedad, adquiere cosas que no tenía. Sin embargo, **la comunidad romana no es propietaria, es una forma de ser propietarios los comuneros**, por tanto, el comunero que incrementa su porcentaje en la comunidad, incluso si llega al 100 por 100, no logra la propiedad de nada de lo que ya no fuera propietario antes y, si nada adquiere, no hay razón para cambiar el carácter, ganancial o privativo, de su propiedad.

QUINTA: También vulneraría el espíritu del **405** del Código Civil, ya que la división de la cosa común, que ese artículo considera *res inter alios acta*, perjudicaría a terceros, pues introduciría casi fraudulentamente un nuevo comunero, bien sea el cónyuge o bien su sociedad de gananciales, con las consecuencias que de ello pudieren derivarse en el ejercicio de derechos por parte de los acreedores. Éstos quizá hayan consentido la división ex **403**, pero no se habrán dado cuenta de que en realidad, como vimos anteriormente, estaban autorizando la constitución de una nueva comunidad derivada del **1.354** del Código Civil entre un cónyuge y su sociedad de gananciales. Y dada la aversión que, por herencia del sistema romano de comunidad por una parte y, por otra, por influencia de los principios desamortizadores, tiene nuestro Código a todo lo que implique indivisión, es erróneo presumir que haya de interpretarse cualquiera de sus preceptos en el sentido que la favorezca.

SEXTA: Y por último, pero no menos importante, recordemos que es cada vez más frecuente que la extinción de la sociedad de gananciales no obedezca al fallecimiento de uno de los cónyuges, sino que se deba a separación o divorcio, provocándose cada vez más liquidaciones conflictivas cuando no litigiosas, con lo que es cada vez más aconsejable que el notario, como garante de la seguridad jurídica preventiva, extreme el celo en la precisa calificación ganancial o privativa de los bienes objeto de todas las escrituras otorgadas ante él y, en mi opinión, en caso de duda, se incline a favorecer la solución que menos conflictos pueda plantear en el futuro, evitando incluir en la sociedad de gananciales bienes con origen privativo, o viceversa, porque es evidente que, en general, se plantean menos problemas, o al menos son más fáciles de resolver, en la liquidación de una deuda económica entre la sociedad de gananciales y un cónyuge que en la discusión sobre si es ganancial o privativo un bien concreto, que puede tener para el propietario un valor superior a su precio, lo que, por definición, nunca sucede con el dinero.

Pensemos en el ejemplo inicial de extinción de una comunidad de bienes nacida entre muchos hermanos como consecuencia de la herencia de sus padres, extinción que se lleva a cabo adjudicando el bien a uno de ellos que, casado en gananciales, indemniza a sus hermanos con dinero de ese carácter.

Imaginemos las consecuencias de un posterior divorcio del adjudicatario. Si supusiéramos que esa extinción de la comunidad hubiera convertido en ganancial la mayor parte del bien, casi la mitad pasaría a ser propiedad de su cónyuge.

Recordemos que el Derecho sirve a la Sociedad porque nace de ella, está obligado a seguir sus deseos y debe ser interpretado de acuerdo con los mismos, y pocas cosas son socialmente consideradas más injustas que el hecho de que pase a poder de un cónyuge divorciado un bien concreto que formó parte de la herencia familiar recibida por el otro. Esos rebotos en la titularidad de los bienes heredados han sido siempre muy mal vistos desde aquel célebre ejemplo del fallecimiento del magnate citado por ALONSO MARTÍNEZ como causa de la existencia misma del artículo 811 del Código Civil.

LOS ACUERDOS INTERCOOPERATIVOS EN EL DERECHO VIGENTE (ESTATAL Y AUTONÓMICO)

NARCISO PAZ CANALEJO

*Administrador Civil del Estado (excedente)
Abogado del Ilustre Colegio de Madrid*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** ACERCAMIENTO DOCTRINAL, EN PARTICULAR COOPERATIVO. **III.** PRECEDENTES NORMATIVOS. **IV.** ESTUDIO DE LA LEY ESTATAL DE COOPERATIVAS VIGENTE (27/1999). **V.** NORMATIVA LEGAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. **5.1.** Leyes autonómicas precursoras de la norma estatal. **5.1.1.** *Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de Cataluña (Decreto Legislativo 1/1992, de 10 de febrero).* **5.1.2.** *Ley Foral 12/1996, de 2 de julio, de Cooperativas de Navarra.* **5.1.3.** *Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura.* **5.1.4.** *Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia.* **5.1.5.** *Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón.* **5.1.6.** *Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid.* **5.1.7.** *Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Autónoma de Andalucía.* **5.2.** Leyes autonómicas posteriores a la normativa estatal. **5.2.1.** *Ley 1/2000, de 29 de junio, de modificación de la Ley de Cooperativas de Euskadi.* **5.2.2.** *Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja.* **5.2.3.** *Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de Castilla y León.* **5.2.4.** *Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperati-*

vas de Cataluña. **5.2.5.** Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha. **5.2.6.** Ley 1/2003, de 20 de marzo, de Cooperativas de las Illes Balears. **5.2.7.** Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana. **VI.** CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I. Introducción

Varias son las razones que aconsejan el estudio de los llamados acuerdos intercooperativos. Entre ellas hay que destacar las siguientes: ante todo, la engañosa simplicidad de las escuetas –y dispersas– regulaciones legales; por otro lado, el hecho de que –pese a la relativa novedad de la figura y a su trascendencia práctica– son muy escasas las aportaciones doctrinales sobre la misma; además, existe un llamativo contraste entre la bibliografía –relativamente abundante– producida en torno a los años setenta, cuando sólo existía un precepto dedicado a regular aquella materia, y el escaso nivel de comentarios doctrinales sobre el Derecho vigente, a partir de la década de los noventa, pese a la variedad de leyes cooperativas emergentes en esa época. Finalmente, habría que mencionar el hecho de que ninguna de las varias disposiciones legales hoy en vigor puede ser comprendida en su total alcance, y debidamente aplicada, sin una previa labor de análisis que incluya, al menos, los elementos básicos que deben tenerse en cuenta para interpretar las características y posibilidades de los acuerdos intercooperativos y para asesorar, con seriedad y seguridad jurídica, a las partes interesadas en concertarlos.

Como muestra significativa de aquella escasez doctrinal en relación con el Derecho actual, baste citar dos obras –no apresuradas, ni superficiales– aparecidas a raíz de la vigente norma estatal de Cooperativas (Ley 27/1999, de 16 de julio). Me refiero, por un lado, a la notable aportación de la profesora ALFONSO SÁNCHEZ (*La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la Cooperativa de segundo grado*. Valencia, 2000); y, por otro lado, a los interesantes *Comentarios* sobre la mencionada Ley estatal, editados por el Consejo General del Notariado (2001).

En cuanto a la aportación de la profesora ALFONSO SÁNCHEZ, pese a la amplia perspectiva que sugiere la primera parte del título de su obra y a contemplar varias leyes autonómicas, dedica únicamente tres páginas a la figura de los acuerdos intercooperativos. Pero lo más llamativo es que esas tres páginas constituyen la visión general más amplia existente hasta

el momento (mi aportación en *REVESCO*, núm. 62, 1996, era más analítica y en proporción –al referirse sólo a la Ley catalana de 1992– más extensa; pero, además de ser anterior a casi todo el ordenamiento jurídico actual, tenía el doble límite derivado del carácter monográfico de dicho número de la citada revista, y del que se derivaba del título de mi propia aportación en ella: “Aspectos jurídicos de la intercooperación de la salud”).

Respecto a la aportación de la doctrina notarial (en la obra precitada) sobre los acuerdos intercooperativos, ya veremos más adelante que la glosa del artículo 79.3 de la Ley estatal (27/1999) de Cooperativas constituye un comentario que, por la razón que fuere, no ha entrado a analizar los problemas básicos de esta figura contractual.

Por lo expuesto hasta ahora, considero necesario comenzar el desarrollo, propiamente dicho, de este trabajo con una aproximación doctrinal –aunque no sólo jurídica– a la materia.

II. Acercamiento doctrinal, en particular cooperativo

1. A finales de la década de los sesenta se producen los primeros acercamientos doctrinales –bien que no extensos, ni muy técnicos, ni profundos– a los acuerdos intercooperativos. Así, RUIZ DE GORDOA (1969) consideraba que “los acuerdos contractuales constituyen también una integración, aunque hay pérdida de grados de libertad, por parte de los elementos contratantes en beneficio de la nueva figura jurídica que surge con el contrato. Entonces, un contrato es una convergencia y cesión de voluntades en aquello que tienen en común, llegando a desaparecer, con esa pérdida de grados de libertad, todo aquello que las separaba. Constituyen, por lo tanto, los acuerdos contractuales el primer paso de la integración. Desde este primer paso integral hasta la asimilación total de las entidades que se integran, hay una serie de pasos, todos los cuales pueden ser más o menos beneficiosos, de acuerdo con la categoría de los elementos integrantes. El extremo final de la integración consiste en la absorción de todas las unidades que se integran, que son asimiladas totalmente por el organismo integrador, en virtud de delegaciones de poder, de unas unidades integradas. En este caso, el polo integrador es el centro de gravedad de todas las decisiones”.

2. A comienzos de la década siguiente se produce una importante aportación doctrinal de VICENT CHULIÀ, que sirve para centrar el tema, en la medida en que los acuerdos intercooperativos producen un efecto de aproximación y unión económica (aunque parcial) entre las coopera-

tivas afectadas. En efecto, en su obra *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español* (1971) afirma: "La unión de empresas sin actividad externa, es un procedimiento de unión de empresas que se concreta en la disciplina de la conducta de cada empresa aislada, de modo que se consigan unos resultados de racionalización del proceso productivo que no pueden obtenerse a través del mecanismo de la simple competencia. Establecidas en el clausulado de un contrato las líneas de conducta de las empresas competidoras de cada una de las agrupadas en la unión puede afrontar su especialización o reestructuración sobre una base mínima de seguridad. La unión puede consistir en el establecimiento de una colaboración en determinados aspectos o funciones de la gestión empresarial. Por último, y generalmente como complemento de todas las formas de unión interna, puede establecerse un mecanismo de compensación de pérdidas y ganancias, con el fin de que los objetivos de la unión se realicen a largo plazo, evitando que la empresa a la que coyunturalmente corresponda la peor parte en la distribución de papeles asignados en la unión se vea estimulada, e incluso forzada, a romper el pacto.

La unión puramente interna puede realizarse: a) mediante contratos plurilaterales normativos, o bien, b) mediante contratos bilaterales de duración determinada con cláusulas de exclusiva.

La problemática de los contratos de unión de empresas empieza con la determinación de su naturaleza jurídica, esto es, si pueden ser calificados como contratos de sociedad en nuestro Derecho, y, en consecuencia, aplicarles el régimen positivo del mismo subsidiariamente. Su régimen jurídico será, en primer lugar, el del clausulado del contrato y subsidiariamente –a juicio de VICENT– pueden aplicarse ciertas normas y principios del contrato de sociedad... El problema de la interpretación del pacto plantea en ocasiones la necesidad de establecer un órgano de control, al que se confía, entre otras posibles funciones, la de ejercer el arbitraje en los conflictos que surjan entre los miembros del grupo.

El segundo campo en que se plantea la problemática jurídica de estas figuras es el del régimen de la competencia y habrá que observar los criterios de exceptuación legales y la interpretación de los mismos que va haciendo nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia. Pero existe la interpretación progresiva de esta legislación, según la cual determinadas uniones no incurrirán en la prohibición por no ir contra el «orden público económico».

Las relaciones de exclusiva consisten –en la exposición de VICENT– en una cláusula por la cual uno de los contratantes, en un contrato bilateral de duración, se obliga a no estipular con terceros el contrato en cuestión. La exclusiva puede ser recíproca, de forma que la unión resultante funcione casi como una sola empresa. Estas relaciones de exclusiva pueden

clasificarse en dos grandes grupos: a) las relaciones de exclusiva basadas en la transmisión limitada de derechos de propiedad industrial, bien sea simple o bien vaya completada por otras estipulaciones que establezcan obligaciones que no se deriven esencialmente del régimen de explotación monopolística de los derechos de propiedad industrial; b) las relaciones de exclusiva establecidas mediante simples estipulaciones contractuales.

El primer tipo de exclusiva, basada en transmisión limitada de derechos de propiedad industrial, puede afectar a cualquier contrato bilateral de duración, pero principalmente a los siguientes: 1) al contrato de suministro; 2) al contrato de agencia; 3) la gestión de una empresa en nombre ajeno, que es una modalidad de la comisión.

La exclusiva puede ser simple o absoluta. En la primera, sólo una parte queda obligada frente a la otra, en el papel que le corresponda según cada contrato, a prestar o a recibir los bienes y servicios estipulados. En la segunda, ambas partes se conceden el derecho de exclusiva, recíproco, referido a la zona geográfica estipulada.”

3. Pocos años después se produce una extensa y documentada aportación de PARRA DE MÁS (1974), que sigue conservando valor en cuanto compendio de los posicionamientos de la doctrina económica y sociológica europea del siglo XX ante las relaciones de intercooperación.

Dice aquel autor, al que vamos a seguir ampliamente: “El sistema de relaciones internas, o intercooperativas, mediante las que se establecen los intercambios entre las empresas del movimiento –relaciones que ahora queremos contemplar bajo un enfoque de tipo económico– conducen también a una acción coordinada, a una integración”.

“Es la cosa más natural del mundo –decía GIDE (1910)– que los consumidores organizados en cooperativas obtengan sus productos alimenticios, tales como los cereales, el vino, la carne, la manteca, la leche, la fruta, la verdura y el pescado, directamente de los agricultores o pescadores, reunidos también en cooperativas.”

Y es que las relaciones entre las cooperativas integrantes de los distintos movimientos sectoriales –como nos recuerda PARRA– “se ha concebido predominantemente como privativa de las cooperativas de producción agraria –o pesquera– y las grandes organizaciones de consumidores, aunque no hayan faltado intentos y construcciones teóricas destinadas a lograr una mayor generalización”.

Prescindiremos ahora de las primeras concepciones de los teóricos y doctrinarios de la cooperación, algunos de los cuales, como es sabido, la entendían como un universo cerrado y autosuficiente que se abastecería a sí mismo, o aspiraban a crear de forma sucesiva las bases para un cooperativismo “integral”.

Más tarde –como indica PARRA–, autores tales como E. PFEIFFER (1835-1921) y su contemporáneo H. EVERLING abordaron el tema científicamente, sentando las bases doctrinales y señalando la problemática más interesante. Modernamente se han ocupado del tema otros muchos autores, como H. J. SERAPHIN y W. ABEL. La aspiración de fomentar en todo lo posible las relaciones internas es común a todos los pensadores cooperativistas y ha alcanzado formulación concreta en diversos Congresos de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI).

Finalidades de las relaciones intercooperativas.

Mediante los intercambios entre las empresas de producción agraria y las organizaciones de consumo puede el movimiento cooperativo alcanzar objetivos muy interesantes. Ya en la Conferencia Económica Internacional de Ginebra de 1927 quedaron estas aspiraciones fijadas de manera muy clara y sistemática. Según RAYNAULD (1955), las relaciones intercooperativas persiguen:

a) El progreso del cooperativismo, mediante la consecución de ventajas de orden social y económico. Estas últimas se intensifican cuando los intercambios alcanzan un grado cuantitativo importante y pueden periodificarse. De esta manera se reducen los gastos de publicidad y venta, se eliminan intermediarios y costes de financiación, etc. A veces se crean organizaciones comunes, aunque en otras ocasiones las relaciones se verifican de acuerdo con un amplio sistema de convenios, de carácter nacional o internacional. En definitiva, el proceso conduce a una ampliación del campo de actuación de las empresas cooperativas y a una posterior –o paulatina– integración de las mismas.

b) La organización del sector sobre el que actúan, facilitando su racionalización y aumento de productividad. Consecuencia ésta en la que no puede decirse que sólo la cooperación esté interesada porque, constituyendo un factor de estabilización –de carácter antiespeculativo–, rebasa los puros efectos internos para actuar sobre alguna parte, al menos, del sistema económico. Todo ello a condición de que los intercambios puedan establecerse sobre una base planificadora que permita organizar la producción, teniendo en cuenta la evolución probable de la demanda a medio y largo plazo y no en vista de los beneficios que la situación pueda reportar de inmediato, como suele acontecer en el capitalismo.

c) El reparto más equitativo de la riqueza entre productores y consumidores, que moraliza los intercambios.

Las relaciones intercooperativas constituyen en efecto una ocasión excepcional para dar vigencia efectiva a la teoría del justo precio. Según RAYNAULD, que estudia la aplicación de estas ideas en el campo específico de las relaciones internas entre empresas cooperativas, el “justo precio” no solamente diverge del imperante en el mercado en cuanto a su formación, sino que ni siquiera pueden ser aplicables al caso razonamientos de tipo económico, como el que lo identificaría con el obtenido según el coste marginal de los productos en régimen de concurrencia perfecta. Priman aquí las consideraciones propias de la doctrina cooperativa, inspirada en condicionantes de orden moral y social; no se trata solamente de respetar los principios de la justicia “conmutativa”, sino los de la “justicia social”, uno de los cuales consiste en afirmar que justo precio es aquél que permite al trabajador vivir de su trabajo y mantener a su familia. Se hace así necesario construir una “ética cooperativa” precisa, fijándola en términos susceptibles de aplicación práctica. En tal sentido, el “precio justo” para estos intercambios cooperativos sería aquel que permitiera “la mayor eficacia social compatible con las normas cooperativas de reparto de la riqueza”.

COLOMBAIN (1972) enfoca el tema de las relaciones intercooperativas desde un punto de vista más amplio, dentro del cual quedan englobadas, no solamente las relaciones “económicas”, sino también las morales o institucionales y sociales. Muchas de éstas son en realidad fruto del trabajo y objetivos propios de las federaciones y de los organismos constituidos en su seno, que tienen muchas veces la misión de encargarse de los aspectos morales de una o varias ramas del movimiento. Ya anteriormente hicimos alguna referencia a la cuestión.

Pero también el enfoque económico recibe un tratamiento más amplio, que desborda el simple marco de las relaciones entre las cooperativas de producción agraria y de consumo. Realmente la colaboración intercooperativa puede extenderse a otros muchos campos.

Cabe citar una “acción unilateral”, mediante la cual una organización joven o débil es ayudada por otra más antigua o más fuerte. Como ejemplos prácticos de la misma se refiere el autor a aquellos casos en los que las cooperativas de consumo, de seguro o crédito, ponen los fondos que han acumulado a disposición de cooperativas de viviendas, o las cooperativas de consumo que permiten que sus centros de reparto sirvan como amplia red de agencias a las cooperativas de seguros de vida y de seguro contra incendios u otros riesgos.

De esta manera, bien por la vía de la “financiación” mediante fondos cooperativos –de las propias instituciones de crédito cooperativas o de remanente disponible de sociedades cuyo objeto no es el crédito–, o por la de “gestión” –aprovechando la ramificación de puntos de venta de las coo-

perativas de consumo o de las cajas rurales—, puede obtenerse una ayuda muy eficaz para el desarrollo del movimiento.

Otro sistema que expone COLOMBAIN es el de la “acción combinada”. Se trata en este caso de crear organismos comunes a varias ramas, potenciando su acción. Los ejemplos prácticos vienen constituidos en este caso —y de una manera general— por la coordinación de esfuerzos entre varias ramas cooperativas (producción y vivienda, producción industrial-consumo, etcétera) encaminados a intensificar sus relaciones mutuas.

Revisión de las posibilidades de la intercooperación.

Ahora bien —como recuerda PARRA DE MÁS, a quien estamos siguiendo—, por muy tradicionales que hayan venido siendo las aspiraciones de fomentar las relaciones internas entre las empresas cooperativas y por muy evidentes que parezcan sus ventajas, lo cierto es que en la práctica han venido tropezando con numerosas dificultades que han disminuido su alcance efectivo.

KARL GRUNEWALD ha estudiado el desarrollo del intercooperativismo, señalando las diversas alternativas por las que ha venido transcurriendo, fundamentalmente en relación con Alemania. Los inconvenientes, o puntos de fricción, teóricos y prácticos, podrían a su juicio sintetizarse así:

Se hace necesario, en primer lugar, *determinar el alcance y objetivos* que pretenden conseguirse. Parece evidente que, antes de determinar los medios y sistemas organizativos a implantar, se haga necesaria una definición de programas.

El pensamiento cooperativo en este punto se ha centrado en dos posiciones, en principio contrarias. Algunos autores, como, p. e., EVERLING, parecen haber sustentado grandes ambiciones y esperanzas en el desarrollo de las relaciones intercooperativas, destinadas a conseguir una gran reforma económica. “Esa tan deseable colaboración entre las organizaciones de productores y consumidores, que está en el interés de la población” como “uno de los puntales que ayudará un día a sostener la economía común cooperativa a la cual nosotros aspiramos”.

Frente a estas consideraciones magnificadoras, un segundo grupo de cooperativistas, guiados por un sentido práctico —quizá conscientes de las dificultades reales—, proponen objetivos más específicos y concretos, circunscritos desde luego al campo de colaboración entre las cooperativas agrarias y las de consumo.

Sean cuales fueren los objetivos adoptados, lo que parece necesario es que las sociedades llamadas a colaborar entre sí *conozcan realísimamente sus posibilidades de acción inmediata*, organizando los medios que estimen necesarios. En definitiva, quizá no exista una contraposición impor-

tante entre las dos posturas anteriores: se trata de “grados” sucesivos de colaboración, pues mal se puede llegar a una integración coordinada sin haber quemado anteriormente largas etapas de aproximación.

Otro núcleo de problemas viene determinado por la diversidad de concepciones de índole ideológica, política y económica, entre los miembros de las distintas ramas del movimiento, particularmente entre los de las cooperativas de producción agraria y los pertenecientes a las de consumo.

Muchas de las dificultades de entendimiento entre las cooperativas agrarias y las de consumo pueden explicarse históricamente por la distinta base ideológica de sus miembros. El campesinado ha sido en todos los países un medio social de carácter conservador y de signo individualista, reacio a las acciones conjuntas de sindicatos y asociaciones. Para los socios de las cooperativas de consumo, pertenecientes en su inmensa mayoría al proletariado urbano, la acción sindical, como instrumento de la llamada “lucha social” —según PARRA DE MÁS—, ha desempeñado un papel aglutinante en el terreno ideológico, frente a cuyo poder el campo no ha podido presentar organizaciones coherentes que ayudaran a restablecer el equilibrio o que le aproximaran a las concepciones sociales propias de aquel proletariado.

Bien es verdad que las mutaciones sociales que se han venido produciendo en nuestros días han disminuido estas diferencias, cometido que en parte ha correspondido también a la acción de la propaganda cooperativa, que ha pretendido imbuir a los miembros de las distintas ramas del movimiento una común manera de pensar.

Estos factores han contribuido —como señala GRUNEWALD— a que la problemática del intercambio cooperativo directo haya venido desplazándose desde su primitiva zona ideológica, política o confesional, hacia *cuestiones de carácter económico*.

Entre éstas hay todavía un núcleo de cuestiones indirectamente influenciadas por las distintas concepciones entre las dos ramas del movimiento contrapuestas a la hora del intercambio. “El consumidor quiere comprar lo más barato posible; el campesino y agricultor, en cambio, desea colocar sus productos en la forma más ventajosa para él.” Fruto de estos razonables puntos de vista particulares son las inacabables discusiones referentes a la política agraria del Estado (y hoy —añadimos— de la Unión Europea). El consumidor urbano se muestra así partidario de una mayor fluidez de importaciones de productos agrarios, que defiendan su poder adquisitivo contra los altos precios de los intermediarios y, a veces, incluso de una agricultura protegida por el arancel o primada a través de subvenciones, repercutidas luego en forma de impuestos. El agricultor aduce el continuo deterioro de sus precios, la importancia de una agricultu-

ra nacional suficiente y racionalizada –visible a la hora de contingencias inesperadas–, el valor social de la permanencia de unas costumbres o unas formas de vida tradicionales, su papel de guardián y agente del medio rural, etc.

Desde un punto de vista puramente económico, es precisamente la de la fijación de un precio cooperativo la cuestión más tormentosa que presentan los intercambios internos. Su definición supondría realmente el punto de partida eficaz, pero los intentos realizados no han tenido un gran éxito; quizá porque, como vimos decía RAYNAULD, sólo pueda resolverse eficazmente a través de una “integración” efectiva de ambos sectores, de unas “relaciones organizadas”. Tal como están las cosas, la realidad es que los intercambios cooperativos se verifican normalmente a precio de mercado. Otros autores opinan que el precio de mercado puede servir de guía o índice –en realidad es imposible separarse de él en una economía libre– “para conceder sobre esta base ciertas ventajas o rebajas en el intercambio cooperativo”; estas reducciones hallarían su justificación en la disminución de los costes, que se opera cuando la producción puede racionalizarse en virtud de contratos de largo alcance.

Pero ocurre que, como han demostrado estudios experimentales, los precios de mercado de los productos agrarios no llegan en ocasiones a cubrir los costos reales de su obtención –o, como quieren algunos, los costos reales más la suma de los valores no materiales creados por el agro–. Supuesto esto, ¿cómo defender su valor orientativo para la fijación de un precio justo?

Incluso la reducción –o eliminación– de los márgenes intercomerciales, en la que se ha visto a veces el verdadero objetivo de las relaciones intercooperativas, tropieza con grandes dificultades de definición: ¿en qué consisten estos márgenes?, ¿cómo pueden fijarse de forma unívoca para la amplia gama de los productos agrarios, cuya obtención y comercialización incluye valores tan diversos?, ¿cuáles son los riesgos a asumir?, ¿cuáles los desafíos y requerimientos de la logística?

Todas estas cuestiones oscurecen extraordinariamente la fijación de un precio en las relaciones intercooperativas.

Las cuestiones reales que se plantean en estos casos derivan de la posibilidad de ejecución de los acuerdos a largo plazo. Para los productores puede resultar difícil el mantenimiento de los precios ante la variación de los costes; será preciso mantener una adecuada cohesión interna, evitando que los cooperativistas puedan desviar sus productos al mercado cuando la ocasión resulte favorable. Este problema puede soslayarse imponiendo la obligación de la aportación de todo el producto de las cosechas a la Cooperativa, lo que no atenta al principio de voluntariedad, sino que constituye un reflejo de “autodefensa” cooperativo-empresarial.

Tampoco las cooperativas de consumo son ajenas a esta problemática; imposibilitadas, como están, para imponer a sus socios el consumo obligatorio de los productos por ellas distribuidos, se comprende que no pueden contraer a la ligera compromisos de compra, sino en cantidades y precios muy estudiados, que puedan luego colocarse con seguridad. Una planificación cuidadosa del futuro y redes de venta amplias podrán ayudar a resolver las cuestiones que se vayan presentando, sin descontar las posibilidades del mercado exterior abierto a las grandes centrales mayoristas.

Tales son algunas de las trabas que obstaculizan el desarrollo de las relaciones intercooperativas, al menos en su parcela más importante, constituida por las que se realizan entre las cooperativas de producción agraria y de consumo. Su acción es realmente operativa y explica sobradamente por qué estas relaciones no han tenido en la práctica, pese a los importantes logros alcanzados en muchas ocasiones, el alcance deseado.

Algunos criterios constructivos.

Los medios para remover estas dificultades —como indica PARRA— están lógicamente en función de las mismas.

El común ideal cooperativo, la ausencia de motivos especuladores, el deseo de colaboración fundado en la persuasión de que solamente mediante la unidad del movimiento podrá éste alcanzar los objetivos propuestos, ha constituido una plataforma real para que la propaganda cooperativa haya podido disminuir con el transcurso del tiempo las diferencias ideológicas que separaban a los miembros de las distintas ramas del movimiento.

Desde un punto de vista económico, se han revelado de la mayor utilidad medidas tales como el aumento de operaciones *per cápita* en el seno de cada cooperativa, que al intensificar su poder de venta (agrarias) o de compra —y venta posterior— (consumo) potencia su actividad y destaca su posición en el mercado; la extensión del número de socios conduce a resultados parecidos, aunque no pueda predicarse indiscriminadamente para todo tipo de cooperativas, fundadas siempre en una base de confianza y solidaridad; la ampliación de la lista de mercancías ofrecidas, tanto en las agrarias como en las de consumo, facilita la posibilidad de intercambios entre ellas, etc. En este sentido podrían citarse también, siguiendo a GRU-NEWALD, la “planificación común” de cultivos y ventas, el almacenaje común de productos agrícolas o su conservación y la disminución del margen intercomercial.

Añade PARRA DE MÁS que “en todo caso parece que los verdaderos objetivos de las relaciones internas (*sic*) entre empresas de distintas ramas del movimiento sólo pueden ser alcanzados cuando haya podido con-

seguirse una integración real y efectiva. Es lógico que exista una etapa de tanteos previos que conduzca a través de sucesivas acomodaciones a una confianza mutua. Pasada ésta, debe de ponerse el mayor énfasis en que las relaciones se intensifiquen y puedan planificarse, porque sólo mediante unos acuerdos a largo plazo podrán lograrse ciertas reducciones en los costos que permitan abrigar la esperanza de llegar a la formación de precios distintos a los de mercado”.

Ahora bien, incluso una vez delimitados los campos de actuación de ambos tipos de cooperativas, subsiste el problema del “cómo” organizar de manera efectiva sus relaciones internas.

Los acuerdos a largo plazo constituyen –según PARRA– la primera situación lógica que permite activar relaciones obteniendo efectos claramente positivos en orden a la consecución de precios justos y estables. Cuanta mayor sea su intensidad, más favorables serán sus posibilidades.

Pero, evidentemente, esto puede llegar a no ser suficiente para conseguir unas auténticas relaciones “organizadas”; en definitiva, subsisten aquí dos tipos de organizaciones, siempre enfrentadas a la hora de determinar los precios, más o menos deliberadamente ignorantes de los problemas reales que cada una debe internamente resolver.

El proceso de acercamiento puede entonces coronarse con éxito mediante la creación de “empresas mixtas” o “haciendas intermedias”, como las denomina gráficamente la doctrina italiana. Su implantación puede iniciarse precisamente en aquella zona de la transformación de productos, fácilmente accesible para unas y otras cooperativas. Surgen así cooperativas –o empresas de otro tipo social– encargadas del almacenaje y conservación de los productos, de su embalaje o transformación. Se comprende que en tales empresas, establecidas en beneficio común, la cuestión del precio de adquisición de los productos pueda pasar con mayor facilidad a un segundo plano, resolviéndose con arreglo a criterios cooperativos en la medida de lo posible. Cobran, en cambio, una importancia decisiva otro tipo de consideraciones más específicas y menos polémicas por su mismo tecnicismo; así: la planificación de la producción, racionalización de métodos, eliminación de intermediarios, etc., vigorizándose, además, el espíritu de una actuación común, independiente del mercado.

Según LABADESA (1958), la constitución de estas “haciendas intermedias” es particularmente interesante cuando, dadas las circunstancias existentes, se hace difícil la posibilidad de establecer convenios duraderos entre las cooperativas de producción agraria y las de consumo. Así sucede, por ejemplo, cuando ambos tipos de cooperativas tienen dimensiones muy diferentes y, por tanto, ni la agraria puede abastecer, tanto en cantidad cuanto en diversificación de productos, a la de consumo; lo mismo ocurriría cuando la cooperativa agraria exceda notablemente en su ca-

pacidad de producción a los productos que pueda adquirir su compradora. A una situación parecida se llega cuando la demanda de los productos exige hacer en ellos operaciones previas de transformado, embalaje, etcétera.

“En cualquiera de estos casos –sigue el citado autor–, ni las cooperativas de agricultores, ni las de consumo, estarían dispuestas a asumir completamente los gastos y la responsabilidad de una organización notablemente compleja; las cooperativas de consumo no experimentarían conveniencia alguna adquiriendo mercancías en cantidad superior a sus necesidades, asumiendo el encargo de rendir los excedentes al comercio privado”. La creación de una sociedad intermedia representa entonces el mejor medio de establecer unas relaciones continuas entre ambos tipos de cooperativas.

COLOMBAIN, que concibe, como hemos indicado, las relaciones intercooperativas de una manera más amplia que las que se contienen en el tradicional marco de la cooperación agraria y de consumo, destaca también la utilidad de las empresas mixtas y cita numerosas experiencias europeas. Se presentan así distintas opciones, como la de empresas mancomunadas creadas especialmente para establecer una “ayuda unilateral”, cual es el caso de las que han sido establecidas –hace años– por poderosas organizaciones de consumidores, que, con la intervención de las agrarias, fomentan su actividad, financiando y asumiendo su producción. En otros casos, las empresas “mancomunadas” –como las denomina este autor– se crean para atender “finés comunes” o “necesidades complementarias”. Otro tipo muy interesante de empresa mixta o mancomunada es aquel que se establece para completar el trabajo de otras varias, que funcionan en forma de “subempresa”, su utilidad se manifiesta sobre todo en el campo industrial-artesanal (artes gráficas, industria del calzado, etc.), sin olvidar su aplicación al de los servicios (administración y contabilidad, por ejemplo).

Las “empresas mixtas” o “mancomunadas”, o las “haciendas intermedias” en el campo de la cooperación agrícola, contribuyen, en fin, de manera destacada a lo que PARRA DE MÁS –a quien hemos seguido en todo este apartado (3) del epígrafe II del presente trabajo– llamaba integracionismo cooperativo; en ellas, las partes, en principio opuestas, reconcilian sus intereses colocándolos en pie de igualdad.

4. Casi diez años después se publican unas consideraciones –extrajurídicas– de ROSEMBUJ, T. (1982), sobre el “mercado intercooperativo”. Decía este autor:

“Son sabidas las dificultades existentes para vincular las cooperativas de distintos sectores entre sí. La cooperativa frecuentemente no advierte que es una célula de un organismo único y tiende a la automargina-

ción. Se desprecian o ignoran las ventajas comparativas y las economías de coste que se pueden obtener de una efectiva canalización de cada una de las fuerzas económicas aisladas en actividades complementarias en el mercado.

La vinculación entre cooperativas aparece como un factor inmediato de defensa mutua. La venta de una a otra; la adquisición entre ellas; la inversión conjunta o complementaria; el ahorro común, compartido o informado, son bazas que las cooperativas tienen en la mano y no las utilizan o lo hacen marginalmente.

El mercado intercooperativo no requiere invención alguna. Ya está. ¿Qué dificultad existe en cambiar un proveedor mercantil por una cooperativa? ¿Cuál es el obstáculo que ofrece construir naves o factorías por cooperativa antes que por empresas privadas (*sic*)?, y finalmente, ¿cuál es el problema para acordar ventas o compras entre cooperativas?

(Anticipemos que estos interrogantes no apuntan, en modo alguno, a la problemática de los genuinos acuerdos intercooperativos –que suponen una extensión de la actividad cooperativizada, es decir, de la ligada al objeto social–; en cambio, las preguntas de ROSEMBUJ aluden sólo a los actos o negocios jurídicos instrumentales, aparte de establecer una inadmisibile contraposición entre “empresas privadas” y cooperativas –como si éstas no fuesen también emprendedoras del sector privado–.)

Hoy por hoy –según dicho autor–, cualquier actividad económica exhibe la marca cooperativa. Y esto supone la necesidad de plantear, como estrategia microeconómica, la exigencia de comprar-vender-invertir-cooperativamente, cuando ello sea posible y conforme a los intereses de las partes.

El mercado intercooperativo es una acción, antes que la formalización institucional de determinadas características, el cual debe tender a un objetivo: el conocimiento mutuo y recíproco del empresario cooperativo. Todo ello según el citado autor.

La información, el contacto técnico, la aproximación gradual a las necesidades convenientes para los distintos agentes económicos cooperativos, son los elementos que deben estar presentes en su elaboración; la unión de ferias, exposiciones y muestras cooperativas; la negociación producto por producto, utilización conjunta de infraestructuras comunes, son datos que deben comparecer a la hora de concretarlo.

El mercado cooperativo es una realidad. Hay cooperativas de trabajo asociado, del campo, de consumo, de enseñanza, cada una de las cuales, en su faceta empresarial, actúan en el mercado, cotidianamente, comprando, vendiendo, construyendo, ahorrando, en general, contratando para su propia evolución.

En cada uno de esos actos es deseable que el interlocutor sea otra cooperativa. Ello exige, entonces, la elaboración periódica de información

que plasme el cuadro de oferta y demanda intercooperativa y el seguimiento de la acción.

El mercado intercooperativo no exige institución alguna para llevarse a cabo. Sean las federaciones o algunas cooperativas de dimensión importante –polo de desarrollo geográfico o sectorial–, el objeto tiene que ser único: sólo para cooperativas y entre ellas. En el supuesto que esto no sea factible, entonces la cooperativa recurrirá al mercado no cooperativo.

La demanda de recursos humanos, materiales, financieros y su insuficiente satisfacción indicarán las lagunas del sector cooperativo y la exigencia de una programación federativa para su desarrollo.

Pero la concentración del mercado aparece como prioritaria para la difusión del sector. Y tal concentración no requiere sino una información actualizada sobre el número y calidad de las cooperativas existentes. Nada obliga a contratar, si no hay precios competitivos y calidad de producción; pero, al menos, esto también será un indicador de cuanto debe mejorar-se para una competencia practicable.

La idea del mercado intercooperativo puede tener como eje una institución de coordinación, sea de crédito o de seguro, que brinde el soporte de comunicación y contacto necesario para ello. Así, LAIDLAW señala la función importante que puede corresponder a los bancos cooperativos o a organizaciones aseguradoras cooperativas, cuando se deciden a coordinar la acción de diferentes clases de cooperativas.

En esa misma línea mencionaba ROSEMBUJ el contrato de asociación, modelo de relación establecido entre las cooperativas de trabajo asociado y la Caja Laboral Popular de Mondragón. En el apartado del convenio referido a relaciones entre cooperativas asociadas se afirma que: “Para lograr un mayor apoyo institucional y alcanzar una óptima eficiencia empresarial del Grupo asociado, la Cooperativa asociada respetará normas de lealtad y ayuda recíproca, en la adopción de programas de producción, selección de personal, creación de grupos intercooperativos, adjudicación de pedidos y en cualquier otra faceta empresarial que, sin menoscabo de su propia soberanía e intereses, pueda beneficiar a otras Cooperativas asociadas a Caja Laboral”.

La entidad de crédito, en este caso la Caja Laboral Popular, es el eje en torno al cual circula la información de la empresa. Pero ello, aunque deseable, no tiene por qué ser necesario. La función, en sus mismos términos, la podría asumir cualquier entidad sin fin lucrativo: cajas de ahorro, mutualidades, fundaciones. El Centro de Información y la constitución de un banco de datos que garantice el flujo de información actualizada de los pilares del mercado intercooperativo.

Como puede verse, en la exposición de este autor se pasa de un mercado intercooperativo a otro heterocooperativo.

III. Precedentes normativos

En este apartado vamos a recordar, no sólo los antecedentes legislativos, sino también lo que algunos autores, no siempre procedentes del campo jurídico (pues SALINAS RAMOS es cultivador de la sociología cooperativa), expresaron sobre aquellos antecedentes.

1. Por no alargar este epígrafe, remontándonos más atrás, cabe tomar como punto de partida el artículo 23 del Reglamento de 1943, según el cual las cooperativas, *“cualquiera que sea su clase, podrán transmitirse entre sí los productos adquiridos para su aprovechamiento o consumo, como expresión de solidaridad entre ellas”*.

Para LLUIS y NAVAS (1972), aun cuando esta regla es de alcance general, tenía especial interés para las cooperativas distributivas. Evidentemente, las cooperativas pueden vender los productos que ellas fabrican, incluso es la finalidad fundamental de algunas, como las de producción industrial y artesanas. Pero en otros casos, como en las de consumo, y a veces en las de cooperación agrícola, pesquera y de adquisición de materias primas artesanas, las adquisiciones se efectúan para los socios, y en la cooperación de consumo la venta a terceros se hallaba en los años cuarenta considerablemente limitada.

Aquella excepción se dirige por una parte a facilitar la salida de productos, es decir, a permitir la elasticidad de lo que aquel autor llama “comercio cooperativo”, en la medida en que no se desvirtúe la naturaleza de este fenómeno social, y efectivamente no queda desvirtuado, por realizarse dentro del círculo cerrado que supone precisamente tratarse de un comercio intercooperativo.

Esta libertad del comercio intercooperativo respecto de los productos adquiridos de terceros se ha de ejercer naturalmente dentro de las normas generales sobre transmisión de bienes, que no quedan alteradas por el precepto que nos ocupa. Pero LLUIS y NAVAS se cree, además, obligado a añadir algo obvio, a saber: que no presupone una prohibición de las otras formas lícitas de comercio cooperativo (p. ej., de las ventas a cooperativas o a terceros de los productos de la cooperación industrial).

2. Hay que esperar casi treinta años para que el segundo Reglamento de la vieja Ley de Cooperativas (de 1942), aprobado por Decreto 2396/1971, de 13 de agosto, trazase la primera fórmula ambiciosa de los acuerdos intercooperativos. En efecto, el artículo 55 de esa norma reglamentaria disponía: *“Las cooperativas de la misma o diferente rama podrán celebrar conciertos para fines determinados, tales como el intercambio de capitales y de personal asociado o no, la formación de fondos de compensación que aseguren la distribución equitativa de los retornos y el estable-*

cimiento de una dirección única en las operaciones concertadas, mediante delegación de poderes de las entidades interesadas”.

Al amparo de este precepto –decía LLUIS y NAVAS– cabe establecer acuerdos, pero no crear personas jurídicas, pues ello sería una cooperativa de segundo grado, regulada de modo especial en el artículo 53 del mismo Reglamento. En cambio –según el mismo autor– nada se oponía a que de estos conciertos resultasen comunidades de bienes intercooperativas, pero sin personalidad.

También en este caso existía una gran libertad de pactos. Por tanto, se regirá el acuerdo por las cláusulas del convenio, en primer lugar; si bien serán nulos los acuerdos en que se adopten fines extracooperativos –mejor sería decir “anticooperativos”– (por aplicación del art. 4 del Código Civil, en relación con lo dispuesto en la Ley de Cooperativas); y según LLUIS, tendrán un vicio cuando menos sancionable administrativamente y anulable civilmente los acuerdos en que una cooperativa se comprometa a realizar fines que no le están autorizados estatutariamente... (expresión poco ajustada técnicamente y muy limitativa que no podemos compartir, pues los temas de capacidad de una sociedad no se solventan en virtud de “autorización estatutaria”, sino en el marco de las prescripciones legales; aparte –hoy día– del principio de libertad de empresa que –como norma constitucional de 1978– aquel autor no pudo invocar, a la sazón).

Asimismo, dada la variedad de los pactos posibles, será de aplicación la legislación que regule el pacto concreto que en cada caso se formule.

“Evidentemente –concluía aquel autor–, entre los convenios previstos en el artículo 55 del Reglamento de 1971 figuran muy diversos acuerdos: entre ellos algunos que supongan constituir comunidades de bienes adscritas patrimonialmente a un concierto autorizado en dicho precepto y delegaciones de poderes...” (*sic*).

3. Por su parte, SALINAS RAMOS (1982) recordaba y comentaba la situación bajo la Ley General de Cooperativas de 1974 y su Reglamento de 1978, en los términos que siguen.

Según este autor, las cooperativas de primer grado pueden celebrar entre sí conciertos para intercambios de servicios, materias primas, productos y mercaderías, formación de fondos, establecimiento de una dirección única.

La realidad es que el artículo 125.1 del Reglamento aprobado por RD 2710/1978, de 16 de noviembre, no limitaba los conciertos intercooperativos a las sociedades de primer grado y que la posibilidad de “dirección única” era sólo (como es lógico) para las operaciones concertadas. Finalmente, la enumeración legal era abierta, pues cabían conciertos para “cualesquiera otros actos u operaciones que faciliten o garanticen la consecución de los fines cooperativos”.

Los conciertos –según dicho autor– debían acordarse por la asamblea y determinar la responsabilidad ante terceros por las operaciones conjuntas, como asimismo la representación.

La realidad es que el acuerdo asambleario no venía impuesto por el citado Reglamento ni en el artículo 125.1, ni en el 48 (que enumeraba las competencias de la asamblea atribuidas a ésta por el legislador). En consecuencia, sólo si los Estatutos exigían acuerdo asambleario [al amparo del art. 48.2.m)] sería necesario el pronunciamiento de la asamblea. En otro caso, el diseño y establecimiento del concierto intercooperativo sería obra de los Consejos rectores.

Los objetivos que los conciertos intercooperativos pretenden –según SALINAS– son mejorar la gestión de servicio de las entidades, mediante su potenciación; fortalecer la estructura empresarial en el mercado; mejora de la eficiencia productiva o distributiva.

Las relaciones intercooperativas –recordaba dicho autor– pueden asumir características muy diferentes. Pueden ser: circunstanciales, circunscritas a operaciones aisladas; estables, basadas en proyectos de realización conjunta que se extienden en el tiempo con una cierta permanencia; o definitivas, cuando la relación se une como condición de existencia de las entidades intervinientes.

Las relaciones intercooperativas pueden cubrir espacios de asistencia técnica compartida; formación y preparación profesional; acuerdos de mercado en orden a la comercialización y producción, financiamiento; contratación en común de factores humanos o adquisiciones de bienes corrientes.

Las asociaciones intercooperativas (equivoca expresión; mejor sería hablar de “vinculaciones intercooperativas”) pueden tener raíz geográfica o sectorial y, en algunos casos, ambos mecanismos se solapan y superponen. Véase el ejemplo de las cooperativas nucleadas en torno a la Caja Laboral Popular de Mondragón.

“El complejo cooperativo –escribió José María ARIZMENDIARRIETA (citado por SALINAS)– tiene que ser ya un concepto tan familiar como lo ha sido la cooperativa aislada y, es más, podríamos decir que estas nuevas cooperativas debían estar ya más o menos enroladas en centros ya existentes, para que en cierta forma tutelén o garanticen un desarrollo sin torceduras.”

En resumen, el análisis de los “conciertos intercooperativos” lleva a SALINAS a concluir –refiriéndose ya al grupo– que es un “modelo de conexión intercooperativa que protege a cada miembro del mismo de las dificultades de la supervivencia en soledad, expuesta a las contingencias del mercado y al entorno hostil que cerca a la cooperativa en su existencia. Pero, al mismo tiempo, salvaguardando la autonomía e independencia de cada una de las sociedades agrupadas, les permite aprovechar el utillaje

de gestión de la gran empresa, básicamente, los instrumentos de planificación y de política global que las trasciende y condiciona”.

4. Finalmente, hay que recordar que la norma estatal vigente sobre acuerdos intercooperativos tiene su inmediato precedente en el artículo 149 de la Ley General de Cooperativas 3/1987, de 2 de abril, cuyo tenor era el siguiente:

“Artículo 149. Otras formas de colaboración económica.

Las Sociedades Cooperativas, ya sean de primer grado o segundo o ulterior, podrán contraer vínculos societarios o formar consorcios con otras personas físicas o jurídicas, a fin de facilitar o garantizar las actividades empresariales que desarrollen para la consecución de su objeto social. Asimismo, las Cooperativas podrán adquirir la condición de asociado en otra Sociedad Cooperativa.

Los excedentes, beneficios o intereses obtenidos por las Cooperativas por las particiones o inversiones realizadas en los supuestos a que se refiere el párrafo anterior, se destinarán al Fondo de Reserva Obligatorio.”

(El subrayado es mío.)

Ahora bien, si se examina este precepto con detenimiento, se puede comprobar que, por despejar una duda (presente históricamente también en otros ordenamientos, p. ej., el francés y el italiano, a saber: la capacidad de las cooperativas para formar sociedades con otras empresas no cooperativas), ha olvidado lo más directo y apropiado cooperativamente, a saber: la posibilidad y las consecuencias de los vínculos estrictamente intercooperativos que no sean meramente financieros (como ocurre con el caso de una cooperativa que es admitida como “asociada” –léase inversora– en otra).

Lamentablemente, por haber olvidado esa doble cuestión, el perezoso legislador de 1999 ha reproducido (resumiéndolo) el segundo párrafo del artículo 149 de la Ley de 1987, en el último párrafo del artículo 79.3, de la Ley 27/1999, incurriendo en un grave error, a saber: equiparar la gestión de los excedentes generados por los conciertos entre cooperativas con los beneficios obtenidos por participaciones extracooperativas.

IV. Estudio de la Ley estatal de Cooperativas vigente (27/1999)

En este apartado vamos a partir de –pero matizándola y ampliándola– la aportación que hemos realizado en una monografía publicada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (*vid.* PAZ CANALEJO, N.: *Las cooperativas ante el reto de los mercados actuales; un estudio no sólo jurídico*. Madrid, 2002).

1. El punto de partida obligado es el artículo 79 de la vigente Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, que dispone lo siguiente:

“Artículo 79. Otras formas de colaboración económica.

1. Las cooperativas de cualquier tipo y clase podrán constituir sociedades, agrupaciones, consorcios y uniones entre sí, o con otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, y formalizar convenios o acuerdos, para el mejor cumplimiento de su objeto social y para la defensa de sus intereses.

2. Las cooperativas que concentren sus empresas por fusión o por constitución de otras cooperativas de segundo grado, así como mediante uniones temporales, disfrutarán de todos los beneficios otorgados en la legislación sobre agrupación y concentración de empresas.

3. Las cooperativas podrán suscribir con otras acuerdos intercooperativos en orden al cumplimiento de sus objetos sociales. En virtud de los mismos, la cooperativa y sus socios podrán realizar operaciones de suministro, entregas de productos o servicios en la otra cooperativa firmante del acuerdo, teniendo tales hechos la misma consideración que las operaciones cooperativizadas con los propios socios.

Los resultados de estas operaciones se imputarán en su totalidad al fondo de reserva obligatorio de la cooperativa.”

Como ha afirmado recientemente un autor procedente del campo notarial (ROMERO CANDAU, 2001), al comentar globalmente (es decir, en sus tres números) el artículo 79 de la Ley 27/1999, “éste no es un precepto que se limite a desarrollar el principio de integración cooperativa. Más bien sucede lo contrario: de lo que se trata es de dejar sentado en la correspondiente norma jurídica que las cooperativas de cualquier tipo no tienen limitación alguna por razón de su tipo, ni por vinculación a los principios cooperativos que le son propios, para la celebración de cualquier contrato de colaboración con otras cooperativas, empresarios o entidades. Como sujeto privado, la autonomía de la voluntad y la capacidad de autorregulación de sus derechos y obligaciones le son propias. Pero no está de más su reconocimiento con carácter más o menos general, y eso es lo que hace el artículo 79. Este precepto, además, desarrolla algunos extremos propios de la colaboración intercooperativa”.

Sin embargo, tras este prometedor comentario global e inicial, el número tres del citado precepto es abordado por el mismo autor con estas tres escuetas frases:

“Por último, el artículo 79.3 también es reconocimiento a *los principios cooperativos de integración y colaboración* que han de alcanzar su grado máximo cuando se trata de relaciones entre cooperativas.

Es frecuente en la práctica la existencia de los acuerdos que el precepto contempla, sobre todo en sectores del cooperativismo de consumo o de producción y en virtud de los que las operaciones de una coopera-

tiva y sus socios con otras *o con los socios de otras* pueden ser calificadas, no como operaciones con terceros, sino *entre socios*.

De todos modos, en estos casos, los resultados se imputarán en su totalidad al fondo de reserva obligatorio de la cooperativa.” (La cursiva es mía.)

Ante esta sumaria glosa, de entrada, hay que aclarar tres cosas:

a) No existen dos principios cooperativos referentes a “integración y colaboración”, respectivamente (sino un único principio –el sexto– de “colaboración entre Cooperativas”); esto es, doctrina clara de la Alianza Cooperativa Internacional, ratificada en el Congreso de Manchester (1995).

b) No está claro que la Ley regule en ese precepto –y por eso no puede darse por supuesto– también las operaciones entre socios de las cooperativas concertadas, sino entre cooperativas y sus socios hacia –y en otra cooperativa firmante del acuerdo (en cambio, el art. 89.3 sí se refiere a “cesiones” o permutas de derechos entre socios de Cooperativas de Viviendas).

c) Tales actividades –las intercooperativas del art. 79.3– se consideran “operaciones con los socios” (es decir, actos cooperativos; actividad cooperativizada); no “operaciones entre socios” que o son de otra naturaleza (p. ej., financiera –tales como transmisión de aportaciones al capital social–) o no tienen que ver con el ciclo cooperativo (p. ej., un arrendamiento que sea ajeno al objeto social, de medios de producción o de inmuebles, por parte de un socio a otro) o, si afectan al circuito cooperativo (p. ej., compras de producto de un socio a otro para su entrega a la cooperativa), deben ser conocidas por las sociedades afectadas y asumibles y válidos dentro de los respectivos marcos estatutarios. Es decir, en cualquier caso, esas operaciones “intersocios” son “extravagantes” en relación con el contenido y finalidad del artículo 79.3 de la Ley.

Por todo ello, es imprescindible abordar un análisis detenido del citado texto normativo.

2. Ese precepto legal, que tiene sus antecedentes más cercanos sobre todo en la legislación cooperativa catalana y en la foral navarra, ofrece los siguientes rasgos:

Por el lado positivo, o de los aciertos, supone:

A) Ante todo, un tributo (aunque muy limitado, como veremos) al principio de intercooperación o colaboración entre cooperativas.

B) Además, amplía –en principio– la capacidad operacional de las cooperativas para actuar económicamente con quienes no son sus socios, sin infringir la legalidad. Los acuerdos intercooperativos permiten una apertura operativa real, válida según el Derecho sustantivo (de cooperativas) y no penalizada fiscalmente (según la Ley 20/1990, de 19 de diciembre).

C) También supone abrir normativamente un nuevo cauce a la colaboración económica entre cooperativas y sus socios (incluidos los de trabajo), antes no reconocido, expresamente y sin trabas fiscales, en la Ley estatal (de 1987).

D) Finalmente, tiene un valor pedagógico, al recordar a las entidades de cooperación esta nueva vía de acción entre ellas.

Pero lamentablemente, tal vez casi son tantas, o incluso más, las limitaciones con que se perfila esta figura que las oportunidades de aplicación que ofrece. O, precisando más el análisis, alguno de los inconvenientes o rigideces de la regulación legal puede frustrar el éxito de la misma:

a) Una primera limitación es semántica, pues la expresión “en orden al cumplimiento de sus objetos sociales” resulta equívoca y alambicada. Dada su amplitud, en principio cabría entender que la norma se puede aplicar tanto a las operaciones instrumentales o mediales que preparan y facilitan el desarrollo del objeto social como a las que constituyen éste mismo; ahora bien, para las primeras no hacía falta una norma.

b) Otra importante limitación es la siguiente: según la Ley 27/1999, sólo la Asamblea General puede resolver o decidir la “participación” (sin tener en cuenta el volumen) de la cooperativa en esta forma de colaboración económica que constituyen los acuerdos intercooperativos [art. 21.2, apartado h) en relación con el art. 79.3]. Y, además, esta competencia tiene carácter indelegable (art. 21.3).

Esta norma merece una dura crítica por las siguientes razones:

b.1) Es incoherente con la configuración del Consejo Rector como “órgano colegiado de gobierno al que corresponde, al menos, la alta gestión... de la Sociedad Cooperativa” (art. 32.1).

b.2) Es contradictoria con una de las finalidades principales de la Ley según su parte expositiva. En efecto, según el propio legislador, “un objetivo prioritario es reforzar la consolidación empresarial de la Cooperativa, para lo que ha sido preciso flexibilizar su régimen... societario... Así, el reforzamiento del órgano de gobierno y administración...” (Exposición de motivos, penúltimo párrafo de su parte inicial).

b.3) Dificulta –hasta el extremo de dañar seriamente la agilidad, eficacia y oportunidad de muchas decisiones estratégicas de tipo intercooperativo– la aplicación del principio de intercooperación, que es uno de los establecidos por la Alianza Cooperativa Internacional (concretamente el sexto), a los que el propio legislador se remite (art. 1.º1).

b.4) Es incoherente con el régimen decisorio aplicable a las opera-

ciones con terceros no socios (que pueden ser ajenos a cualquier cooperativa; es decir, mucho más conceptuables como “terceros” que los socios de la otra cooperativa que puede ser de la misma clase que la firmante –con ella– del acuerdo intercooperativo). En efecto, para actuar cooperativamente con esos “terceros absolutos” basta una previsión estatutaria que podrá aplicar el Consejo Rector (art. 4.1 en relación con el 32.1 y con los concordantes sobre las distintas clases de cooperativas).

b.5) Tampoco resulta acorde con la norma que (sólo) exige acuerdo de la asamblea para aquellas decisiones que supongan “una modificación sustancial, según los Estatutos, de la estructura económica, social, organizativa o funcional de la Cooperativa” [art. 21.1.g)].

b.6) Finalmente, tampoco es congruente obligar a que la Asamblea decida indelegablemente sobre los vínculos intercooperativos y, en cambio, permitir que, una vez acordada la constitución de –o la incorporación a– un grupo cooperativo (que normalmente supone grandes dosis de integración y por ello de pérdida de autonomía) dicho grupo pueda asumir (sin necesidad de otro acuerdo asambleario que el de la delegación) competencias de la Asamblea General (art. 21.3, *in fine*).

c) Un tercer problema que plantea el texto legal es el de si, en virtud de un acuerdo intercooperativo, la sección de crédito de una cooperativa puede operar con la otra cooperativa y los otros socios de la misma, firmante del acuerdo, sin que aquélla ni éstos se hagan socios reales (es decir, para realizar actividades propias del objeto social) de la cooperativa matriz. No resulta fácil dar una respuesta tajante (afirmativa o negativa) al respecto, pero –en una primera y provisional aproximación– la respuesta parece que debería ser negativa.

d) El cuarto problema interpretativo que suscita la norma consiste en aislar lo que de realmente novedoso tiene la misma. Es decir, en qué innova el ordenamiento preexistente. En efecto, dado que el sistema económico vigente en España es el de una economía de mercado y por lo tanto el de libertad de empresa y contratación, ¿qué es lo que realmente aporta como innovación para los operadores cooperativos el artículo 79.3 de la Ley?

El contenido final de los acuerdos interpretativos es realizar “operaciones de suministro, entrega de productos o servicios en la otra cooperativa firmante del acuerdo”. Pero sólo esto no añade nada a lo que, aún sin existir este precepto, podrían hacer, y hacen, siempre las cooperativas respecto a su actividad instrumental (eligen libremente a los proveedores de bienes o servicios mediales que las mismas necesitan para desarrollar su respectivo objeto social).

Hasta aquí la norma no innova nada; lo novedoso aparece al principio (“*La Cooperativa y sus socios podrán realizar...*”) y en la parte final: “*teniendo tales hechos* (debería decir “*tales actos*”) *la misma consideración que las operaciones cooperativizadas con los propios socios*”.

Veamos, en primer término, esta regla equiparadora.

Esta frase nos demuestra que el legislador no está pensando en los actos externos o instrumentales (p. ej., las compras de materia prima o de insumos por cooperativas de producción, que siempre se han dirigido al mercado exterior, salvo que algún socio pudiese ser también proveedor). Lo que la norma pretende decir es que la actividad cooperativizada (comprar en común, vender en común, trabajar en común, etc.), cuando existe un acuerdo intercooperativo, se podrá realizar no sólo con los propios socios, sino también en otra cooperativa firmante del acuerdo.

Las consecuencias de esta norma deberían ser tres, pero sólo son dos. Seguidamente explicaré esta resumida afirmación.

Desde el punto de vista de la gestión económica de la cooperativa, estos actos, derivados de vínculos intercooperativos, están –en principio– equiparados a las operaciones cooperativizadas y por ello sus resultados deberían integrar el “excedente cooperativo” y, una vez atendidos los fondos obligatorios –de reserva y de educación y promoción–, podrían ser destinados a retorno a los socios, a constituir reservas voluntarias, repartibles o no, o a incrementar los fondos obligatorios (art. 58.1 y 3). Pero este efecto no se puede producir porque la propia norma, incurriendo en una contradicción tan patente como antiooperativa por colidir con el sexto principio de la ACI, establece –como sabemos– que “*los resultados de estas operaciones se imputarán en su totalidad al fondo de reserva obligatorio de la Cooperativa*” (art. 79.3, *in fine*), que es irrepartible (art. 55.1).

Por lo tanto, desmentida por la misma Ley (en el último párrafo del art. 79.3) la equiparación o equivalencia jurídica total con los actos cooperativos de los socios, a efectos de la distribución de resultados, sólo restan dos consecuencias positivas del mencionado precepto.

Por un lado, esa operatoria ligada a un acuerdo intercooperativo no se considerará operación o actividad con terceros no socios, y por lo tanto no estará sujeta a los límites legales aplicables a esa actividad extrovertida (art. 4.º y concordantes, p. ej., para las cooperativas agrarias el art. 93.4, para las de servicios el art. 98.3, para las del mar, el 99.3, etc.).

Por otro lado, la actividad derivada de un acuerdo intercooperativo es neutral desde el punto de vista tributario, ya que no impedirá aplicar a las cooperativas concertadas la calificación tributaria que les corresponda según la Ley 20/1990.

Y, por ello, las cooperativas fiscalmente protegidas tributarán al 20 por 100 en el Impuesto sobre Sociedades al integrar el servicio o suministro prestado en los resultados cooperativos (JULIÁ, SERVER y MELIÁ, 2004).

3. Todo esto supone de manifiesto la incoherencia de la Ley probablemente derivada de una obsesión tributarista que, sin embargo, debería ser objeto de una profunda revisión, en un doble sentido, a saber:

A) Ante todo, el legislador debería advertir que esa equiparación entre “actos intercooperativos” y “actos estrictamente cooperativos o endocooperativos” debería tener algunos límites, para que no se desvirtuara el objeto y finalidad de cada cooperativa concertada. En efecto, parece que la Ley debería haber establecido que –como regla general– la operatoria anual derivada de los acuerdos intercooperativos no podrá ser superior a la realizada (también cada año) con los propios socios cooperadores de cada una de las empresas pactantes. Ello porque, en principio, un acuerdo intercooperativo no puede convertirse en un subterfugio para atender más a los socios de la otra cooperativa contratante que a los de la propia entidad, ni el objeto social de ésta quedaría cumplido si el volumen del flujo de bienes o servicios prestados intercooperativamente fuese superior al de los ofrecidos endocooperativamente, es decir, a los propios socios.

Como caso especial –pero muy importante– habría que pensar en los acuerdos intercooperativos que se configuren (desde un principio o a partir de un determinado momento) como fase previa de procesos de reestructuración societaria (en especial, de fusiones y de escisiones). En estos casos no habría inconveniente en que la operatoria de los socios de la cooperativa menor se dirigiese, predominantemente, hacia la cooperativa mayor.

Otra cuestión a plantear es la siguiente: en caso de infidelidad operacional de bastantes cooperadores (cuando éstos no realizan las demandas o las entregas correspondientes según el módulo estatutariamente obligatorio), ¿podría la sociedad acudir a los vínculos de intercooperación para evitar su disolución? Parece que hay que responder negativamente, al menos si se pretende dar una solución de carácter permanente. Sería más lógico captar a nuevos socios o buscar la salida acudiendo a la vía de la absorción de esa cooperativa claudicante por la sociedad más vigorosa.

B) En segundo lugar, una vez establecido legalmente el límite relativo general, y sus excepciones, al volumen de la actividad resultante de los acuerdos intercooperativos, debería aplicarse a los resultados de esa actividad una de estas tres opciones: b.1) la regla común o general sobre reparto de excedentes; b.2) obligar a un reforzamiento del fondo de reserva; b.3) reforzar el fondo obligatorio más ligado a la intercooperación (el de “Educación y Promoción”). En tal caso, el precepto sustitutivo del último párrafo del artículo 79.3 diría:

* Opción B.1): “Los resultados de estas operaciones se destinarán a los fines, y en los porcentajes, previstos en el artículo 58.1 de la presente Ley”.

* Opción B.2): “Los resultados de estas operaciones se aplicarán conforme a lo previsto en el artículo 58.1, pero asignando un 25 por 100 al fondo de reserva”.

* Opción B.3): “Los resultados de estas operaciones se aplicarán conforme a lo previsto en el artículo 58.1, pero asignando un 25 por 100 al fondo de educación y promoción”.

Retomando la otra vertiente subjetiva de los acuerdos intercooperativos hay que referirse a las operaciones (cruzadas o no) de los socios de una cooperativa, concertada con otra, en el seno de ésta. En efecto, el legislador no sólo ha previsto los acuerdos (en cierto modo simétricos u homogéneos) entre, y para, las cooperativas, sino también acuerdos de alcance asimétrico y heterogéneo entre cooperativas, para que sean sus respectivos socios –que pueden ser personas físicas o jurídicas– (y no sólo aquellas mismas) quienes realicen actividad en la otra, u otras, cooperativas.

Esta posibilidad requiere una serie de condiciones o requisitos que el legislador no menciona, pero que se deducen tanto del concepto y funciones de una cooperativa como de la posición de socio, a saber:

— Existencia de una habilitación expresa, en el acuerdo intercooperativo, para que los socios puedan operar con la otra sociedad e identificación de las operaciones correspondientes.

— Determinación, directa o indirecta, del volumen o cifra máxima (absoluta o porcentual) de esas operaciones para cada socio.

— Delimitación de las consecuencias que ello tendrá en la posición del socio como miembro de su cooperativa (en particular sobre la obligación de cumplir el compromiso mínimo de actividad cooperativizada; sobre el retorno en esa cooperativa, etc.).

Por lo demás, parece claro que un acuerdo intercooperativo puede ser una vía para reorientar la intensidad y grado de especialización de las cooperativas afectadas, llegando incluso a constituir secciones o a configurar un primer paso para ulteriores procesos de mutación estructural societaria (a saber, tanto de escisión como de fusión).

Por todo ello, debe modificarse la actual regulación legal, de forma que no sea más gravoso activar un acuerdo intercooperativo que prestar servicios a terceros no socios.

Se comprende –vista la amplia crítica que merece la regulación estatal sobre los “acuerdos intercooperativos”– que no podamos compartir la afir-

mación de MORILLAS JARILLO y FELIÚ REY (2000) según la cual “se observa en la redacción de las normas que regulan los denominados «acuerdos intercooperativos» un carácter menos restrictivo que en la regulación de los grupos y las cooperativas de segundo grado”. Máxime cuando la última modalidad de intercooperación citada (“cooperativas de segundo grado”) goza –a raíz de la Ley 27/1999 a la que aluden aquellos autores– de una regulación notablemente avanzada respecto a la normativa anterior (Ley de 1987).

Según GADEA (1999), la función de los acuerdos intercooperativos es “el mejor cumplimiento, desarrollo o garantía del objeto social de las cooperativas *o entidades* (o personas físicas) vinculadas, es decir, la finalidad es de colaboración y no sustitutiva de la identidad empresarial de las entidades agrupadas”. (La cursiva es mía.)

A nuestro juicio, la afirmación anterior debe ser matizada en el siguiente sentido:

— Es válido considerar como concertadas o “agrupadas” (aunque sólo hasta cierto punto) a las cooperativas que firman el acuerdo intercooperativo.

— Asimismo resulta jurídicamente correcto considerar que los acuerdos intercooperativos dan cobertura, no sólo a las cooperativas concertadas, sino también a los socios de las mismas, cuando así se haya establecido en el propio acuerdo.

— Pero de ningún modo sería válido considerar que ese tipo de acuerdos puede producir todos sus efectos (tanto cooperativos como fiscales) cuando alguno de los firmantes sea una empresa o entidad no cooperativa. Al fin y al cabo, como la propia denominación de la figura indica, se trata de “acuerdos *intercooperativos*”. Y ello, precisamente, porque sólo pueden concertarlos las sociedades cooperativas.

En cambio, sí creemos acertadas (refiriéndolas sólo a los acuerdos de colaboración con terceros –es decir, no intercooperativos–) las siguientes afirmaciones de ROMERO CANDAU (1996) al comentar la Ley de 1987:

“La actividad empresarial de la cooperativa y su inserción en la economía de mercado le obligará con frecuencia a celebrar diversos negocios de colaboración, de tracto sucesivo en calificaciones más tradicionales, donde la base de mutua confianza que siempre ha de inspirarlos no ha de incrementarse para la cooperativa con un plus de espíritu de cooperación, que ella por su parte no podría exigir, para no obtener de tal relación el máximo provecho posible en aras, precisamente, de la actividad empresarial desarrollada para el logro de su objeto social.”

V. Normativa legal de las Comunidades Autónomas

Como es sabido, la materia cooperativa no figura en la Constitución (art. 149.1) entre las relacionadas como propias de la competencia exclusiva estatal. Como consecuencia de ello, todos los Estatutos de Autonomía (algunos desde su aprobación inicial y la mayoría a raíz de modificaciones posteriores) han establecido la competencia de la respectiva Comunidad Autónoma para legislar sobre cooperativas, añadiendo una sola salvedad, casi siempre del siguiente tenor: “respetando la legislación mercantil”. (Esta cláusula, por cierto, en modo alguno es suficiente, puesto que también hay que respetar el resto del ordenamiento jurídico, comenzando por la Constitución y continuando con la serie de normas que escapan a la competencia autonómica, tales como el Derecho civil no foral, el Derecho procesal, el derecho laboral, etc.).

Dado el amplio panorama legislativo existente (puesto que en la actualidad sólo carecen de Ley cooperativa propia las Comunidades de Murcia, Canarias, Asturias y Cantabria), vamos a trazar una agrupación de normas autonómicas siguiendo un criterio cronológico, a saber: el derivado del año de aprobación, en relación con la vigencia de la Ley estatal de cooperativas.

Únicamente vamos a excluir de examen en el apartado 5.1 –pese a que sería el lugar que por razones cronológicas le correspondería– la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi, debido a que no regulaba los acuerdos intercooperativos.

Será más adelante (*vid. infra* el apartado 5.2.1) cuando glosaremos, brevemente, la norma legal que reguló tales acuerdos, insertando para ello un nuevo precepto (art. 134 bis), mediante la Ley 1/2000, de 29 de junio, modificativa de la 4/1993, citada en el párrafo anterior.

5.1. Leyes autonómicas precursoras de la norma estatal.

5.1.1. La primera Ley posdemocrática de Cooperativas que regula los acuerdos intercooperativos fue la que se aprobó en *Cataluña*; concretamente, se trataba del *Decreto Legislativo* (de la Generalidad catalana) 1/1992, de 10 de febrero, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de Cataluña.

Según el artículo 122 de esta norma, los “acuerdos intercooperativos” se definen como “*Los pactos que, derivándose del establecimiento de relaciones entre Cooperativas de ramas iguales o diferentes, permiten a las Cooperativas ofrecer a los socios de otras Cooperativas, abiertamente y en todo cuanto sea posible el suministro de cuantos bienes y servicios dispongan sus propios socios, sin otras restricciones que las que puedan derivarse de*”

la propia singularidad o complejidad de las operaciones cooperativizadas ofrecidas, de los Estatutos sociales o de las disposiciones legales”.

Esta regulación se completaba con las normas siguientes:

— *“Los socios afectados por el ámbito de aplicación de los acuerdos intercooperativos no tienen la consideración de terceros no socios.”*

— *“Los acuerdos intercooperativos serán inscritos en el Registro General de Cooperativas.”*

— *Esos acuerdos “serán objeto de especial consideración” por la Generalitat en cuanto vehículo “para el fomento de las relaciones intercooperativas.”*

Como principales rasgos de esa regulación pretérita sobre los citados pactos podemos reiterar el análisis efectuado en su día (1996), destacando los siguientes:

A) Se trata de una intercooperación de orientación descendente, en la medida en que pactan dos o más sociedades cooperativas, pero los destinatarios y receptores de los servicios pactados no son las entidades contratantes, sino los socios de alguna o algunas de ellas.

B) La eficacia del pacto puede ser unilateral (cuando sólo los socios de una cooperativa van a ser suministrados) o recíproco (cuando se cruzan las relaciones económicas y los flujos de servicios entre cada cooperativa y los socios de las otras). En cualquiera de los dos casos basta que el pacto lo concierten dos cooperativas; pero no hay duda que pueden firmarlo varias o muchas entidades.

C) No se exige que las cooperativas firmantes del acuerdo sean del mismo nivel estructural, por lo cual caben pactos de intercooperación entre sociedades de primer grado y pactos con otras de segundo o ulterior grado.

D) Los acuerdos intercooperativos debían instrumentarse en escritura pública y estaban sujetos a inscripción en el Registro de Cooperativas, lo que significa que quedan sometidos a los principios jurídicos reconocidos en la citada Ley catalana, a saber: de publicidad formal y de legalidad, previa calificación por el encargado del Registro. Ahora bien, no se trata de una inscripción constitutiva, sino meramente declarativa, lo cual comporta que el acuerdo puede entrar en vigor desde que se firma, siempre que conste fehacientemente esta fecha.

E) Nada dijo el legislador catalán (de 1992) sobre la contraprestación —obviamente económica—, en dinero o en otros bienes, que ha de percibir la cooperativa que suministra servicios a los socios de la otra entidad firmante del acuerdo; por lo tanto, habrá que estar a lo que se acuerde, en base al principio de libertad de pactos y autonomía de la voluntad que rige nuestro Derecho privado contractual (art. 1.255 del Código Civil).

F) Respecto al alcance del acuerdo, nada impide que los servicios prestados “por extensión intercooperativa” (a los socios de la otra u otras entidades firmantes) sean, no sólo los ya implantados a favor de los cooperadores de la cooperativa suministradora, sino también los que –siempre dentro del objeto social– se puedan ofrecer en lo sucesivo a dichos miembros.

G) El principal problema que podía plantear esta figura era el de su posible aplicación (en 1992) a cooperativas sometidas a la Ley del Estado. Creemos que sería muy difícil; probablemente habría que llegar a una solución societaria, es decir, de intracooperación y no de intercooperación. Dicho en otros términos: la cooperativa interesada en que sus socios fuesen suministrados por otra cooperativa debería o conseguir que ingresaran como socios de ésta, o bien la propia cooperativa interesada hacerse socia de ésta, la cual, además, debería tener configurada en sus Estatutos la posición de “socios indirectos” (que serían los de la otra entidad).

Esta normativa pasará, diez años después, con algunos matices a la Ley catalana vigente (18/2002, de 5 de julio) y, por ello, será analizada en el epígrafe 5.2 (concretamente, dentro del apartado 5.2.4).

5.1.2. La *Ley Foral 12/1996*, de 2 de julio, de *Cooperativas de Navarra*, contiene una curiosa regulación en la que se mezclan los acuerdos intercooperativos con una posición subjetiva propia de la realización de actividades endocooperativas (“socios colaboradores”).

En efecto, por un lado, está la norma del artículo 75.6, a cuyo tenor:

“No obstante lo dispuesto en los números anteriores, las cooperativas de primer grado podrán suscribir con otras los correspondientes acuerdos intercooperativos en orden al cumplimiento de sus objetos sociales.

En virtud de los mismos, la cooperativa y los socios de la misma podrán realizar operaciones de suministro, entregas de productos o servicios en la otra cooperativa firmante del acuerdo, teniendo tales hechos la misma consideración que las operaciones cooperativizadas con los socios propios.”

Por otro lado, más cerca del inicio de la Ley, nos encontramos con el artículo 30, dedicado a regular los “socios colaboradores”, en los siguientes términos:

“Tendrán consideración de socios colaboradores aquellas cooperativas con las que se haya suscrito el correspondiente acuerdo intercooperativo a que se refiere el artículo 75 de esta Ley Foral.

Los estatutos regularán el régimen jurídico de los socios colaboradores, bajo los siguientes principios:

- a) *Tendrán los mismos derechos y obligaciones en el ámbito societario que el resto de socios.*
- b) *La suma de sus votos en conjunto, tanto en la Asamblea General como en el Consejo Rector, no podrá ser superior a un quinto del total de los votos sociales en el órgano respectivo."*

Detrás de esta regulación "bifocal" y "biposicional" (objeto y sujetos) de los acuerdos –entre cooperativas–, probablemente esté el deseo de dejar "atado y bien atado" el carácter cooperativizado de la actividad resultante de tales convenios; lo que tiene trascendencia tanto sustantiva (en el régimen económico, sobre todo) como adjetiva (tributaria).

En efecto, no existiendo a la sazón (en 1996) una norma estatal que parificara esa actividad concertada entre cooperativas con los actos cooperativos típicos o internos (de, y con, los socios cooperadores), y siendo la normativa fiscal (tanto foral como estatal) tributaria del régimen sustantivo sobre la cooperación, es probable que los redactores de la Ley Foral navarra (LFN) 12/1996 prefiriesen ser muy cautos. Concretamente, cabe pensar que desearon cerrar cualquier resquicio para evitar que se les quitara con una mano (la recaudatoria de tributos) lo que la otra había dado previamente (una nueva posibilidad de "cooperación entre cooperativas", tan conocida como recomendada por la doctrina cooperativa europea desde hacía más de medio siglo).

A) *Socios colaboradores.* Si las cooperativas que se conciertan tienen la consideración legal de "socios colaboradores" y ostentan "los mismos derechos y obligaciones en el ámbito societario que el resto de los socios" [art. 30.a)], parece que sobra la advertencia de que los actos resultantes de los acuerdos intercooperativos tienen "la misma consideración que las operaciones cooperativizadas con los socios propios" (art. 75.6, *in fine*). A menos que entendamos que la expresión sobre "el ámbito societario" se refiere sólo a los derechos políticos, y no a los económicos, de los socios.

Un problema específico que plantea el legislador navarro es el de saber *qué tipo de cooperativas pueden concertar acuerdos intercooperativos* (en adelante, también AAI).

Curiosamente, el artículo 75 de la Ley Foral (que se titula "Cooperativas de segundo y ulterior grado. Acuerdos intercooperativos") en su número 6 –al regular estos acuerdos– sólo se refiere a las "Cooperativas de primer grado". Por lo tanto, no hay duda de que cualquier cooperativa primaria puede concertar tales convenios, sin que la pertenencia a una u otra clase concreta (agraria, de consumo, de viviendas, etc.) excluya esa posibilidad.

Ahora bien, ¿podrán también las cooperativas navarras de segundo o de ulterior grado suscribir AAII?

Una primera respuesta (negativa) estaría fundada en el tenor literal del precepto, que sólo menciona –como posibles autores y actores del convenio de intercooperación– a las sociedades primarias o básicas (“*las Cooperativas de primer grado podrán suscribir...*”).

Ahora bien, esta respuesta no parece satisfactoria, por las siguientes razones:

a) Se trata de un mecanismo (el de los AAII) basado en un principio cooperativo (el sexto) de “intercooperación o colaboración entre cooperativas”.

Ahora bien, el principio de intercooperación nunca ha estado limitado, ni referido sólo, a las cooperativas primarias; al contrario, la ACI siempre lo ha explicado refiriéndolo a sociedades de todos los grados o niveles asociativos.

b) El precepto legal no dice que “sólo las cooperativas de primer grado podrán suscribir...”.

c) La interpretación *a sensu contrario* (si sólo se cita a las cooperativas primarias al regular los AAII, quiere ello decir que las de grado superior no podrán contraer tales vínculos) no es un criterio hermenéutico decisivo y concluyente; máxime cuando se trata de mermar o negar la libertad de contratación a una empresa societaria dotada de personalidad jurídica (lo que supone un límite que no se puede presumir, ni extender: art. 4.º1 del Código Civil, en relación con los arts. 38 y 1.255 del mismo cuerpo legal y, ante todo, con el principio de libertad, en general, y de empresa, en particular –arts. 1.º y 38 de la Constitución Española–).

d) El artículo 75.6 de la Ley Foral navarra que estamos analizando no es –en su párrafo primero, que regula el tema dudoso– un dechado de técnica redaccional. En efecto, comienza con una expresión que sólo se debe utilizar para enunciar una salvedad o excepción (“No obstante lo dispuesto en los números anteriores...”), siendo así que los AAII no son algo que excepcione o derogue parcialmente el régimen de la cooperativa de segundo o ulterior grado.

Además, el propio párrafo primero nos dice que las cooperativas de primer grado “podrán suscribir *con otras...*”. Y este adjetivo en su primera acepción (según el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*) hace referencia a personas o cosas distintas de la que se habla (en nuestro caso equivale a una alusión, indirecta, a las cooperativas de grado supraprimario, puesto que el mismo precepto comienza refiriéndose a las de primer grado, como ya sabemos).

e) La única autora que ha aludido a este problema (ALFONSO SÁN-

CHEZ, 2000) también considera que los AAI pueden firmarse entre cooperativas de “cualquier nivel de integración”.

f) Finalmente, hay que recordar que las cooperativas de grado supraprimario “se regirán por sus Estatutos y por las normas que, con carácter general, se establecen en la presente Ley Foral y demás disposiciones de aplicación” (art. 75.5). Ahora bien, concretamente, entre esas “demás disposiciones” hay que incluir la Ley estatal de Cooperativas. No ya porque lo diga la disposición adicional segunda de la citada Ley Foral, sino, ante todo, por la regla de supletoriedad del Derecho estatal que establece el artículo 149.3 de la Constitución.

En consecuencia, una cooperativa navarra de grado ultrabásico puede celebrar AAI con cooperativas primarias, siempre que lo prevea en sus Estatutos o que –al amparo del citado precepto constitucional– se acoja, supletoriamente, a la regulación estatal sobre acuerdos intercooperativos (art. 79.3 de la Ley 27/1999, de 16 de julio), que no contiene ninguna frase dudosa respecto a qué entidades pueden concertar acuerdos intercooperativos (pues se refiere a “las Cooperativas”, sin restricción, ni equívoco semántico alguno).

En cuanto a la posibilidad de que dos, o más, cooperativas navarras de segundo –o ulterior– grado celebren tales acuerdos, también, parece perfectamente posible, al amparo de una previsión estatutaria expresa o –con mayor seguridad– mediante reenvío a la norma legal aplicable supletoriamente (el art. 79.3 de la Ley estatal, antes citada).

Respecto a otras cuestiones, nada dice el legislador navarro sobre órganos competentes para firmar el acuerdo intercooperativo, ámbito territorial, duración y destino de los resultados, lo cual nos obliga a estudiar estos temas, además de referirnos a la vertiente formal del referido acuerdo.

B) *Órgano competente.* El órgano social que ostentará la competencia para concertar acuerdos intercooperativos entre cooperativas navarras no está predeterminado, de forma imperativa y cerrada, en la Ley, sino que depende de la posición que adopten los Estatutos sociales.

Si éstos guardan silencio, estarán habilitados para concertar y firmar los Consejos Rectores de las Cooperativas navarras interesadas (art. 37.1). Pero, si los Estatutos encomiendan aquella función a las Asambleas Generales, serán éstas las competentes para contraer los repetidos vínculos intercooperativos [al amparo de lo previsto en el art. 33.1.d)]; ahora bien, los propios Estatutos (en base al art. 33.2) pueden configurar esta competencia como delegable en el Consejo Rector, en determinados supuestos (p. ej., en función del volumen de las transacciones o de la duración del vínculo, etc.).

C) *El ámbito* de los AAI puede examinarse desde dos vertientes, aunque la fundamental es la segunda (geográfica o territorial). Así, desde el punto de vista objetivo o material, deben ser siempre acuerdos finalistas orientados, y ligados, al cumplimiento de los repetidos “objetos sociales” de las cooperativas concertadas (art. 75.6, primer párrafo, *in fine*).

Desde el punto de vista territorial, caben fundamentalmente algunas de estas situaciones:

a) Las (dos o más) cooperativas concertadas desarrollan toda su actividad cooperativizada en el ámbito territorial de la Comunidad Foral de Navarra.

b) Una cooperativa de Navarra (que sólo actúa en este ámbito) recibe –en su territorio– la colaboración de otra cooperativa que opera fundamentalmente en alguna Comunidad limítrofe. (En tal caso, esta última podrá ser socia colaboradora en territorio navarro –y para este legislador–, pero desde el punto de vista de su Ley personal toda su actividad estará sujeta a la calificación jurídica resultante de la Ley autonómica correspondiente –p. ej., de Euskadi, de Aragón, de La Rioja–). Habría que tener en cuenta el artículo 9.º11, del Código Civil y también el artículo 1 (“Ámbito de aplicación”) de la *Ley Foral 12/1996*, de 2 de julio, de Cooperativas de Navarra, a cuyo tenor:

“La presente Ley Foral será de aplicación a cuantas cooperativas realicen su actividad societaria típica en el ámbito territorial de la Comunidad Foral de Navarra, sin perjuicio de que las relaciones con terceros o actividades instrumentales de su objeto se realicen fuera de la misma.”

c) La cooperativa navarra es colaboradora –en el territorio foral– de una cooperativa con domicilio y actividad prevalente fuera de dicho ámbito, pero con alguna instalación (depósito, almacén, etc.) en Navarra; siempre que, además, la legislación aplicable a esta última regule los AAI de forma no dispar respecto a la LFN.

En cualquiera de los tres casos se produce una plena aplicación (a las cooperativas navarras concertadas y al propio concierto –sin efectos extraterritoriales–) de la *Ley Foral 12/1996*, que estamos estudiando.

De todas formas, parece que la aplicación del Código Civil (art. 9.º11) a los acuerdos intercooperativos concertados en una Comunidad Autónoma por cooperativas de ésta y otras Comunidades con Ley propia, dista de resultar absolutamente clara. Sobre todo, porque el artículo 2.º de la Ley estatal de Cooperativas (27/1999) no parece adoptar exactamente el mismo criterio.

D) *Duración*. En cuanto a la vertiente temporal de los AAI, caben diversas opciones (infra-anual, bienal, trienal, indefinida, etc.). Pero con un límite claro: el de la duración de las propias cooperativas que suscriben el acuerdo (art. 13.1, apartado cuarto, de la mencionada Ley).

También parece lógico considerar que el límite temporal mínimo de los AAI será –normalmente– el de un ejercicio, campaña (para las cooperativas agrarias) o curso escolar (para las de enseñanza). Pero esto, que puede ser una pauta económica razonable, no constituye un imperativo jurídico (pues caben acuerdos muy coyunturales, p. ej., trimestrales o semestrales); sobre todo los que se conciertan por vez primera y a título experimental.

Prescindiendo de otros supuestos –que nos alejarían del propósito y límites del presente trabajo–, el tema fundamental que se plantea es el de si el AI se debe considerar concluido cuando una de las cooperativas firmantes está afectada por la disolución.

Sin duda habrá de estarse, ante todo, a lo pactado. Pero, si no se ha previsto contractualmente el supuesto, creemos que –en algún caso al menos– podrá pervivir la eficacia del acuerdo intercooperativo, incluso durante la liquidación.

Y ello por tres razones, a saber:

a) Una de carácter general, pues en Derecho de Sociedades autorizada doctrina reconoce a la sociedad en liquidación capacidad general y amplio poder de representación de los liquidadores, también en este período, en protección de terceros [ULMER, en Alemania; URÍA, MENÉNDEZ, BELTRÁN, entre nosotros –citados por VICENT (1996)–].

b) Concretamente, se ha recordado –por los tres mercantilistas antes citados– que la disolución en sí misma no modifica los derechos de los acreedores sociales, ni los contratos celebrados. Más aún, se ha llegado a sostener (DE LA CÁMARA, Estudios II) que debe admitirse la continuación provisional del concurso de la sociedad disuelta cuando sea necesario para los fines de una mejor liquidación.

c) Otra razón es la posibilidad de reactivación de la cooperativa que, aunque no está regulada en la LFN, puede ser acordada al amparo de la Ley estatal de Cooperativas (art. 70.5), aplicable sin duda supletoriamente, como ya sabemos (ante todo, en virtud del art. 149.3 de la Constitución).

E) En cambio, la LFN sí regula, en parte, *la forma de instrumentar* los AAI. En efecto, el artículo 17.2, párrafo inicial y apartado i), y el último párrafo del propio número 2 de dicho precepto disponen, respectivamente, lo siguiente:

“2. Se inscribirán obligatoriamente en el Registro indicado los siguientes actos:

...

i) Los acuerdos intercooperativos a que se refiere el artículo 75 de la presente Ley Foral

...

Para la inscripción de los actos contenidos en los apartados g), h), e i), será suficiente la pertinente certificación con las firmas del Secretario y Presidente del Consejo Rector legitimadas notarialmente o autenticadas por el responsable del Registro de Cooperativas de Navarra o el Secretario del Ayuntamiento del domicilio social de la entidad.

...”.

Ahora bien, como se deduce de una lectura atenta del precepto, una cosa es la suficiencia –a juicio del legislador navarro– de esa escueta forma documental, y otra la conveniencia de elevar a escritura los acuerdos intercooperativos. Al igual que dijimos hace tiempo (PAZ CANALEJO, N., 1979), a propósito de la intervención notarial en la constitución de la cooperativa y, varios lustros después, sobre el Reglamento de Régimen Interno (1990), somos claramente partidarios de elevar a público los acuerdos intercooperativos. Ello no producirá a las partes más que beneficios, cuyo moderado coste no debe hacer descartar *ex lege* la intervención notarial obligatoria. Al fin y al cabo, como se ha dicho recientemente –en una síntesis afortunada–, el notario contribuye a la creación de espacios jurídicos de libertad (control de legalidad), de seguridad (información imparcial y eficacia del documento público) y de justicia (eficacia profiláctica, preventiva de litigios) (BOLÁS ALFONSO, 2004).

F) *Destino de los resultados* de los AAI. Dado que, según el artículo 75.6 de la FLN, las operaciones (“hechos”, dice esa norma), consecuencia de los acuerdos intercooperativos, “tienen la misma consideración que las operaciones cooperativizadas con los socios propios”, ello quiere decir que, tanto los resultados positivos (excedentes), como los negativos (pérdidas), derivadas de las operaciones (intercooperativas) seguirán el mismo régimen jurídico y económico que aquéllas (las cooperativizadas).

Es decir, si, como consecuencia de los AAI hay excedentes, se aplicarán conforme al artículo 51 de la LFN y, si se registrasen pérdidas, éstas se imputarán tal como establece el artículo 52 del mismo texto legal.

5.1.3. *Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura.*

El precepto de esa Ley (en adelante, la LSCE) que, ante todo, puede traerse a colación, aunque no regula los AAI, es el artículo 163, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 163. Otras formas de colaboración económica.

Las sociedades cooperativas, ya sean de primer grado o de segundo o ulterior, podrán contraer vínculos societarios o formar consorcios con otras personas físicas o jurídicas, a fin de facilitar o garantizar las actividades empresariales que desarrollen para la consecución de su objeto social. Asimismo, las sociedades cooperativas podrán adquirir la condición de asociado en otra sociedad cooperativa.

Los excedentes, beneficios o intereses obtenidos por las sociedades cooperativas por las participaciones o inversiones realizadas en los supuestos a que se refiere el párrafo anterior, se destinarán al fondo de reserva obligatorio.

En las sociedades cooperativas especiales se operará de conformidad con lo previsto en el artículo 69 de esta Ley.”

Como puede verse, estamos ante una norma ajena a los acuerdos intercooperativos; y no lo decimos por razones indiciarias (no aparece semejante expresión en la norma), sino de fondo (no se contempla la actividad cooperativizada por una cooperativa en otra, como consecuencia de un acuerdo especial *ad hoc*).

De hecho, los dos primeros párrafos se limitan a reproducir literalmente lo previsto, once años antes, por la Ley 3/1987, General de Cooperativas (en su art. 149), en cuyo horizonte normativo no figuraba la regulación sobre los AAII.

En consecuencia, ningún avance ha supuesto –en este punto– el artículo 163 de la Ley extremeña de Cooperativas.

No obstante, hay que tener en cuenta una norma original de la LSCE, a saber, la contenida en el número 5 del artículo 6 de esta Ley, que dice así: *“Las operaciones realizadas entre sociedades cooperativas que formen una de segundo o ulterior grado no tendrán la consideración de operaciones con terceros”*.

Es verdad que este precepto no menciona (ni exige) la necesidad de un (previo) acuerdo intercooperativo, pero parece que –en la práctica– debería suscribirse un pacto análogo al AI, máxime cuando puede producir los efectos de dicha figura, a saber, una restricción del ámbito desprotegido de las operaciones con terceros (extracooperativas) y una correlativa extensión de las operaciones cooperativizadas (aunque no se califiquen así expresamente). Todo ello en base a un previo vínculo societario con la cooperativa supraprimaria compartido por las cooperativas de primer grado integrantes de la misma.

Con lo que acabamos de decir ya hemos anticipado nuestra opinión, a saber: a) que estamos ante una intercooperación de carácter asociativo indirecto; y b) que, aunque el legislador extremeño sólo establece la consecuencia negativa de ese supuesto (*“las operaciones –intersocietarias– no tendrán la consideración de operaciones con terceros”*), hay que deducir –sin duda– la consecuencia positiva (se considerarán operaciones con

los propios socios). En efecto, el artículo 6.º es un precepto que no se refiere a las operaciones instrumentales, sino a los actos de desarrollo del objeto social; es decir, a la actividad cooperativizada.

Ahora bien, la aparente simplicidad del precepto no debe ocultar la necesidad de, al menos, aplicar algunos límites, o cautelas, a saber:

— Esas operaciones “horizontales” entre cooperativas socias de una de segundo grado no deben dificultar la consecución del objeto social de ésta, ni sustituir a las operaciones “verticales” (obligatorias) de aquéllas con la cooperativa de grado superior.

— Tampoco pueden convertir a una (o varias) de las cooperativas asociadas (las de primer grado) en competidoras de la cooperativa asociante (la de segundo grado).

— Parece que sería conveniente una previsión (por somera que fuese) en los Estatutos de la cooperativa ultraprimaria.

— Además, debería exigirse o, al menos, recomendarse una previa puesta en conocimiento del consejo rector de dicha cooperativa de segundo grado. Es decir, antes de iniciar esas operaciones había que comunicarlo al órgano administrador de la citada cooperativa supraestructural.

— Desde otro punto de vista, no cabe duda de que la “operatoria horizontal” es sólo estrictamente intercooperativa, sin que pueda realizarse con, o desde, otras entidades (no cooperativas), por el hecho de que las mismas sean socias de la de segundo grado (art. 158.1).

Fuera de este caso, las cooperativas extremeñas que pretendan concertar acuerdos de intercooperación podrán hacerlo al amparo de la legislación cooperativa estatal (ex art. 149.3 de nuestra Carta Magna, como ya sabemos).

5.1.4. Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia.

A) Ante todo, es obligado aludir a la relación de los AAI con la figura del *socio colaborador*.

Considera la profesora ALFONSO SÁNCHEZ (2000) que esta norma “otorga la categoría de socio colaborador a las cooperativas con las que se suscriba un acuerdo de colaboración intercooperativa, pero no especificando las circunstancias de éste”.

La afirmación anterior debe ser matizada en los siguientes sentidos:

— La Ley gallega no “otorga” la condición de socio colaborador, sino que hace posible que se atribuya esta cualidad a las cooperativas concertadas, siempre que los Estatutos lo establezcan (art. 29.2, en relación con

los párrafos primero y segundo del núm. 1 del mismo precepto de la citada Ley).

— Por otro lado, dicha norma legal advierte que esa posibilidad, de existencia de socios colaboradores ligados a un “acuerdo de colaboración intercooperativo”, estará sujeta a “las mismas condiciones establecidas en el número anterior” (art. 29.2, *in fine*, de la repetida disposición autonómica).

Quiere esto decir que el acuerdo de colaboración intercooperativo, si pretende acogerse a la figura del socio colaborador, no podrá reconocer a las cooperativas concertadas la posibilidad de “realizar plenamente el objeto social cooperativo”, sino que únicamente permitirá a aquéllas “colaborar en su consecución” (art. 29.1, párrafo primero, *in fine*).

Por otro lado, la norma gallega prohíbe a los socios colaboradores “desarrollar actividades cooperativizadas en competencia con las que desarrolle la sociedad cooperativa” a la que estén ligados (art. 29.3). Esto significa que los acuerdos de colaboración intercooperativa difícilmente podrán realizarse entre cooperativas del mismo sector y actividad (p. ej., dos o más cooperativas agrarias que incluyan entre su objeto social la elaboración de pienso para el ganado de sus socios, no podrían concertar aquel tipo de acuerdos; análoga conclusión negativa habría que establecer respecto a dos o más cooperativas de floricultura o de mariscadores, cuyas respectivas actividades fueran coincidentes, al menos, parcialmente).

Por lo demás, parece claro que la Ley gallega se ha inspirado (aunque sólo parcialmente) en la norma foral cooperativa de Navarra y de ahí que —al igual que ésta— para evitar consecuencias fiscales desfavorables (si se considerase como terceros a las cooperativas concertadas) haya abierto la puerta a la posibilidad de configurar como *socios* colaboradores a tales cooperativas, ligadas en virtud de un acuerdo intercooperativo.

Ahora bien, pese a que no existe en la Ley de Galicia una regulación completa de los “acuerdos de colaboración intercooperativos”, la mención de los mismos en el artículo 29 nos obliga a plantearnos los restantes problemas que venimos abordando en las otras Leyes Autonómicas.

B) En cuanto al *órgano competente* para decidir que una cooperativa se vincule con otras mediante el tipo de acuerdos que estamos analizando, una vez más no existe la deseable claridad en la regulación legal.

En efecto, por un lado, el artículo 131, titulado “Formas de colaboración económica”, no menciona tales acuerdos. Y además el número 1 de este precepto regula “vínculos societarios”, lo que no es el caso de los AAII.

Por otro lado, la Asamblea general ostenta competencia “exclusiva” para decidir, no sólo la constitución de cooperativas de segundo grado,

sino también “de otras formas de participación económica, así como la adhesión y separación de las mismas” [art. 31.1, apartado i)].

En consecuencia, al amparo de este último precepto y teniendo en cuenta además que los administradores (Consejo Rector) ostentan una *vis atractiva* competencial (art. 41.1, primer párrafo, *in fine*), podría establecerse la siguiente distinción –no poco paradójica– relativa a los acuerdos de colaboración intercooperativos:

— Por un lado, aquéllos en cuya virtud las cooperativas colaboran funcionalmente, cumpliendo de modo directo y pleno el objeto social, aunque no tengan participaciones financieras entre ellas (es decir, no participen en el capital social de las demás). En este caso –de máxima intensidad operativa–, el AI podrá concertarse al amparo de acuerdos de los respectivos consejos rectores. Naturalmente, si se pretende además que las cooperativas concertadas sean “socios colaboradores” de las demás, ello requerirá una previa regulación estatutaria de esta posibilidad (para la que, obviamente, sólo es competente la Asamblea general). Pero una cosa es esta regulación y otra muy distinta el nacimiento, contenido, duración y consecuencias del AI, para lo cual son competentes los rectores.

— Por otro lado, estarían aquellos acuerdos de colaboración intercooperativa en los que las cooperativas implicadas sólo colaboran (indirectamente) en la consecución del objeto social (pero sin cumplirlo), aunque además participan en el capital social de las demás. En este caso –de menor implicación operativa– parece indudable que será necesario un pronunciamiento favorable y expreso de la Asamblea general [art. 31.1.i)]; sin perjuicio de que esta decisión no tenga que ser exhaustiva, aunque sí debe contener los elementos básicos del acuerdo intercooperativo.

C) *Ámbito*. Al no regular expresamente la Ley gallega los AAII habrá que estar a lo dispuesto en el artículo segundo de dicha norma sobre “ámbito de aplicación” de la misma, a saber:

“Artículo 2. *Ámbito de aplicación.*

Esta Ley autonómica se aplicará a todas las entidades cooperativas con domicilio social en la Comunidad Autónoma de Galicia que realicen su actividad cooperativizada dentro de su ámbito territorial. Todo ello sin perjuicio de que establezcan relaciones jurídicas con terceros o realicen actividades de carácter instrumental, personales, accesorias o complementarias a su objeto social, estableciendo sucursales fuera de dicho territorio.”

En consecuencia, respetando lo que dispone el precepto anteriormente reproducido, valen las consideraciones realizadas sobre el ámbito territorial de los acuerdos intercooperativos en el caso de Navarra.

D) *Duración*. También ahora pueden darse por reproducidas las consideraciones vertidas al analizar la legislación navarra.

E) *Forma*. No cabe duda de que el acuerdo que el legislador gallego denomina “de colaboración intercooperativo” debe ser formalizado por escrito (art. 29.2 de la Ley Cooperativa de Galicia, en relación con el 1.280 del Código Civil).

Pero de nuevo hay que deplorar que no se exija la escritura pública; y por ello debemos insistir, una vez más, en la conveniencia de que las cooperativas gallegas que pretendan concertar los acuerdos que nos ocupan, acudan al notario, antes incluso de tener concluido todo el negocio jurídico intercooperativo, en beneficio de la imparcialidad y la seguridad jurídica.

F) *Destino de los resultados*. En este punto, el legislador gallego contiene una regulación especialmente perturbadora, dadas las contradicciones existentes entre el artículo 8.º3 y el 66.3, párrafo primero. En efecto, el primer precepto dispone:

“Artículo 8.º3. Operaciones con terceros.

“...

3. Los beneficios obtenidos de tales operaciones se imputarán como mínimo en un 50% al Fondo de Reserva Obligatorio, destinándose el resto con arreglo a previsión estatutaria o, en su defecto, según acuerde la asamblea general...”

Por su parte, el artículo 66.3, en total contradicción con el anterior, establece:

“Artículo 66.3. Determinación del resultado del ejercicio.

“...

3. Los beneficios obtenidos de las operaciones cooperativizadas realizadas con terceros no socios se destinarán al Fondo de Reserva Obligatorio y figurarán en la contabilidad por separado.

Los beneficios procedentes de plusvalías en la enajenación de los elementos del activo inmovilizado o los obtenidos de otras fuentes ajenas a los fines específicos de la cooperativa, así como los derivados de inversiones o participaciones en sociedades de naturaleza no cooperativa, se destinarán en un 50% como mínimo al Fondo de Reserva Obligatorio y al menos en un 25% a la dotación de capital social debidamente acreditado a cada socio en función de su participación en las actividades cooperativizadas.”

Frente a esta antinomia jurídica creemos que debe prevalecer la norma del artículo 8.º3 por las siguientes razones:

a) Resulta más ajustada al tercer principio cooperativo de la ACI: “participación económica de los socios”.

b) El artículo 8.º es el precepto que específicamente regula las operaciones con terceros, mientras que el 66 se ocupa de algo más general (“determinación del resultado del ejercicio”), respecto de lo cual la operatoria con no socios es algo muy parcial y limitado.

c) La solución del artículo 8.º³ es acorde con la de la Ley estatal de Cooperativas (art. 58.2, en relación con el 57.3, párrafo inicial). Y ya sabemos que esta norma constituye el Derecho Cooperativo aplicable supletoriamente en todas las Comunidades Autónomas (art. 149.3 de la Constitución).

5.1.5. Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón.

El precepto básico sobre los AAI en la Ley de Cooperativas de Aragón (LCA) es el artículo 91, a cuyo tenor:

“Artículo 91. Consorcios, grupos cooperativos, asociaciones y acuerdos intercooperativos.

“...

Para la mejor realización de fines concretos y determinados, de manera temporal o duradera, las cooperativas podrán constituir sociedades y asociaciones, grupos cooperativos y consorcios, suscribir con otras acuerdos intercooperativos, asociarse con otras personas, naturales o jurídicas, y poseer participaciones en ellas.

En virtud de los acuerdos intercooperativos que puedan suscribirse, la cooperativa y sus socios podrán realizar operaciones de suministro, entregas de productos o servicios a la otra cooperativa firmante del acuerdo, teniendo tales hechos la misma consideración que las operaciones cooperativizadas efectuadas con los propios socios.”

Como puede verse, persiste el modelo legislativo navarro (sin más que sustituir la preposición que pretende indicar el destinatario de las operaciones de “suministro, entregas de productos o servicios”; concretamente, el legislador aragonés refiere y dirige tales actividades “a la otra cooperativa firmante del acuerdo”, en lugar de decir que se realizarán “en la otra Cooperativa...”).

Aplicando la sistemática expositiva que hemos adoptado al analizar otras leyes, resulta lo siguiente:

A) *Socios colaboradores.* El legislador aragonés no ha relacionado los AAI con la figura de los socios colaboradores, pese a haber regulado estos últimos en el número 3 del artículo 18. Además, esta regulación

demuestra que, en el ámbito legislativo aragonés, el socio colaborador es un mero financiador o aportante de capital a la cooperativa. Por lo tanto queda fuera de la autonomía de la voluntad –y sería nulo el intento sobre– la posibilidad de convertir a las cooperativas concertadas en un AI en socias colaboradoras entre sí.

B) *Órgano competente.* Cabe entender que, salvo que los Estatutos atribuyan esta competencia a la Asamblea General [al amparo del art. 27.1.k)], la decisión de concertar un acuerdo intercooperativo, así como el diseño del mismo, corresponde adoptarlos al Consejo Rector; y ello, aun cuando los Estatutos no configuren esta competencia expresamente como de carácter exclusivo. (En efecto, el art. 37 de la LCA dispone que:

“El Consejo Rector es el órgano de representación, gobierno y gestión de la sociedad cooperativa, con sujeción a la política fijada por la Asamblea general. Los Estatutos podrán determinar las competencias que, con carácter exclusivo, correspondan al Consejo Rector”).

Ahora bien, una lectura apresurada del apartado h) del artículo 27.1 podría llevar a la errónea conclusión contraria. Dicho precepto establece:

“Artículo 27.1. Competencias.

La Asamblea general puede debatir sobre cualquier asunto de interés de la cooperativa, pero sólo podrá decidir sobre cualquier materia incluida en el orden del día que no sea de competencia exclusiva de otro órgano social. En todo caso, su acuerdo será necesario en las siguientes ocasiones:

...

h) Constitución de cooperativas de segundo o ulterior grado, consorcios y entidades similares, así como la adhesión y separación de las mismas...”

Una interpretación precipitada de este texto normativo llevaría a la conclusión de que los acuerdos intercooperativos deben pasar siempre por la Asamblea General. Semejante tesis debe rechazarse absolutamente, dado que dicho apartado sólo se refiere a entes personificados (cooperativas de segundo o ulterior grado y entidades similares) y a una figura (los “consorcios”) tan repetida en muchas leyes cooperativas como huérfana de regulación y, por ello, de imprecisos perfiles. Ahora bien, según el único autor que creemos se ha acercado a la figura del consorcio cooperativo (EMBIU IRUJO, 1998), se trata de una “fórmula societaria de impronta mutualista que se configura con la finalidad de potenciar la actividad de sus miembros, concepto en el que cabe la Agrupación de Interés Económico regulada por la Ley 12/1991, de 29 de abril”.

En conclusión, parece claro que el legislador aragonés –con muy buen

criterio— no ha igualado los requisitos necesarios para concertar un AI (bastando acuerdo de los Consejos rectores) con las exigencias imprescindibles para que una cooperativa participe en la creación de nuevas personas jurídicas o se adhiera o separe de las mismas [lo que requiere acuerdo asambleario, según el art. 27.1.h)].

C) *Ámbito*. Al no regular la Ley aragonesa 9/1998 nada especial sobre el alcance territorial de los acuerdos intercooperativos que quedarán sometidos a la misma, es de aplicación el artículo 1.º, según el cual:

“Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

La presente Ley tiene por objeto regular y fomentar las asociaciones cooperativas que se constituyan y desarrollen sus actividades dentro del territorio aragonés, sin perjuicio de que, para completar y mejorar sus fines, puedan realizar actividades instrumentales y tener relaciones con terceros fuera de Aragón.”

En consecuencia, cabe traer aquí, *mutatis mutandis*, las consideraciones formuladas sobre el ámbito espacial de los AAI en las Leyes autonómicas de Navarra y Galicia.

D) *Duración*. Análogamente a lo que ocurría respecto al problema anterior, tampoco existe una regulación legal aragonesa sobre la duración de los acuerdos intercooperativos. Por ello, también cabe dar por reproducidas, aquí y ahora, las reflexiones expuestas al analizar la Ley Foral navarra.

E) *Forma*. Al igual que en las otras leyes, no cabe duda de la necesidad de documentar por escrito los AAI (art. 91, párrafo segundo, de la LCA, en relación con el art. 1.280 del Código Civil).

Y, asimismo, como sucedía con las demás leyes —excepto la catalana—, no es obligatoria la escritura pública. Por lo tanto, de nuevo debemos deplorar esa deficiencia y recomendar la forma de instrumentación notarial de los acuerdos intercooperativos, por las mismas razones que hemos expuesto al analizar la vertiente formal de dichos pactos, a la luz de otras leyes autonómicas.

F) *Destino de los resultados* producidos por los acuerdos intercooperativos. Dado que las operaciones de suministros, entregas o servicios entre las cooperativas concertadas tienen la misma consideración que la actividad cooperativizada, realizada con los propios socios (art. 91, *in fine*), es claro que los resultados económicos de estas operaciones seguirán el régimen general, a saber: una vez deducidos los impuestos, y —en su caso— compensadas las pérdidas, los excedentes netos del ejercicio se destinarán en un 30 por 100 al menos a dotar los fondos obligatorios y el resto

se podrá aplicar al fondo de reserva voluntario o a retornos cooperativos (art. 58.1 y 2 de la LCA).

5.1.6. *Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid.*

El precepto clave es el apartado b) del número 1 del artículo 129 de esta norma legal (en adelante, también la LCCM), que dice así:

“1. Las sociedades reguladas en la presente Ley podrán contraer otros vínculos intercooperativos bajo cualquiera de las modalidades siguientes:

...

b) Conciertos intercooperativos para facilitar, garantizar o desarrollar los respectivos objetos sociales. En virtud de estos conciertos, una Cooperativa y sus socios podrán recibir o realizar operaciones de suministro o entregas de productos, bienes o servicios en las otras Cooperativas firmantes del acuerdo. Tales operaciones tendrán, a todos los efectos, la misma consideración que la actividad cooperativizada con los propios socios.”

Como puede verse, el precepto parece de superior calidad técnico-jurídica que el equivalente (art. 79.3) de la Ley estatal, por las siguientes razones:

1.^a) Se concreta de modo amplio (“facilitar, garantizar o desarrollar los respectivos objetos sociales”) la finalidad de los que denomina “conciertos intercooperativos” (CCII), recogiendo una tradición procedente del Reglamento de 1971.

2.^a) Se describe de modo bifocal o dualista la operatoria que generen los CCII (puesto que la cooperativa y sus socios podrán “recibir” de, y no sólo “realizar en”, las “otras cooperativas firmantes del acuerdo” operaciones “de suministro o entregas de productos, bienes o servicios”). Se supera así la visión operativa parcial por unidireccional –existente en la Ley estatal y en casi todas las autonómicas–, según la cual, en virtud de esos acuerdos, una cooperativa puede realizar esas operaciones, pero no también recibirlas (es decir, cabe suministrar o entregar, pero no –a la vez– ser destinataria de los bienes o servicios gestionados cooperativamente en la otra sociedad).

3.^a) No se impone la afectación íntegra de los resultados de los conciertos al Fondo de Reserva Obligatorio.

Aplicando a la LCCM la sistemática que venimos siguiendo para analizar los acuerdos (o conciertos) intercooperativos, resulta lo siguiente:

A) *Socios colaboradores*. En la Ley cooperativa madrileña no existe esta figura, sino una paralela, denominada –deliberadamente– “colaboradores” (pero no “socios colaboradores”). Es aplicable a personas físicas o jurídicas que no pueden realizar plenamente la actividad cooperativizada (aunque sí “colaboran en la consecución del objeto social”); todo ello según el artículo 28.1.

Además, “no pueden tener a la vez la condición de socios”, aunque sí ostentarán derechos y obligaciones de diseño estatutario y subsidiariamente, paccionado “entre las partes” (art. 28.2).

Estamos, pues, ante un mecanismo subjetivo híbrido, en el que coexisten elementos un tanto restrictivos (los del núm. 1 del art. 28), junto a componentes potencialmente elásticos o expansivos (en el núm. 2 del mismo precepto).

No obstante, dada la equiparación con la actividad de socios que producen los CCII [según el art. 129.1.b) de la Ley madrileña], creemos que sería contrario a la misma calificar (y considerar) como “colaboradores” –en el sentido del art. 28– a las cooperativas concertadas respecto a otra que suministra o recibe de aquéllas (y de sus socios) bienes o servicios. Por otro lado, dada la amplitud y suficiencia del régimen legal de los CCII desde el punto de vista operativo, no se aprecia ni la necesidad, ni la conveniencia, de mezclar en estos conciertos la problemática figura de los “colaboradores” (tal como los ha diseñado la Ley madrileña de Cooperativas).

B) *Órgano competente*. En la LCCM los conciertos cooperativos pueden ser preparados, diseñados y culminados por los Consejos rectores, salvo que los Estatutos hayan encomendado tales funciones a las Asambleas Generales [art. 29.3.1)].

En efecto, por un lado, en ese precepto no se mencionan los CCII y –sobre todo–, por otro lado, en el artículo 39.1 se establece que el Consejo Rector “*ejercerá todas las funciones que no estén expresamente atribuidas por la Ley o por los Estatutos sociales a otros órganos sociales*”.

C) *Ámbito*. El precepto clave es el artículo 2, a cuyo tenor:

“Artículo 2. *Ámbito*.

La presente Ley se aplicará a las Cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada con sus socios en el territorio de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de la actividad con terceros o la instrumental o personal accesoria que puedan realizar fuera de dicho territorio.”

Por lo tanto, cabe dar por reproducidas las consideraciones realizadas más atrás sobre las Leyes autonómicas antes examinadas.

D) *Duración*. Ante el silencio del artículo 129.1.b), sobre el parámetro temporal de los CCII, también ahora cabe remitirse a lo dicho más atrás. Sólo añadiremos que la Ley madrileña contiene (en su art. 96) una normativa sobre la reactivación de superior calidad técnica a la que, pocos meses después (en julio del mismo año 1999), mostraría la Ley estatal.

E) *Forma*. Siguiendo, en este punto, la vía legislativa habitual (salvo en el caso catalán), la LCCM no exige escritura pública para formalizar los conciertos intercooperativos. Por ello, una vez más, y buscando la seguridad jurídica preventiva, creemos que debe postularse la intervención notarial mediante escritura, aconsejando en tal sentido a las cooperativas.

F) *Destino de los resultados*. Si las operaciones resultantes de los CCII se consideraran “a todos los efectos... actividad cooperativizada” [art. 129.1.b), *in fine*], no debe haber duda de que producirán “resultados ordinarios cooperativos” (art. 59.2) que, por su propia naturaleza, son “disponibles”, esto es: repartibles. Ello según el artículo 60.2, que debería decir “una vez dotadas las reservas”, pues ante todo hay que detraer los porcentajes legales previstos tanto para la “reserva de promoción y educación” como para la “reserva obligatoria” [véase el apartado a) del propio art. 60, núm. 2, de la LCCM].

5.1.7. Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La materia que nos ocupa es objeto de regulación parcial, limitada y bastante restrictiva (en el doble sentido que veremos) por la mencionada Ley (en adelante, también la LCCAA).

Los preceptos que deben tenerse en cuenta como punto de partida son los dos siguientes:

— Por un lado, el artículo 160, que dispone:

“Artículo 160. Otras formas de vinculación.

1. Las sociedades cooperativas, previo acuerdo de la Asamblea General, podrán establecer conciertos, formar consorcios y contraer vínculos societarios, sin desvirtuar su específico objeto social, con otras personas o entidades, a fin de facilitar o garantizar el mejor desarrollo de sus actividades empresariales.

2. Para la adopción del referido acuerdo asambleario, se estará a lo dispuesto en el artículo 54.

3. Las sociedades cooperativas podrán adquirir la condición de asociado en otra entidad cooperativa.”

— Por otro lado, dentro de la regulación de las cooperativas agrarias, el número 6 del artículo 152, que dice:

“Artículo 152. Objeto.

“... ”

6. Se asimilarán a operaciones con socios las que realice una cooperativa agraria con otra, siempre que tengan por objeto productos que las entidades comercialicen o transformen con habitualidad.”

Como consecuencia de este régimen jurídico, pueden establecerse las siguientes conclusiones:

1.^a) La LCCAA no dedica un precepto a regular los acuerdos intercooperativos con carácter amplio y general; es decir, como un mecanismo abierto que se ofrece a cooperativas de toda clase y grado.

2.^a) Como consecuencia de la normativa que hemos citado, sólo cabe concertar acuerdos intercooperativos *stricto sensu* entre cooperativas agrarias, por lo tanto, de primer grado [*vid.* el art. 119.2 c), en relación con la rúbrica del capítulo IV –del título II–, donde se regulan las cooperativas del sector agrario].

3.^a) Más aún, esa actividad de intercooperación no sólo se constriñe al sector agrario, sino que además debe limitarse a un tráfico operativo muy concreto: “productos que las entidades comercialicen o transformen con habitualidad” –como dice la frase final del art. 152.6–. Por lo tanto, ni una cooperativa agraria de producción, ni una de saneamiento de terrenos [art. 152.2, apartados a) y c), en su primera parte, respectivamente], podrán realizar acuerdos intercooperativos. Esta restricción no aparece justificada en la parte expositiva de la Ley y, desde luego, no merece un juicio benévolo, pues priva a los dos grupos antes citados de cooperativas agrarias, de colaborar mediante AAI. Que éstos puedan ser menos frecuentes entre determinados subtipos de cooperativas no es razón para prohibirlos (o, mejor dicho, para cerrar el paso a su equiparación con las operaciones con socios).

4.^a) Lo anterior no significa que las cooperativas de otras clases y grados no puedan contraer –entre sí– vínculos de colaboración (pues ello supondría conculcar tanto el Código Civil como los artículos correspondientes de la LCCAA, en lo relativo a la plena capacidad jurídica de las cooperativas andaluzas válidamente constituidas).

Pero lo que no cabe es que esos otros vínculos de colaboración generen los efectos propios y típicos de los AAI, a saber: consideración legal de las operaciones intercooperativas como actividad cooperativizada a todos los efectos legales (tanto respecto al sistema de distribución de resultados como en lo concerniente al régimen fiscal); posibilidad de que los

socios de una cooperativa concertada operen –con los mismos efectos– en la(s) otra(s), sin ser considerados como “terceros”; suficiencia del acuerdo intercooperativo para regular el alcance y el contenido total de ese vínculo (sin necesidad de constituir una persona jurídica), etc.

5.^a) En cuanto a los simples “conciertos” (aludidos, sin adjetivar en el núm. 1 del art. 160), no son sin duda los de tipo, precisamente, “intercooperativo”. No sólo porque carecen de esta calificación legal, sino, sobre todo, porque se trata de una “forma de vinculación” concertada “con *otras* personas o entidades” (art. 160.1, rúbrica e inciso final); es decir, no entre cooperativas. A mayor abundamiento, la prohibición –aplicable a esos conciertos– de que se realicen “sin desvirtuar su específico objeto social” (art. 160.1) demuestra que no estamos ante acuerdos intercooperativos, puesto que éstos –como sabemos– van dirigidos, precisamente, a desarrollar los respectivos objetos sociales (por lo que aquella cautela o advertencia carece de sentido tratándose de AAI).

[En cuanto a la expresión legal “con otras personas o entidades”, que antes hemos destacado, creemos que el adjetivo “otras” se refiere tanto a personas físicas como a personas jurídicas, pero de carácter no cooperativo, por las siguientes razones: gramaticales; sistemáticas; de filosofía de la LCCAA (dada la pervivencia en el texto legal andaluz de las “Cooperativas de integración” –art. 159– como forma societaria de censo social complejo o heterogéneo), y derivadas de la propia parte expositiva de dicha Ley, donde se “resalta” la creación de la cooperativa de integración, concebida como entidad “en la que coexisten cooperativas y entidades de cualquier otra naturaleza”. Es decir, que con las entidades de carácter no cooperativo se pueden contraer dos tipos de vínculos asociativos: los societarios de cooperación (“Cooperativas de integración”) y los societarios extracooperativos (sociedades civiles o mercantiles). Pero en la LCCAA los “conciertos” –salvo en el caso de las cooperativas agrarias del art. 156.6– son de ámbito extracooperativo (es decir, se pactan con otras entidades ajenas al sistema cooperativista)].

Refiriéndonos, pues, a los únicos AAI (o “conciertos intercooperativos”) regulados –oblicuamente y sin designarlos así– en la LCCAA (los del sector agrario: art. 152.6), podemos dar por reproducidas las consideraciones realizadas ante otras leyes, con los siguientes matices:

A) *Socio colaborador*. No es aplicable a las cooperativas agrarias que intercooperan (pues el art. 152.6 tiene un contenido y finalidad mucho más amplios que los propios del socio colaborador del art. 34); aparte de que aquella intercooperación no convierte en socios –de ninguna clase– a las cooperativas actoras.

B) *Órgano competente*. El acuerdo de intercooperación agrario no parece exigir intervención de las asambleas generales, salvo que los Estatutos lo establezcan, puesto que no aparece mencionado en el artículo 48 de la Ley de Cooperativas andaluza; y, además, por la “*vis atractiva competencial*” reconocida legalmente al Consejo Rector (art. 57.1, párrafo tercero).

C) *Ámbito*. El precepto clave es el artículo 1.º, a cuyo tenor:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación.

Son andaluzas y quedan sujetas a las disposiciones de la presente Ley las sociedades cooperativas que desarrollen principalmente su actividad societaria en Andalucía. Las sociedades cooperativas andaluzas, con arreglo a lo establecido en esta Ley, podrán entablar relaciones con terceros y realizar actividades de carácter instrumental fuera del territorio andaluz.”

Por lo tanto, en principio, vale lo dicho respecto a otras Leyes autonómicas –con análoga cláusula territorial–, *mutatis mutandis*.

Ahora bien, a la vista de aquel precepto, surgen dos posibles interpretaciones antitéticas:

c.1. No caben acuerdos intercooperativos agrarios de carácter extra-territorial (es decir, ultraandaluces), porque esa operatoria no es “societaria” y, por lo tanto, no podría acogerse a la excepción de que sería “actividad societaria accesoria o subordinada” (concepto deducible, a *sensu contrario*, del citado art. 1.º).

c.2. Sí caben acuerdos intercooperativos agrarios parcialmente extra-territoriales, al amparo del artículo 2.ºA) de la Ley estatal 27/1999, que no habla de actividad “societaria”, sino “cooperativizada”. Naturalmente, el concierto tendrá que desarrollarse principalmente entre cooperativas andaluzas y sólo de manera complementaria y accesoria fuera de Andalucía y además con cooperativas agrarias cuya Ley personal (la de la Comunidad Autónoma de su domicilio social –sea o no limítrofe–) también permita tales conciertos.

Otro argumento a favor de esta segunda interpretación –que nos parece mejor fundada y por ello más defendible– es el siguiente: no cabe duda de que actividad cooperativizada es la de tipo económico relacionada preferentemente con los propios socios activos o plenos (cooperadores) de la cooperativa [arts. 2.º1; 12.8, 35.1; 37 b); 38 a) y g); 78.3; 88.2; 94.1 b), etc.]. En este sentido, la “actividad societaria” no se refiere a los actos de la sociedad sin contenido económico directo (p. ej., reuniones de los órganos sociales; actos formativos o lúdicos con socios), sino a la actividad propia de la cooperativa con, y en favor de, sus socios; es decir, a la actividad cooperativizada.

D) *Duración*. Tampoco en la LCCAA existe una regulación especial sobre esta materia; por lo tanto, nos remitimos a lo dicho respecto a otras leyes autonómicas, teniendo en cuenta que sí se contempla la reactivación de la cooperativa disuelta (art. 112).

E) *Forma*. Nada se dice sobre la forma de los vínculos de intercooperación agraria; más aún, el texto del artículo 152.6 parece aludir a una situación fáctica (ni siquiera se alude a “convenios o acuerdos suscritos”: directamente se habla de “operaciones... que realice una cooperativa agraria con otra”). Pero esa apariencia (y deficiencia) del citado precepto no debe inducirnos a engaño: una cooperativa agraria no puede, de buenas a primeras, comenzar a operar, en desarrollo de su objeto social, con otra de su clase y sector; es necesario un convenio previo que legitime esa operatoria y regule –por escuetamente que sea– los respectivos derechos y obligaciones resultantes y las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se producirá esa expansión de la actividad cooperativizada. Entre otras razones porque están en juego los derechos y obligaciones de los socios de cada cooperativa y hasta la propia finalidad social de las mismas.

Por lo tanto, es necesario que ese acuerdo operativo sectorial quede plasmado en un documento escrito, preferiblemente notarial, por las razones ya dichas.

F) *Destino de los resultados*. Dado que las entregas de productos entre cooperativas agrarias “se asimilarán a operaciones con socios” (art. 152.6), no cabe duda de que son “resultados cooperativos” (art. 88.2) o “excedentes” [art. 88.1 a)]. Por lo tanto, no se verán penalizados (como ocurre en la Ley estatal) con un destino y acantonamiento obligatorio en el Fondo de Reserva Obligatorio, pudiendo –por el contrario– generar retornos o reservas voluntarias repartibles (art. 84.1).

5.2. Leyes autonómicas posteriores a la normativa estatal.

5.2.1. *La Ley 1/2000, de 29 de junio, de modificación de la Ley de Cooperativas de Euskadi*, incorpora a la Ley 4/1993, de 24 de junio, un artículo 134 bis, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 134 bis (sic, sin rúbrica).

Las cooperativas podrán suscribir con otras acuerdos intercooperativos en orden al cumplimiento de sus objetos sociales. En virtud de los mismos, la cooperativa y sus socios podrán realizar operaciones de suministro, entregas de productos o servicios en las otras cooperativas firmantes del acuerdo, teniendo tales hechos la misma consideración que las operaciones cooperativizadas con los propios socios.”

Este precepto está directamente inspirado en el artículo 79.3 de la Ley estatal, pero con dos diferencias de muy distinto calado:

A) Por un lado, en vez del singular (Ley del Estado) se utiliza el plural para referirse a las “otras cooperativas firmantes del acuerdo intercooperativo”. Con ello, se trata de resaltar el posible carácter multilateral (y no sólo bilateral) de tal tipo de acuerdos (que ya se podría deducir del párrafo inicial de ese mismo precepto).

B) Por otro lado –y esto es lo más relevante–, no se obliga (al revés de lo que ocurre en la norma estatal) a llevar los resultados de esa operatoria intercooperativa al Fondo de Reserva Obligatorio.

En este sentido, el legislador vasco ha sido coherente y no ha quitado con una mano lo que antes había dado con la otra a las cooperativas que cooperan entre sí.

Dicho lo anterior, ninguna especialidad ofrece la regulación de Euskadi, por lo que son trasladadas aquí *mutatis mutandis* las consideraciones que venimos haciendo al glosar otras leyes autonómicas con análogo contenido normativo (p. ej., como las de Aragón y Madrid).

5.2.2. Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja.

El precepto clave de esta norma (en adelante, también LCLR), es el artículo 131.1, en su párrafo primero, y en el apartado c), cuyo respectivo tenor es el siguiente:

“Artículo 131. Otras formas de colaboración económica.

1. Las sociedades reguladas en la presente Ley podrán contraer otros vínculos intercooperativos bajo cualquiera de las modalidades siguientes:

...

c) Acuerdos intercooperativos en orden al cumplimiento de sus objetos sociales.

En virtud de los mismos, la cooperativa y sus socios podrán realizar operaciones de suministro, entrega de productos o servicios en la otra cooperativa firmante del acuerdo, teniendo tales hechos la misma consideración que las operaciones cooperativizadas con los propios socios. Los resultados de estas operaciones se imputarán en su totalidad al fondo de reserva obligatorio de la cooperativa.

...”

A la vista de este precepto, que (salvo en su estructura formal, de inspiración madrileña) sigue, prácticamente a la letra, lo dispuesto en el artículo 79.3 de la Ley del Estado –en lugar de otros ejemplos normativos

más coherentes—, no cabe duda de que en la Comunidad riojana los AAII pueden ser contraídos por cooperativas de cualquier clase o nivel.

Pasemos ahora a examinar los siguientes problemas que venimos analizando:

A) *Socios colaboradores*. Las cooperativas con las que se suscribe un “acuerdo de colaboración intercooperativo” podrán ser socios colaboradores “en las mismas condiciones establecidas para esta clase de socios” en el artículo 31 (tal como dice el párrafo segundo del núm. 1 de este precepto legal). Es decir, se tratará de actos que, “sin realizar la actividad o actividades principales de la cooperativa propias de su objeto social, contribuyan a su consecución” (art. 31.1, párrafo primero).

Por lo tanto, estamos ante la línea normativa que inauguró la Ley Foral de Cooperativas de Navarra y continuaron otras.

Surge, pues, la paradoja —ya conocida— de que cuando el AAII se acoge al artículo 31, se considerará como actividad cooperativizada (es decir, la propia de los socios ordinarios o cooperadores con la sociedad y de ésta con aquéllos), una operatoria (de los socios colaboradores) que no puede consistir en realizar actos cooperativos.

Por lo mismo, si el AI no se acoge a la figura de los socios colaboradores, las cooperativas concertadas sí podrán realizar los flujos de actividad propios del desarrollo del objeto social de la(s) otra(s) cooperativa(s).

Es decir, cuando las sociedades concertadas convienen en ser “socios colaboradores” ganan en derechos políticos (véase el art. 31.2), pero pierden en posibilidades de actuación económica (suministros, entregas, servicios), aparte de que normalmente deben realizar aportaciones económicas (art. 31.2). Por el contrario, cuando no se acogen al *status* de “socio colaborador” carecerían de todo derecho político, pero en cambio podrán participar en el desarrollo del objeto social y no tendrán que realizar aportación económica alguna al capital social.

B) *Órgano competente*. No cabe duda de que la decisión de contraer un AI constituye —para el legislador riojano— una decisión de participación en “otras formas de colaboración económica” (art. 131.1, cuya rúbrica es, precisamente, esa). Ahora bien, tales decisiones quedan sometidas con carácter exclusivo e indelegable a la Asamblea General [art. 31.2.h) y 3]. Por lo tanto, es indiscutible que el dicho legislador se ha alineado, sin titubeos, con aquellas otras leyes anteriores que —exageradamente, como hemos visto más atrás— han decidido sustraer de la competencia rectora la concertación de un AI.

C) *Ámbito*. El perímetro territorial de los AAII debe tener en cuenta –si pretende circunscribirse a La Rioja– el artículo 2.º de esta Ley regional, a cuyo tenor:

“Artículo 2. Ámbito de aplicación.

La presente Ley será de aplicación a todas las entidades cooperativas con domicilio social en la Comunidad Autónoma de La Rioja que realicen principalmente su actividad cooperativizada dentro de su ámbito territorial, sin perjuicio de que, para completar y mejorar sus fines, puedan realizar actividades instrumentales y tener relaciones con terceros fuera de La Rioja.”

Si el acuerdo intercooperativo pretende tener un ámbito extrarriojano, pueden producirse una de estas dos situaciones:

a) Cuando la actividad intercooperativa (asimilada a la cooperativizada) extrarriojana realizada con las otras cooperativas concertadas no excede de (es decir, resulta inferior) la desarrollada con los propios socios. En tal caso, ello no obsta a que las cooperativas con sede en La Rioja continúen sometidas a la LCCLR.

b) En cambio, cuando la actividad intercooperativa extrarriojana realizada con otras cooperativas sea superior a la desarrollada con los propios socios, en tal caso, hay que entender que el acuerdo intercooperativo correspondiente –y por ende la actividad de la cooperativa y esta misma– ha rebasado el marco de aplicación de la Ley de La Rioja y queda sujeto a la Ley del Estado, al menos en aquellos casos en que no se trate de una incidencia temporalmente muy acotada.

D) *Duración*. Una vez más el texto autonómico –en este caso de La Rioja– no regula el parámetro temporal de los AAII. Por lo tanto, deben darse por reproducidas las consideraciones anteriores, referidas a otras normas análogas.

Sí cabe señalar que está regulada, en la referida Ley, la reactivación de la cooperativa (art. 95), lo cual posibilita la pervivencia del acuerdo intercooperativo aun después de iniciada la disolución, si se cumplen los demás requisitos legales.

E) *Forma*. No existe en la Ley riojana una norma que obligue ni a inscribir los AAII en el Registro de Cooperativas de La Rioja (art. 18), ni elevar a público dichos acuerdos. En consecuencia, debemos reiterar la crítica ya formulada a propósito de otras normas y aconsejar la formalización en escritura pública de los acuerdos intercooperativos para conseguir todas las ventajas y garantías que ello comporta.

F) *Destino de los resultados*. Como ya hemos visto, el precepto regulador de los AAI [art. 131.1.c)] reproduce la norma de la Ley estatal según la cual “*Los resultados de estas operaciones se imputarán en su totalidad al fondo de reserva obligatorio de la cooperativa*”.

Por lo tanto, hay que dar por reproducida la severa crítica que en su momento formulamos respecto a la Ley estatal de Cooperativas, en la que se ha inspirado inequívocamente el legislador riojano.

5.2.3. La Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León, regula los acuerdos intercooperativos en un precepto completo (el art. 128), cuyo tenor literal es como sigue:

“Artículo 128. Acuerdos intercooperativos.

Las cooperativas podrán suscribir entre sí acuerdos intercooperativos en orden al cumplimiento de sus objetivos sociales. En virtud de los mismos, la cooperativa y sus socios podrán realizar operaciones de suministro, entregas de productos o servicios con la cooperativa firmante del acuerdo, teniendo tales hechos la misma consideración que las operaciones cooperativizadas con los propios socios.

Los resultados de estas operaciones se imputarán en su totalidad al Fondo de Reserva Obligatorio de la cooperativa.”

Como puede verse, esta norma copia casi literalmente la equivalente de la Ley del Estado (art. 79.3). Con la particularidad de que, cuando quiere ser original (separándose de su citado modelo normativo), yerra en un doble sentido, a saber:

— Ante todo, es un error de técnica jurídica referirse a los “objetivos sociales” en lugar de a los “objetos sociales”.

— Por otro lado, la finalidad propia de acuerdos intercooperativos no es realizar operaciones o servicios *con* la (otra) cooperativa firmante (en no importa qué marco o ámbito de referencia), sino precisamente *en* esta (otra) cooperativa. Piénsese que, tal como está redactado el precepto, parece que dos cooperativas podrían concertarse para suministrar o prestar servicios a otra u otras empresas (lo que es perfectamente lícito); pero ello en modo alguno sería un auténtico acuerdo intercooperativo, en el sentido querido y regulado por el legislador.

Es decir, dos (o más) cooperativas pueden decidir que van a realizar operaciones de inversión, compras o arrendamientos, teniendo ambas (o todas ellas) un propósito común al celebrar tales contratos. También pueden actuar con terceros (como dijimos antes) o, incluso entre sí, como com-

pradoras y vendedoras, arrendadoras y arrendatarias, etc. Pero esto no son acuerdos intercooperativos.

Lo característico de estos acuerdos es que tales convenios van dirigidos a desarrollar los respectivos objetos sociales mediante los actos y servicios propios y típicos de una cooperativa (y de sus socios) realizados, precisamente, en el marco y ámbito operativo de la otra (u otras) cooperativa(s) concertada(s).

Por lo demás, la posición del legislador castellano-leonés respecto a los seis problemas que venimos analizando es la siguiente:

A) *Socios colaboradores*. La firma de un AI no convierte a la(s) cooperativa(s) concertadas en socia(s) colaboradora(s) de la otra sociedad; *rectius*, no puede convertirlas en tal figura; son dos situaciones legalmente incompatibles, pues en Castilla-León los socios colaboradores “*no podrán realizar la actividad cooperativizada*” (art. 26.1 de la Ley 4/2002, de dicha Comunidad).

B) *Órgano competente* para decidir los AAI. Salvo que el AI tenga tal trascendencia que modifique de forma “sustancial la estructura económica, organizativa o funcional de la cooperativa” [(art. 31.2 e) de dicha Ley] o que los Estatutos atribuyan esa competencia a la Asamblea General [apartado j) del mismo precepto], no será dicho órgano el competente para contraer AAI, sino el Consejo Rector (art. 40.1 y 2).

Ésta es, sin duda, la interpretación más lógica y más segura, pese al desafortunado tenor del artículo 31.1 de dicha norma legal, a saber:

“Artículo 31.1. Competencia.

Todos los asuntos propios de la cooperativa podrán ser objeto de debate y acuerdo de la Asamblea General.

...”

Y ello por varias razones: 1.^a) porque la Ley castellano-leonesa –en aquel punto– se ha separado expresamente de la Ley estatal; 2.^a) porque dicho artículo 31.1 no supone una reserva competencial concreta en favor de la Asamblea; 3.^a) porque una cosa es “acordar” *ab initio* algo y otra la necesidad de ratificar siempre lo que otro órgano pueda decidir directamente; y 4.^a) por el claro tenor del artículo 40.2, que dice:

“Artículo 40.2. Naturaleza, competencia y representación.

...”

Corresponden al Consejo Rector cuantas facultades no estén reservadas por la Ley o por los Estatutos a otros órganos sociales...”

C) *Ámbito*. Ante todo, hay que recordar el artículo 2, párrafo segundo, de la Ley castellano-leonesa, que dispone: “La presente Ley será de aplicación a todas las sociedades cooperativas que desarrollen con carácter principal su actividad intrasocietaria dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, sin perjuicio de que las relaciones con terceros o actividades instrumentales derivadas de la especificidad de su objeto social se realicen fuera de la misma”.

Esto supuesto cabe remitirse a lo dicho a propósito de la Ley Foral de Navarra y a las de Aragón y Madrid.

D) *Duración* de los AAI. También ahora cabe remitirse al comentario sobre las citadas leyes autonómicas.

E) *Forma* de instrumentar los acuerdos intercooperativos. No hay duda de que se exige forma escrita (“suscribir” dice el art. 128, párrafo primero, de la Ley 4/2002). Pero sería de desear que el legislador hubiese exigido la escritura pública; no habiéndolo hecho, debe recomendarse la elevación a público de los AAI, por las razones que hemos expuesto.

F) *Destino de los resultados*. Ya hemos visto que el segundo párrafo del artículo 128, siguiendo en esto indebidamente al legislador estatal, obliga a acantonar los resultados de los acuerdos intercooperativos en el Fondo de Reserva Obligatorio (irrepartible) de la cooperativa a la que tales acuerdos le produzcan excedentes. Por lo tanto, el legislador castellano-leonés merece —en este punto— la misma crítica que la norma estatal y las demás autonómicas que la han seguido.

5.2.4. *Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas de Cataluña.*

El legislador catalán, que había sido pionero en el tratamiento de los que él denomina “convenios intercooperativos”, contiene una regulación bastante amplia en términos relativos, es decir, si se compara con las otras normas autonómicas y, sobre todo, adopta una posición garantista al servicio de la seguridad jurídica, que debe ser destacada y valorada muy positivamente.

El precepto clave es el artículo 126, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 126. Convenios intercooperativos.

1. Se entiende, a efectos de la presente Ley, que son convenios intercooperativos todos los pactos que, derivados del establecimiento de relaciones entre cooperativas de ramas iguales o diferentes, y con actividad en la propia comunidad autónoma o en otra distinta, permiten a las cooperativas ofrecer a los socios de otras cooperativas, abiertamente y en todo cuanto sea posi-

ble, el suministro de todos los bienes y servicios de que disponen sus propios socios, sin más restricciones que las que puedan derivarse de la singularidad o complejidad de las operaciones cooperativizadas ofrecidas, de los estatutos sociales o de las disposiciones legales.

2. *Los socios afectados por el ámbito de aplicación de los convenios intercooperativos no tienen la consideración de terceras personas no socias, a excepción de las operaciones con las secciones de crédito.*

3. *Los convenios intercooperativos han de ser inscritos mediante escritura pública en el Registro General de Cooperativas, en función del domicilio de las cooperativas participantes en el acuerdo, y en la hoja abierta a cada una."*

(Las frases destacadas por nosotros constituyen las novedades normativas respecto al texto refundido de 1992.)

El examen de las cuestiones que venimos examinando arroja el siguiente resultado:

A) *Socios colaboradores.* El legislador catalán, que regula con bastante minuciosidad la figura del socio colaborador en el artículo 27, apartado c), ha deslindado claramente esta posición jurídica de los convenios intercooperativos. En consecuencia, dado que tales convenios están centrados en la realización de la actividad cooperativizada ("... suministro de todos los bienes y servicios de que disponen sus propios socios...") y que los socios colaboradores no pueden realizar dicha actividad [art. 27 c), punto primero], no cabe duda de que nadie podría esgrimir esta situación subjetiva para acceder a las ventajas de un convenio intercooperativo sin haber sido parte contratante (*rectius*, cooperativa contratante) en el mismo.

B) *Órgano competente.* Lamentablemente, en este punto, el legislador catalán no ha querido sustraerse a la influencia de los precedentes normativos o bien a la (equivocada) idea de que, por su propia naturaleza, los convenios intercooperativos requieren inexcusablemente acuerdos de la Asamblea General. En virtud de esta posición, el artículo 29.1 i), incluye expresamente "la participación en convenios intercooperativos" como uno de los casos en los que es necesario el acuerdo de la asamblea, que además tiene carácter indelegable (art. 29.1).

Se da incluso la circunstancia de que, sin duda por un error de remisión, el propio artículo 29.1 i), después de haber mencionado los convenios intercooperativos, se refiere a las "demás formas de colaboración económica consideradas en los artículos 126 y 127", siendo así que el primero de dichos preceptos es, precisamente, el que regula los convenios intercooperativos.

Por lo demás, el legislador catalán contiene dos normas interesantes, a saber:

— Por un lado, una promesa de fomento de la intercooperación (junto a otras figuras con mayor fuerza integradora). En efecto, el artículo 145, pese a la estrechez de su rúbrica (que alude sólo a las cooperativas de segundo grado y a la fusión), establece que: “*La Administración de la Generalidad ha de establecer subvenciones, desgravaciones o créditos preferentes, en supuestos de... establecimiento de conciertos entre cooperativas productoras de bienes y servicios y cooperativas de consumidores..., siempre que la actuación propuesta sea favorable al movimiento cooperativo*”. (Como puede verse, este texto normativo recupera la nomenclatura más habitual –“concierto”– pese a que el artículo regulador del mecanismo intercooperativo prefiere el término “convenio”).

— Por otro lado, merece la pena de ser destacado el hecho de que se excluyan de la “eficacia cooperativizadora” del convenio intercooperativo las operaciones con “las secciones de crédito” (art. 126.2). Sin duda, ello se debe al deseo del legislador catalán de evitar que por esta vía se desmutualice la sección crediticia de una cooperativa, desnaturalizando su función y convirtiéndola en un pequeño Banco de hecho, con lo cual se infringiría a la vez una doble normativa: por un lado, la propia de las secciones (art. 5.º4, de la Ley catalana) y, por otro lado, la legislación bancaria.

C) *Ámbito*. Como hemos visto al transcribir el artículo 126.1, el legislador catalán es el único que se ha preocupado de aludir al ámbito de las cooperativas concertadas, puesto que se refiere a la posibilidad de que tengan “*actividad en la propia comunidad autónoma o en otra distinta*”.

Ahora bien, la alusión que acabamos de transcribir no debe inducir a engaño. Una cosa es la posibilidad de que cooperativas extracatalanas que estén operando en Cataluña se concierten con cooperativas circunscritas a esta Comunidad y otra, muy distinta, la posibilidad ilimitada de operar extraterritorialmente, en virtud de un acuerdo intercooperativo y siguiendo sometidas a la legislación catalana.

Para resolver el problema de la posible viabilidad extraterritorial de un convenio intercooperativo firmado en Cataluña entre cooperativas de dentro y de fuera de dicha Comunidad, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley catalana (en adelante, también LCC). Dicho precepto, en sus números 2 y 3, dispone lo siguiente:

“Artículo 2. *Ámbito de aplicación de la Ley.*

...

2. *La presente Ley es de aplicación a las federaciones y confederaciones de cooperativas que tienen su objeto social principalmente en el ámbito de Cataluña.*

3. *Las sociedades cooperativas, las federaciones y las confederaciones de cooperativas que se rigen por la presente Ley han de tener su domicilio social en el municipio de Cataluña donde realizan principalmente sus actividades económicas y sociales.*”

El número 2 de este precepto (y el inciso que hemos destacado en el art. 126.1) deben interpretarse a la luz del artículo 2.º A) de la Ley estatal 27/1999.

D) *Duración.* Dado que, como ya sabemos el artículo 126 de la LCC no menciona el dato temporal de los convenios intercooperativos, es claro que éstos pueden acogerse al principio de libertad de pactos del artículo 1.255 del Código Civil. En consecuencia, dichos convenios pueden ser tan efímeros o tan duraderos como las cooperativas interesadas acuerden.

En cuanto a la posibilidad de que la disolución de una cooperativa concertada no sea causa automática de resolución del convenio, vale lo dicho respecto a otras leyes.

E) *Forma.* Como hemos visto, la Ley 18/2002 sigue fielmente la posición del Decreto Legislativo 1/1992, de 10 de febrero, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de Cataluña. Por ello mantiene, con toda coherencia, el requisito de la escritura pública y la obligada inscripción en el Registro de Cooperativas (art. 126.3, que califica –indebidamente– dicho Registro como “General”).

F) *Destino de los resultados.* En este punto hay que hacer notar que los resultados de las operaciones derivadas del convenio intercooperativo deben calificarse como “cooperativos” a los efectos de su encuadramiento y clasificación contable [art. 64.2 a) en relación con el apartado a) del núm. 3 del mismo precepto]. Pero esta conclusión deriva, no de una mención directa en la Ley catalana sobre tales resultados, sino de la consideración legal de los socios de las cooperativas concertadas, cuya operatoria con éstas no convierte a aquéllos en simples “terceras personas no socias” –salvo en el caso de las secciones de crédito– (art. 126.2).

Ahora bien, como puede verse, en este último precepto (tanto en su núm. 1, como en el núm. 2), los convenios intercooperativos catalanes sólo permiten a las cooperativas ofrecer bienes y servicios “a los socios de otras cooperativas” y no “en” estas mismas, lo que parece una restricción respecto a la mayoría de las Leyes autonómicas y a la propia Ley estatal [que con esta última fórmula prepositiva permiten dirigir los bienes tanto a la(s) otra(s) cooperativa(s) concertada(s) como a sus respectivos socios].

Ello plantea la cuestión de si las eventuales operaciones de suministro de una cooperativa a otra concertada con la misma podrá considerarse en Cataluña como “actividad con terceros”. Parece que la respuesta debe ser negativa, pero las Cooperativas concertadas podrán acogerse, de manera expresa y complementaria, al artículo 79.3 de la Ley estatal 27/1999, que –como ya sabemos– constituye Derecho supletorio de los ordenamientos autonómicos (art. 149.3, *in fine*, de la Constitución).

5.2.5. Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha.

En esta norma, los acuerdos intercooperativos vienen regulados en el número 2 del artículo 134, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 134.2. Otras modalidades de colaboración económica.

“... ”

Las cooperativas podrán suscribir con otras acuerdos intercooperativos en orden al cumplimiento de sus objetos sociales. En virtud de los mismos, la cooperativa y sus socios podrán realizar operaciones de suministro, entregas de productos o servicios en la otra cooperativa firmante del acuerdo, teniendo tales hechos la misma consideración que las operaciones cooperativizadas con los propios socios.

Los resultados obtenidos de estas operaciones tendrán el carácter y destino de resultados cooperativos.”

Como puede verse, el primer párrafo de este precepto sigue –casi con absoluta literalidad– lo que la Ley Foral de Navarra dispone, si bien contiene una diferencia clarificadora (a favor de la Ley castellano-manchega), a saber, haber suprimido toda alusión al grado o nivel asociativo de las cooperativas firmantes de los AAIL.

Por lo tanto, en principio, cabe traer aquí las consideraciones generales realizadas a propósito del artículo 75.6 de aquella Ley Foral, salvo la duda (que esa norma suscitaba) sobre la cooperación de segundo o ulterior grado ante los acuerdos intercooperativos, ya que el legislador castellano-manchego se refiere a (todas) “las cooperativas”, sin restricción o limitación alguna.

Ahora bien, es digno de ser resaltado el segundo párrafo del artículo 134.2, en el que, con una fórmula concisa (aunque un poco cacofónica), se nos viene a decir que los resultados de tales operaciones tendrán carácter y destino (de resultados) cooperativos. Es decir, que se considerarán “excedentes” [véase el art. 67.2 b)] y, por lo tanto, su destino obligado al Fondo de Reserva Obligatorio (FRO) no es total (como ocurre en la Ley estatal), sino parcial, aplicando una de estas dos reglas o, en su caso, ambas:

a) Siempre hay que destinar a dicho FRO un 25 por 100 del excedente, una vez deducidas las pérdidas y antes de considerar el Impuesto de Sociedades.

b) Hasta que el FRO alcance un importe superior al doble del capital social, se destinará a aquél, como mínimo, un 20 por 100 adicional (art. 68.2).

Veamos ahora, de forma sucinta, los seis problemas concretos que venimos examinando, al estudiar las otras leyes:

A) *Socios colaboradores*. Curiosamente, las cooperativas castellano-manchegas sí pueden ser socias colaboradoras de otras (también de Castilla-La Mancha) con las que hubieren suscrito un “acuerdo de colaboración cooperativo” (art. 24.3), pero respetando las condiciones del número 1 de ese precepto.

Esto significa que el legislador manchego parece partir de la siguiente distinción: por un lado, aquellos AAI que tienen por objeto realizar actividad cooperativizada en la otra cooperativa concertada (les llamaremos “acuerdos típicos” o principales); por otro lado, AAI mediante los cuales una cooperativa no desarrolla actividad cooperativizada en la otra sociedad, pero “contribuye a su consecución” mediante otra serie de actos de muy distinto tipo, pero de menor calado (“acuerdos menores” o sub-acuerdos).

En el segundo caso, la cooperativa actuante puede ser “socia colaboradora”; en el primero no puede serlo porque su actividad tiene la condición de “operación cooperativizada” (art. 134.2, párrafo primero, *in fine*); es decir, la cooperativa concertada –primer caso– es más que “colaboradora”. Estos acuerdos –aunque no lo diga la Ley– serían de “integración” (pues trascienden la mera colaboración).

B) *Órgano competente*. Según la LCCLM, es competencia exclusiva de la Asamblea General la “participación en otras formas de *colaboración económica*” [art. 34.3 f)] y dado que esa expresión es, casi literalmente, la misma que utiliza la propia Ley manchega para referirse a los acuerdos intercooperativos (en su art. 134.2), hay que concluir que sólo el órgano asambleario puede acordar la celebración de AAI. Esta competencia, por ser de origen legal, tiene además carácter indelegable (art. 34.5).

Ya hemos criticado la excesiva e injustificada rigidez que esta solución competencial comporta.

C) En cuanto al *ámbito*, objetivo y territorial, de los acuerdos intercooperativos cabe remitirse *mutatis mutandis* a lo dicho al estudiar la nor-

ma foral navarra y a las de Aragón, Madrid y Castilla y León, habida cuenta de cómo se regula el ámbito aplicativo de la Ley castellano-manchega que estamos estudiando ahora.

En efecto, el artículo 2 de la LCCLM dispone lo siguiente:

“Artículo 2. Ámbito de aplicación.

La presente Ley se aplicará a las cooperativas que desarrollen principalmente su actividad cooperativizada en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, sin perjuicio de la actividad con terceros o la instrumental o personal accesoria que puedan realizar fuera de dicho territorio.”

D) Respecto a la *duración* de tales acuerdos valen también las consideraciones hechas al comentar la aludida Ley de Navarra.

E) Por lo que se refiere a la *forma* de plasmar los acuerdos, de nuevo se exige –en la LCCLM– la constancia escrita, pero se olvida la escritura pública.

Ahora bien, se produce la paradoja de que si se regula (necesariamente en los Estatutos) la figura de los socios colaboradores y se contempla como uno de tales colaboradores a las cooperativas que han firmado o firmen acuerdos de colaboración intercooperativa, en este caso, no el texto íntegro del AI completo, pero sí algún efecto del mismo tendrá –aunque de forma indirecta e incompleta– la máxima solemnidad documental, porque deberá constar en escritura pública y ser inscrito en el Registro de Cooperativas de Castilla-La Mancha, como todo precepto estatutario. Sin embargo, tanto el documento notarial como el citado Registro no van a reproducir el texto del AI; entre otras razones porque este acuerdo es –por definición– algo efímero o en todo caso temporal, con vocación de revisión periódica, y no forma parte de la estructura jurídica de la cooperativa. De ahí que, a lo sumo, el Estatuto pueda decir algo parecido a lo siguiente: “También podrán ser socios colaboradores de esta cooperativa aquéllas otras con las que haya suscrito un acuerdo de colaboración intercooperativa que no suponga realizar actos propios del objeto social de ésta. Quedan expresamente comprendidos en el supuesto a que se refiere el párrafo anterior los siguientes: ...” (p. ej., entregar materias primas –pero no trabajar– cuando la cooperativa asociante sea de producción; proporcionar medios de transporte –pero no entregar productos– cuando la cooperativa sea de comercialización; venderle frutas u hortalizas –pero no comprar en ella– cuando sea de aprovisionamiento, etc.).

Es decir, que los AAI de (mera) colaboración deben tener (algún) reflejo estatutario (y por ello previamente escriturario), mientras que los genuinos acuerdos intercooperativos (que llamaremos “de integración”) pueden nacer y desarrollarse sin la menor mención estatutaria (y escrituraria).

Hay aquí, sin duda, una injustificada paradoja normativa, puesto que cuanto mayor es la implicación que comporta un AI (de integración), menores son las formalidades jurídicas exigibles; mientras que cuando la intercooperación es menos intensa (acuerdos de simple colaboración), mayor solemnidad deben revestir algunos presupuestos del acuerdo (a saber, un determinado reflejo estatutario, consistente en regular la figura del “socio colaborador” y en decir en qué consistirá la colaboración de la otras cooperativas que eventualmente firmen el acuerdo).

F) *Destino de los resultados.* Como indica el segundo párrafo del artículo 134.2 de la Ley castellano-manchega –y ya hemos destacado al principio de su glosa–, los resultados obtenidos de las operaciones fruto de AAI tienen carácter y destino “cooperativos”; por lo tanto, siguen el régimen general de asignación de excedentes, sin estar penalizados, como ocurre en la Ley estatal y en otras Autonómicas.

5.2.6. Ley 1/2003, de 20 de marzo, de Cooperativas de las Illes Balears.

El precepto correspondiente es ahora el artículo 143.2, que dispone:

“Artículo 143.2. Otras formas de colaboración económica y social.

“... ”

Las cooperativas podrán suscribir con otras acuerdos intercooperativos para cumplir sus objetivos sociales. En virtud de éstos, la cooperativa y sus socios podrán realizar operaciones de suministro, entregas de productos, o servicios en la otra cooperativa firmante del acuerdo. Estos hechos tienen la misma consideración que las operaciones cooperativizadas con los propios socios. Los resultados de estas operaciones se imputarán de acuerdo con lo que dispone el artículo 80.1 de esta Ley.”

De nuevo puede verse la influencia de la norma navarra y, sobre todo, de la castellano-leonesa.

Por ello, el precepto no plantea dudas, ni problemas interpretativos especiales (sin que tenga entidad la errónea calificación –arrastrada también desde aquellas dos leyes y en la del Estado– consistentes en llamar “hechos” a lo que son “actos”, “operaciones” o “negocios jurídicos”).

Así, ante todo, no hay duda, dado el amplio tenor del artículo 143.2, de que tales acuerdos pueden ser concertados entre cooperativas de todos los grados o niveles asociativos, en cualquiera de las modalidades posibles; es decir, caben AAI tanto intragrado (cooperativas primarias entre sí o cooperativas de segundo grado, también entre sí), como integrados (cooperativas primarias con otra u otras de segundo grado, o viceversa, etcétera).

En cuanto a los seis problemas relativos a otros extremos del régimen jurídico de los AAIL en la Ley balear, vamos a examinarlos, también con el obligado carácter no exhaustivo.

A) *Socios colaboradores*. No existe esta figura en el mencionado texto legal y, dado que los “asociados” (art. 33 al 35) son meros financiadores o aportantes del capital, no cabe confundirlos con las cooperativas firmantes de un AI (puesto que éstas deben proporcionar suministros o productos, o prestar servicios, a la otra cooperativa).

B) *Órgano competente*. A la vista del artículo 39 de la mencionada Ley, cabe extraer las siguientes conclusiones:

a) En principio, concertar AAIL no constituye una competencia asamblearia, puesto que no figura mencionada en ninguno de los once apartados del número 2 de aquel precepto. Ni siquiera en aquél que recoge diversos mecanismos de intercooperación [a saber, el apartado h), que dispone lo siguiente:

“Artículo 39.2. Competencias (de la Asamblea).

...

h) Aprobar el balance final de liquidación; constituir cooperativas de primero, segundo o ulterior grado; crear, adherir o separar a los consorcios, las federaciones y las asociaciones; crear y extinguir secciones de la cooperativa; participar en empresas no cooperativas y constituir grupos cooperativos o adherirse a ellos...”

Por lo tanto, los Consejos Rectores de las Cooperativas baleares son los órganos que pueden concertar acuerdos intercooperativos.

b) Sin embargo, por otro lado, existe un perturbador precepto, cuyo contenido total parece un ejemplo de norma dictada “de cara a la galería”, pero siendo consciente –a la vez– de que conviene dificultar su aplicación práctica. Se trata de una norma sólo viable, a mi juicio, en cooperativas con reducido censo social e impregnada de obsesión asamblearia. Se trata del artículo 39.1, cuyo contenido es el que sigue:

“Artículo 39.1. Competencias.

Son competencia de la asamblea general todos los asuntos propios de la cooperativa, aunque la tengan otorgada otros órganos sociales. En este último supuesto, es necesario que el acuerdo sea adoptado por más de dos tercios de los socios o asociados que estén presentes o representados en la asamblea, siempre y cuando esta representación sea superior, al mismo tiempo, al cincuenta por ciento de los socios que forman parte de la cooperativa...”

Como puede verse, si se hiciese uso de esta norma, la Asamblea General podría avocar (entre otras facultades) la competencia para concertar AAI; y ello incluso ante un proyecto ya preparado, negociado, y casi ultimado, por el Consejo Rector.

Ahora bien, la sola lectura de los requisitos exigidos por aquel precepto demuestra que será más difícil obtener ese acuerdo autohabilitante de la propia Asamblea que aprobar una fusión, lo que justifica la crítica que antes hicimos a semejante norma, que sin duda planteará problemas, sobre todo, a las pequeñas y medianas cooperativas.

C) *Ámbito*. Tanto en la vertiente objetiva como en la territorial, vale cuanto venimos diciendo respecto a las Leyes de Navarra, Aragón, Madrid, Castilla y León y Castilla-La Mancha, habida cuenta de que el artículo 1.º de la Ley balear dispone lo siguiente:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación.

El ámbito de aplicación de la presente Ley comprende todas aquellas sociedades cooperativas, uniones y federaciones que desarrollen principalmente su actividad societaria en el territorio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, todo ello sin perjuicio de que, para completar y mejorar sus fines, puedan realizar actividades instrumentales y tener relaciones con terceros fuera del ámbito territorial de las Illes Balears.”

D) *Duración*. También ahora cabe dar por reproducidas las consideraciones formuladas al estudiar los otros textos legales.

E) *Forma* de instrumentar los AAI. Es indudable que se requiere la forma escrita (art. 1.280 del Código Civil no modificado –pues no podría serlo– por esta norma legal); pero la Ley balear 1/2003, que estamos comentando, incurre en el defecto de no imponer la escritura pública ni la inscripción registral de los acuerdos intercooperativos, por lo que merece doble crítica.

F) *Destino de los resultados*. El artículo 143.2, *in fine*, se remite al artículo 80.1 de la propia Ley balear. Dado que este último precepto regula la aplicación de los excedentes, y en su párrafo primero se ocupa del destino del resultado que proceda de las operaciones con socios, es claro que para las actividades fruto del AI será el mismo que el aplicable a aquellas operaciones con los cooperadores (un 20 por 100, al menos, al Fondo de Reserva obligatorio; un 5 por 100 al Fondo de Educación y promoción; y un 10 por 100, en su caso, al Fondo de Reserva para el retorno de aportaciones; el resto será el excedente que, una vez abonado el

Impuesto de sociedades, constituirá el excedente neto. Éste –si no hubiese fondos voluntarios– coincide con el excedente disponible).

5.2.7. Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana.

En esta norma (en adelante, también LCCV), los acuerdos intercooperativos aparecen regulados en el artículo 102; concretamente en el número 3 de este precepto, que dice lo siguiente:

“Artículo 102. Consorcios y otras uniones.

...

3. Las cooperativas podrán suscribir con otras acuerdos intercooperativos en orden al cumplimiento de sus objetos sociales. En virtud de los mismos, tanto la cooperativa como sus socios podrán realizar operaciones de suministro, entregas de productos o servicios en las demás cooperativas firmantes del acuerdo, teniendo tales hechos la misma consideración que las operaciones cooperativizadas con los propios socios.”

Como puede verse, ninguna novedad respecto a la legislación vasca, castellano-manchega y balear. Por ello, ante todo, es indiferente la clase y el nivel estructural (primero, segundo o ulterior grado) al que pertenezcan las cooperativas que deseen concertar AAIL.

También concuerda, al menos, con el resultado buscado por estas Leyes, el artículo 67.1 de la LCCV en su párrafo inicial y apartado c), según los cuales: *“Se considerarán ingresos ordinarios cooperativos los siguientes: ... c) Los obtenidos de las operaciones realizadas en cumplimiento de acuerdos de intercooperación con otras cooperativas”*.

Como consecuencia de ello, la dotación legalmente forzosa (de los excedentes netos resultantes de operaciones con socios –y asimiladas–) que, como máximo, debe destinarse al FRO será del 20 por 100 (art. 68.2).

Veamos ahora los otros seis problemas que venimos examinando:

A) *Socios colaboradores*. No existe esta posición jurídica en la LCCV y la regulación de los “asociados” (art. 28) no permite identificar, ni confundir, ambos supuestos, pues tales miembros son meros financiadores. Por lo tanto, vale aquí lo dicho respecto a la norma balear.

B) *Órgano competente*. Este tema dista de estar claramente regulado en la Ley valenciana. Los datos a interpretar son los siguientes:

— Los acuerdos intercooperativos no aparecen mencionados, con esta concreta nomenclatura, en el artículo (31.1), que relaciona el elenco de ma-

terias que integran la “competencia exclusiva, inderogable e indelegable” de la Asamblea General.

— Es indudable que los Estatutos pueden atribuir a la Asamblea la competencia para concertar AAII [art. 31.1), *in fine*].

— El problema surge –como en otras leyes– en caso de silencio estatutario. En este supuesto, caben dos tesis interpretativas, a saber:

a) Considerar que los acuerdos intercooperativos constituyen una modalidad de “unión de cooperativas de carácter económico” [art. 30.1 h)] y, por ello, que tanto la firma de tales convenios como la baja o separación de los mismos exigen una decisión asamblearia al respecto, o bien

b) Estimar que los AAII no crean una “unión (económica) de cooperativas” en ninguna de las acepciones que aparecen en el capítulo I del título II de la Ley valenciana.

En efecto, en el artículo 100.3, “la unión de entidades que asocien cooperativas” puede entenderse *prima facie* como referida a cooperativas de segundo grado, pero no a los AAII, que vendrían englobados en “las relaciones de intercooperación” (como dice el mismo precepto en su parte final).

Por otro lado, profundizando más, el artículo 102, en su número 1, también permite distinguir entre dos niveles de vinculación:

— Por un lado, lo que son fenómenos de agrupación unitiva (“1. *Las cooperativas podrán constituir, de manera temporal o duradera, sociedades, asociaciones, consorcios y uniones, entre sí o con otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas...*”).

— Por otro lado, los vínculos que constituyen un escalón menos integrador (“*convenios o acuerdos para el mejor cumplimiento de su objeto social...*”).

Además, el propio artículo 102, en su número 2, desarrolla la alusión del número 1 a las “uniones”, refiriéndose a los fenómenos de “concentración de empresas” (citando, la fusión, la cooperativa de segundo grado y las uniones temporales), y no aludiendo a los acuerdos intercooperativos.

Junto a estos tres argumentos, de índole sistemática y gramatical, existe otro de fondo que es el siguiente: la firma de un AI produce efectos equivalentes a una especie de ingreso como cuasisocia de la otra cooperativa firmante del acuerdo (en efecto, la sociedad concertada –cuasisocia y sus socios– van a poder realizar actos cooperativos –es decir, propios y típicos– de los socios cooperadores en la entidad asociante). Ahora bien, el ingreso de cualquier socio es competencia del Consejo rector (art. 20.2

de la citada Ley valenciana). Por lo tanto, lo más lógico es entender que para concertar AAII será también competente el Consejo rector.

En análogo sentido hay que recordar, finalmente, que el control de las operaciones cooperativizadas es un acto de gestión de la empresa cooperativa y, en cuanto tal, propio de la actividad gestora, que es típica del Consejo rector (art. 41.1 de la LCCV).

En conclusión: tratándose de cooperativas sujetas a la Ley de la Comunidad Valenciana, son competentes para concertar AAII los respectivos Consejos rectores de las sociedades interesadas, salvo que los Estatutos de todas ellas (o de alguna de ellas) hubiesen atribuido esta competencia a las asambleas generales, en cuyo caso –para tales cooperativas y sólo para ellas– sería preciso un acuerdo asambleario (es decir, algunas cooperativas pueden firmar un acuerdo sólo si tienen habilitación de la asamblea general, mientras que otras podrían concurrir con tal de que sus respectivos Consejos rectores lo haya decidido).

C) *Ámbito*. El artículo a considerar es el 1.º, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación.

Esta Ley tiene por objeto la regulación y el fomento de las cooperativas que, de modo efectivo y real, desarrollen mayoritariamente la actividad cooperativizada con sus socios en el territorio de la Comunidad Valenciana, sin perjuicio de que las relaciones con terceros o actividades instrumentales del objeto social se realicen fuera del mismo.”

Relacionando este precepto con el artículo 102.3, resulta que, si en virtud de un AI, una cooperativa valenciana (y sus socios) llegan a realizar con otras cooperativas de otras autonomías un volumen de actividad cooperativizada equivalente (o superior) al que desarrolle con sus propios socios, dejará de estar sujeta a la LCCV.

Mientras eso no ocurra, podrán concertarse AAII bien sólo entre cooperativas valencianas, bien de éstas con cooperativas extravalencianas. Las operaciones de estas últimas tendrán, ante el legislador valenciano, el tratamiento de actividad cooperativizada; pero ante el legislador personal o de origen quedan sujetas a la calificación sustantiva y económica que resulte, según el contenido de esa legislación.

D) *Duración*. El legislador valenciano es de los pocos que se refiere a este dato, puesto que en el número 1 del artículo 102 (que es el precepto básico que –como ya sabemos– cubre todas las formas de vinculación, tanto *inter* como *hetero*, cooperativa) comienza afirmando: “*Las cooperativas podrán constituir de manera temporal o duradera, ...*” y concluye: “*y formalizar convenios o acuerdos...*”.

Es claro, pues, que –no habiendo exigido el legislador un carácter necesariamente efímero a los AAI– éstos podrán tener una duración tan dilatada como deseen las partes contratantes.

Por otro lado, hay que recordar que el artículo 82.2 de la LCCV regula la reactivación de las cooperativas disueltas, por lo que cabe remitirse a lo dicho más atrás sobre la posibilidad de que –salvo pacto en contra en el AI– la disolución no sea causa automática de conclusión del acuerdo para la cooperativa disuelta, ni para las demás.

E) *Forma*. No cabe duda que es necesaria la forma escrita (“... *suscribir con otras acuerdos intercooperativos*”, dice el art. 102.3 de la LCCV).

Ahora bien, no siendo los AAI uno de los actos sujetos a obligatoria inscripción en el Registro de Cooperativas de la Comunidad Valenciana (*vid.* art. 18), no se requiere escritura pública, lo cual llama la atención dada la calidad técnica que, en general, tiene la repetida Ley. Una vez más hemos de deplorar ese olvido u omisión que, sin embargo, es imputable, sobre todo, al legislador estatal, que debería dictar la oportuna norma general (ejerciendo su competencia ordenadora de los “registros e instrumentos públicos”, establecida en el art. 149.1, materia 8.^a, de la Constitución).

F) *Destino de los resultados*. Ya hemos visto que, según el artículo 67.1 de la LCCV, en su apartado c), los ingresos obtenidos en cumplimiento de acuerdos de intercooperación, se considerarán ingresos ordinarios cooperativos. Por lo tanto, al no ser operaciones con terceros, aquéllos no quedan sujetos a la regla más gravosa o exigente de dotación de fondos obligatorios (art. 68.4), sino al régimen ordinario: los excedentes generados por tales ingresos, antes de considerar el Impuesto sobre Sociedades, deben destinarse (como mínimo) en un 5 por 100 al Fondo de Educación y Promoción Cooperativa y en un 20 por 100 a la Reserva Obligatoria, hasta que ésta alcance la cifra del capital suscrito en la fecha de la convocatoria (art. 68.2). Hechas las asignaciones anteriores, el resto de los excedentes podrá aplicarse a reservas voluntarias, retornos o participación de los trabajadores (art. 68.3).

VI. Conclusiones

A la vista de lo expuesto, cabe formular las siguientes conclusiones:

Primera. Pese a su importancia y a una larga –y a veces errática– trayectoria normativa, los acuerdos intercooperativos (AAI) no han sido, apenas, objeto de análisis jurídico.

Segunda. En las regulaciones existentes hasta finales de los años ochenta del pasado siglo, no se profundizó lo suficiente en los principales problemas que suscitan tales acuerdos.

Tercera. Han sido algunos legisladores autonómicos [concretamente, el navarro –en 1996– y antes el catalán –en 1992–] quienes primero se posicionaron claramente a favor de los AAI.

Cuarta. Con esos precedentes y existiendo un mandato constitucional de fomento cooperativo (art. 129.2 de nuestra Carta Magna), resulta incomprensible que tanto la Ley cooperativa estatal de 1999, como varias de las autonómicas –anteriores y posteriores– hayan quitado con una mano (al regular el destino de los excedentes) lo que previamente habían configurado –y otorgado– adecuadamente con la otra (la consideración de las operaciones generadas por un AI como actividad cooperativizada).

Quinta. El abanico de soluciones normativas divergentes ante una misma problemática (la que plantean los AAI) carece de toda lógica, lesiona la igualdad ante la Ley y la seguridad jurídica y debería ser reconducido a una regulación uniforme –dictada por el Estado, por las razones que constan en la conclusión sexta– sobre los siguientes puntos:

A) Competencia de los Consejos rectores para concertar AAI, salvo que los Estatutos la atribuyan expresamente a las asambleas generales.

B) Carácter explícitamente subordinado de esos AAI respecto a la actividad con los propios socios de cada cooperativa.

C) Destino de los resultados generados por la cooperativa con arreglo a la normativa propia de la actividad cooperativizada, si acaso con el matiz de reforzar la dotación del Fondo de Reserva obligatorio o la del Fondo de Educación y Promoción. En cuanto a la actividad de los socios como proveedores de la otra cooperativa firmante del acuerdo, debe primar la libertad de pactos.

D) Necesidad de instrumentar el AI mediante escritura pública.

E) Prohibición de aquellos acuerdos intercooperativos que puedan encubrir prácticas o resultados prohibidos por la normativa concurrencial (Derecho de la Competencia). Pero, a la vez, reconocimiento de la función social reequilibradora de las cooperativas y de su papel al servicio de la igualdad entre los grupos de agentes económicos que aglutinan a los ciudadanos (art. 9.2 de la Constitución).

Sexta. Los principales argumentos –de rango constitucional– para defender la solución que acabamos de postular en la conclusión quinta son los siguientes:

A) La unidad de mercado, la libertad de empresa y el respeto a la legislación mercantil, que todas las Autonomías reconocen como límite a su capacidad legiferante (arts. 38; 141.1, 6.ª; y 57.2 de la Constitución).

B) El principio de fomento de las cooperativas en relación con las libertades de asociación y de empresa y con la regla de intercooperación (arts. 129.2; 22 y 38 del texto constitucional).

C) La necesidad de aclarar la normativa aplicable a los acuerdos intercooperativos concertados entre sociedades sometidas a distintas legislaciones territoriales (arts. 149.1, 8.ª, de la Carta Magna).

D) La seguridad jurídica y la ordenación de los registros e instrumentos públicos (arts. 9.º3 y 149.1, 8.ª de la repetida superley).

E) El respeto al principio de igualdad aplicado a los grupos de socios de cooperativas que, con la actual situación normativa, se ven muy desigualmente tratados, según la ley territorial respectiva (art. 9.º2 en relación con el 149.1.1.ª y con el 139).

Séptima. Las vías reconocidas al Estado para legislar reconduciendo a un ordenamiento más claro, seguro y cierto, la dispar normativa actual van desde una solución harto difícil (la Ley de armonización del art. 150.3 de la Constitución) a otras vías también algo complejas (como la “Ley marco” del art. 150.1 de nuestra Carta Magna); finalmente, cabe llegar a cauces mucho más accesibles, a saber: una norma mercantil (bastaría un solo artículo, al amparo del art. 149.1, 6.ª de la Constitución); o una regla civil, al abrigo del artículo 149.1, 8.ª (bases de las obligaciones contractuales –“intercooperativas”, en este caso–); o una norma reguladora de una “base de la actividad económica (art. 149.1.13), en relación con la necesidad de “garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de (determinados) derechos constitucionales” (art. 149.1.1.ª), a saber: –en este caso–: el de propiedad sobre los frutos generados por la actividad cooperativizada (art. 33) y el de emprender productivamente (art. 38), mediante la fórmula cooperativa.

Bibliografía consultada

- ACI: *Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la identidad cooperativa*. Edición del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi. Vitoria-Gasteiz, 1996.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R.: *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la Cooperativa de segundo grado*. Valencia, 2000.
- AAVV: *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*. Consejo General del Notariado. Madrid, 1996.
- *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*. Consejo General del Notariado. Madrid, 2001.
- BOLÁS ALFONSO, J.: *El papel del notariado europeo en el nuevo espacio jurídico y económico*. Consejo General del Notariado. Madrid, 2004.
- COLOMBAIN, M.: *Las Cooperativas*. OIT, 7.ª edición. Ginebra, 1972.
- EMBED IRUJO, J. M.: “Problemas actuales de la integración cooperativa”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 227. 1998.
- GADEA, E.: *Derecho de las Cooperativas*. Bilbao, 1999.
- GIDE, Ch.: *La Cooperativa*. París, 1910.
- JULIÁ IGUAL, J. F.; SERVER IZQUIERDO, R. J., y MELIÁ MARTÍ, E.: *Los procesos de fusión en Cooperativas Agrarias (Manual de procedimiento)*. Madrid, 2004.
- LABADESA, R.: “Per collegare i produttori ed i consumatori”, *Riv. Dir. Cooperative*, 1958.
- LAIDLAW, A.: “Cooperativa en el año 2000”. Informe presentado en el 27 Congreso de la ACI, en Moscú.
- LLUIS Y NAVAS, J.: *Derecho de Cooperativas*. Barcelona, 1972.
- MORILLAS JARILLO y FELIÚ REY, M. I.: *Curso de Cooperativas*. Madrid, 2000.
- PARRA DE MÁS, S.: *La integración de la empresa cooperativa*. Madrid, 1974.
- PAZ CANALEJO, N.: *El nuevo Derecho Cooperativo Español*. Madrid, 1979.
- PAZ CANALEJO, N. y VICENT CHULIÁ, F.: *Ley General de Cooperativas (Comentario al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial. Tomo XX)*. Madrid, Edersa, tres volúmenes (1989, 1990 y 1994).
- PAZ CANALEJO, N.: “Aspectos jurídicos de la intercooperación de la salud”, en *Revista de Estudios Cooperativos (REVESCO)*, núm. 62/1996.
- *La Sociedad Cooperativa ante el reto de los mercados actuales (Un análisis no sólo jurídico)*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2002.
- RAYNAULD, A.: “La teoría económica delle relazioni intercooperative”, en *Rivista della Cooperazione*, 1955.
- ROSEMBUJ, T.: *La empresa cooperativa*. Barcelona, 1982.
- RUIZ DE GORDOA, J.: “La integración cooperativa”, en “La integración de las Cooperativas” (Mesa Redonda de Cooperativismo en la Universidad de Santander), Escuela de Gerentes Cooperativos. Zaragoza, 1969.
- SALINAS RAMOS, F.: *Temas cooperativos*. Madrid, 1982.
- VICENT CHULIÁ, F.: *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*. Madrid, 1971.
- *Introducción al Derecho Mercantil*. 9.ª edición. Valencia, 1996.

LA APERTURA DEL TESTAMENTO CERRADO

(Notas de Historia) (*)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS
*Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación.
Notario Honorario*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. **II.** LA CUESTIÓN EN BOFARULL, BONEL Y FALGUERA. **III.** DERECHO ROMANO. **IV.** DERECHO COMÚN. **V.** EL FUERO REAL, LAS PARTIDAS Y SUS COMENTARISTAS. **VI.** LAS LEYES DE TORO, LA NUEVA RECOPILACIÓN Y SUS COMENTARISTAS. **VII.** LOS JURISTAS PRÁCTICOS. **VIII.** OBSERVACIONES FINALES.

(*) Publicado en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, pp. 5497-512 (tomo IV), Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

I. Introducción

Retomar antiguos trabajos abandonados por urgencias profesionales, siempre que conserven interés, es una de las posibles aplicaciones del tiempo añadido por la prolongación de la vida, pues la jubilación nos proporciona tiempo libre y nos distancia de los problemas nuevos.

Habían suscitado en mí hace ya muchos años particular atención las múltiples cuestiones, negociales y documentales que plantea el testamento cerrado; pero sólo voy a tratar ahora de un punto concreto, el de la competencia para proceder a su apertura una vez fallecido el testador. Competencia judicial hoy, según los artículos 712 del Código Civil y 1.956, aún vigente, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (disposiciones derogatoria 1.1.^a y final 18 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero). Pero quizá competencia notarial mañana conforme a la Ley de Jurisdicción voluntaria que se avecina, no sólo por la finalidad de descongestionar la Justicia a que va encaminada, sino por la naturaleza misma del acto de apertura del testamento cerrado y en cumplimiento del artículo 117.4 de la Constitución; así lo entiende una difundida opinión, con apoyos en el Derecho comparado y en nuestro Derecho catalán.

Se trata evidentemente de un problema menor; pero no le creo privado de importancia por su relación con otras cuestiones de mayor interés, que irán saliendo al paso, y porque la apertura necesariamente judicial del testamento cerrado ha sido la principal causa de que esta forma testamentaria, en tiempos prevalente, haya desaparecido en nuestra realidad jurídica.

La nueva Ley tendrá en todo caso que regular *ex novo* la apertura del testamento cerrado, pues la normativa actual, basada en las declaraciones de los testigos, ha quedado totalmente inservible tras la reforma del Código Civil por Ley 30/1991, de 20 de diciembre, que ha suprimido precisamente la necesidad de intervención de testigos en el acto del otorgamiento del testamento cerrado.

Aun sin ello, es lo cierto que la presente regulación vino al mundo con un retraso de cerca de dos mil años, lo que explica el enfoque principalmente histórico que voy a seguir. En efecto, las formas del testamento, y entre ellas el testamento cerrado, están desde siempre integradas en el Derecho civil, y dentro de éste, en el Derecho sucesorio; pero en nuestro caso la Ley de Enjuiciamiento Civil (1881) se adelantó al Código Civil (1888-1889), de manera que la regulación del testamento cerrado cuyas consecuencias procesales desenvuelve era la contenida en las Partidas (segunda mitad del siglo XIII), entonces vigente; las Partidas, a su vez, no recogieron en este punto el Derecho común, sino directamente el *Corpus Iuris Civilis* (primera mitad del siglo VI), y como las innovaciones de Jus-

tiniano fueron aquí pequeñas, el núcleo de la regulación del *Corpus* siguió constituido por las disposiciones del Derecho posclásico, especialmente la Constitución *Hac consultissima* del emperador Teodosio (año 439), unida al Código Teodosiano (Novela 16) y al de Justiniano (CJ 6.23.21), que resultó por tanto inspiradora de las Partidas (6.1.2). En el fondo, estamos ante aquella variedad del testamento *per aes et libram*, de confirmación oral de un escrito, que en el siglo III describen las Instituciones de GAYO y las Reglas de ULPIANO, en el que las tablillas de cera se sellaban por los testigos en la forma que en el siglo I había ordenado el senadoconsulto Neroniano y que antes había ideado la costumbre a partir de la Ley Cornelia, *testamentaria nummaria*, dada por Sila en el año 81 antes de Cristo.

Otras importantes incidencias se derivaron desde el punto de vista notarial de aquella vinculación sistemática de las formas testamentarias al Derecho sucesorio, con separación del probatorio de los actos entre vivos; porque las trascendentes reformas introducidas por Justiniano en el Código (Ley *Contractus*, CJ 4.21.17) y en sus Novelas (especialmente la 44, *De tabellionibus*, y la 73, *De instrumentorum cautela et fides*) que constituyeron el firme precedente del Notariado, se limitaron a los actos entre vivos, de manera que las formas testamentarias justinianeas apenas se referían al tabelión, y si lo hacían al tabulario, del que luego hablaremos, era sólo en el testamento escrito del ciego (CJ, 6.22.8.1), para leerle ante el testador y los testigos, y firmarle, norma desarrollada en las Partidas, 6.1.14. Añadamos respecto a nuestro Derecho que la Ley de Enjuiciamiento de 1855, a la que siguió en buena medida la de 1881, fue anterior a la Ley del Notariado de 1862 y a su separación entre la fe pública extrajudicial y la judicial; lo que tuvo especial incidencia en nuestro tema.

II. La cuestión en BOFARULL, BONEL y FALGUERA

La cuestión, como fácilmente puede comprenderse de cuanto antecede, es bien antigua; arrancaremos, sin embargo, de los significativos términos en que fue planteada a raíz de la publicación del Código Civil.

En crítica a su artículo 712, el notario de Madrid don Manuel DE BOFARULL defendió que “el procedimiento judicial sólo debería aplicarse al testamento que obra en poder de un particular”, pero no “al que se halla depositado en el archivo de un notario” (1). Le contestó el abogado y magistrado don León BONEL, para quien BOFARULL debiera aban-

(1) DE BOFARULL, Manuel: *Código Civil español*, 3.^a edición, Madrid, 1889, pp. 226-27, nota 2.

donar esos “sophismas”, “a poco que el publicista aludido discurra desapasionadamente” y perdiendo toda mesura afirmó que BOFARULL estaba “demasiado interesado en el asunto”, “presentándolos truncados, y a medida de su deseo (los textos del Derecho romano y de nuestro Derecho histórico) para que los que no conozcan esas disposiciones en su integridad, crean que efectivamente, ya que no razón lógica hay una razón histórica para sostener su tesis” (2).

En realidad, BOFARULL, según él mismo nos dice, se limitaba a hacer un “resumen” de las razones alegadas por el catedrático de Notaría de la Universidad de Barcelona don Félix María FALGUERA, al que BONEL considera “respetable por su saber, su honradez y su edad”, aunque no deja de recordar que era notario. FALGUERA había indicado, en efecto, en las tres ediciones de su “Formulario” –1836, 1862 y 1888– (3), que según la “forma catalana” el testamento cerrado se abre y publica, fallecido el testador, por el mismo notario en cuyo poder obra, a petición de interesado; añadiendo en las dos últimas ediciones que “por una Real orden se ha mandado que los testamentos se publiquen según el método de Castilla, es decir, judicialmente”. La divergencia se mantendría así en nuestros días entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento por un lado, ordenando la competencia judicial, y el Código de Sucesiones de Cataluña por otro, que dispone sea el notario que tenga el testamento cerrado el que llegado el caso proceda a abrirlo (art. 114).

FALGUERA vuelve a tratar más ampliamente la cuestión en sus notas a la tercera edición de la traducción castellana por Eugenio DE TAPIA de la *Teórica del Arte de Notaría* de Vicente GIBERT, defendiendo la competencia notarial siempre “naturalmente, que (los testamentos) no salgan del poder de este funcionario (del notario), porque entregado el original testamento en manos de particulares pierde la autenticidad” (4); es ésta la obra que manejó BOFARULL, con acierto, porque los argumentos de FALGUERA resultan igualmente aplicables a nuestro Derecho común, según viene a reconocer su estudio de las Partidas, lo que niega raíz histórica a la contraposición entre “forma catalana” y “método de Castilla” en la apertura de testamentos cerrados anteriormente expuesta por el mismo FALGUERA.

(2) BONEL Y SÁNCHEZ, León: *Código Civil español*, tomo tercero, libro III, Barcelona, 1890, pp. 272-73.

(3) FALGUERA Y PUIGURIGUER, Félix María: *Formulario de Notaría*, Barcelona, 1836, pp. 170-72. *Formulario completo de Notaría*, 2.ª edición, Barcelona, 1862, pp. 266-69. *Formulario completo de Notaría*, 3.ª edición, Barcelona, 1888, p. 387.

(4) *Teórica del Arte de Notaría*, escrita en latín por don Vicente GIBERT, y traducida al castellano por don Eugenio DE TAPIA, 3.ª edición, ilustrada con notas del... Dr. D. Félix María FALGUERA, Barcelona, 1875, nota “g”, pp. 205-9; las palabras citadas en p. 208.

III. Derecho romano

La disensión entre los autores citados empieza, pues, por el distinto entendimiento de los precedentes históricos.

El Derecho romano había dedicado especialmente a esta materia sendos títulos del Digesto (29.3: *Testamenta quemadmodum aperiuntur, inspiciantur et describantur*) y del Código (6.32: *Quemadmodum testamenta aperiuntur, inspiciantur et describantur*); las rúbricas de ambos son, pues, casi idénticas: De la manera en que se han de abrir, examinar y copiar los testamentos. La apertura era en ellos claramente judicial: es “oficio del pretor” (D, 29.3.4), del “juez competente” (CJ, 6.32.1) (5); también precisaban una intervención pública, muerto el testador, antes de su ejecución las demás formas testamentarias, excepto los testamentos públicos, *Principi oblatum* y *apud acta conditum*. Pero de aquella apertura judicial no cabe concluir de manera simplista que tenga razón BONEL, porque el argumento contrario de FALGUERA y BOFARULL es inconcuso: todos los testamentos cerrados que conoció el Derecho romano eran testamentos privados, ante meros testigos o selladores, conservados además por particulares; las normas que regulan la apertura de tales testamentos no podían referirse a testamentos notariales o conservados por un notario, porque en Roma los notarios no llegaron a existir.

No llegó a ser notario, aunque sea precedente del mismo el *tabellio*, el tabelión, uno de los *iuris studiosi* o profesionales del Derecho que tenía entre otras funciones las de formar instrumentos y ordenar, escribir y sellar testamentos (5 ... *instrumenta* ... *forment* ... 7... *testamenta* ... *ordinent vel scribant vel signent* (D, 49.19.9, ULPIANO, *de officio proconsulis*). Su regulación, y la de sus documentos, adquirió gran desarrollo con Justiniano, según hemos visto, pero los tabeliones no eran notarios porque no tenían fe pública, pues aquél que utilizaba un documento tabeliónico en juicio tenía que probar su autenticidad, *imponere fidem* (6).

Recordemos además que el tabelión no aparece para nada en la regulación justiniana de las formas testamentarias, y que el tabulario, el funcionario que habría de integrarse en él para conformar la figura del notario, sólo se menciona en el testamento del ciego.

(5) D, 29.3.4: *Quum ab initio aperiendae sint tabulae, Praetoris id officium est ut cogat signatores convenire, et sigilla sua recognoscere* (ULPIANO, libro L Ad Edictum). “Cuando se hayan de abrir por primera vez las tablas (del testamento), esto es oficio del pretor, para que obligue a los selladores a comparecer y a reconocer los sellos.”

CJ, 6.32.1: *Ut testamentum, quod dicis factum, proferatur et publice recitetur, competens iudex iubebit* (emp. ALEJANDRO, año 223). “El juez competente mandará que se presente y se lea públicamente el testamento que dices que se hizo.”

(6) CJ, 4.21, Leyes 18, 20 y 21; Novela 73, pr.

IV. Derecho común

Ninguno de los autores que nos han servido para plantear la cuestión estudiada se ocupan respecto a ella del Derecho común; y sin embargo es sólo entonces, a partir de fines del siglo XI y principios del XII cuando aparecen los notarios y puede por tanto presentarse el problema específico de la apertura del testamento notarial. En esa época, por obra de los glosadores, según he estudiado en otro lugar (7), unos profesionales, para los que se utiliza el nombre de tabeliones, mediante la absorción en el plano dogmático de unos funcionarios, a los que se denomina tabularios, adquieren la condición de *personas públicas* y en su virtud el instrumento tabeliónico o confeccionado públicamente, *publice confectum*, del Derecho justiniano se convierte en *instrumentum publicum*, como escrito por mano pública, *per manum publicam scriptum*. El texto fundamental es la glosa *publicum* perteneciente a ese título 29.3 del Digesto, *Testamenta quemadmodum aperiantur*, ..., fragmento 2 (8).

Sin alterar para nada las formas, nuncupativas o escritas, de testamento, aquellos notarios empezaron a redactar instrumentos meramente probatorios de los mismos; pero prontamente los glosadores dedujeron las consecuencias que de aquella glosa *publicum* se derivaban para tales instrumentos en relación con la ejecución del testamento después de la muerte del testador.

El testamento nuncupativo redactado por escritura de tabelión puede probarse, en efecto, por dicha escritura, según doctrina de Juan BASIANO de que nos da cuenta la glosa *Ostenditur* a CJ 6.42.32, sin necesidad de comparecencia de los testigos ante el juez, puesto que según la Ley *In exercendis* (CJ, 4.21.15) la escritura tiene la misma fuerza probatoria que la deposición de los testigos (9). Es la doctrina generalmente admitida en los países en que se operó la recepción del Derecho común, entre los que

(7) Conf. mi comunicación "La dogmática del instrumento público y la glosa accursiana", publicada en la *Revista Jurídica del Notariado*, 32, oct.-dic. 1999, pp. 357-400 y en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, IX-X, 1997-1998, Facultad de Derecho, Madrid, 1999, pp. 63-100.

(8) D, 29.3.2, pr. *Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est; quin potius publicum est instrumentum*. ULPiano, lib. 50 ad Edictum.

Glosa m, *Publicum, auctoritate, ut ei credatur, cum sint ibi septem sigilla; etiam si non vivant testes, quod non placet; nisi sit per manum publicam scriptum*. 2. *Vel publicum, id est, ad publicam utilitatem pertinens...*

Conf. *op. cit.* en la nota anterior, apartados V y VI.

(9) Glosa *Ostenditur* a CJ 6.42.32: *Item si ea, quae fiunt in scriptis, probantur per scripturam vel testes ... nam et ibi aequiparatur probatio scripturae quinque testibus, ergo e contra quae fiunt sine scriptis probantur per testes vel instrumenta, quia eadem est eorum auctoritas, ut d. l. in exercendis. Et haec opi. Io. consuetudine approbatur generali*.

constituye excepción Alemania, donde todo beneficiado por una disposición *mortis causa*, incluso contractual, tiene que obtener el certificado sucesorio del Tribunal del Caudal Relicto (BGB, párrafos 2353-70), que utiliza para articular una protección del tráfico (párrafos 2365-2367).

Paralelamente, el testamento *in scriptis* por documento público de tabellión tampoco precisa apertura judicial, sino que ésta puede realizarse notarialmente. La innovación, que no aparece todavía en ROLANDINO (10), y se intuye en DURANTE (11), aparece nítidamente expuesta por BARTOLO, quien la atribuye a su maestro BUTRIGARIO. BARTOLO plantea la cuestión de si las tablas del testamento prueban antes de que sean publicadas ante el juez, y distingue: el testamento nuncupativo “hace fe si es publicado por notario público”, y en cuanto al testamento *in scriptis* procede subdistinguir: “cuando está escrito por mano privada, sellado y suscrito por testigos según la forma de la ley *Hac consultissima*... mientras es escritura privada no hace fe hasta que no sea publicada ante el juez... de donde si los testigos entre tanto murieren no valdría aquél, por lo que es peligroso hacer testamento *in scriptis*... Pero si el notario es rogado por el testador... entonces hace fe sin ninguna otra prueba o publicación del juez... Pues si se cree al notario en el testamento nuncupativo, en el que es rogado tanto del tenor del testamento cuanto de sus solemnidades, mucho más se le ha de creer en el testamento *in scriptis*, en el que es rogado solamente sobre sus solemnidades” (12).

(10) ROLANDINO, *qualiter testamenta in scriptis aperiantur*: primo, ille qui credit ius habere, debet adire iudicem competentem; conf. *Rolandina cum Nevizano. Summa Rolandina artis notarie*, Lugduni, 1537, fol. LXIXr.

(11) Conf. DURANTE, Guillermo: *D.G. Durandi... Speculum iuris, cum Ioan Andree, Baldi, relinquoque clarissimorum I.V. doctorum visionibus hactenus addi solitis... Auctore Alexandro de Nevo*, Lugduni, 1577, Pars Secunda (*De instrumentorum editione*, Pars Secunda, cap. 4. Ostenso, núms. 34 y 35).

(12) BARTOLO: *Quaero utrum tabule testamenti probent antequam coram iudice publicentur. Respondeo: Quoddam est testamentum nuncupativum, de quo rogatus est publicus notarius et id facit fidem si est publicatum a notario... Quoddam est testamentum in scriptis, et hoc quandoque est scriptum manu privata, sigillatum et subscriptum a testibus secundum formam l. hac consultissima... et tunc interim est privata scriptura, nec fidem facit nisi coram iudice publicetur... unde si testes interim morerentur non valeret illud, unde periculum est facere testamentum in scriptis... Sed si notarius est rogatus a testatore... tunc illud facit fidem sine alia probatione vel publicatione iudicis; ita dicit glosa notabiliter. Ita intelligabat glosam Jac. Bu., quod placet. Si enim creditur notario in testamento nuncupativo, uti rogatus est tantum de tenore testamenti quantum de solemnitate, multo magis creditur sibi in testamento in scriptis, in quo est rogatus de solemnitate tantum. Conf. BARTOLUS a Saxo Ferrato: “In primam Infortiati Partem”, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, M D LXVII, comentario a D, 29.3.2, fol. 209r. Más brevemente, en su comentario al Código de Justiniano, 6.23.2, “Publicati”: *testamentum in scriptis conditum, et manu publici notarii scriptum, tunc faceret fidem absque alia publicatione*, “el testamento hecho *in scriptis*, escrito por mano de notario público, hace fe sin ninguna otra publicación”; conf. BARTOLUS a Saxo Ferrato, “In secundam Codicis Partem”, Veneciis, apud Lucam Antonium Iuntam, M D LXVII, fol. 18r.*

V. El Fuero Real, las Partidas y sus comentaristas

Cataluña recibió pronta y profundamente el Derecho común; ello explica la posición de la práctica catalana en el tema que estudiamos. Examinemos ahora el Derecho castellano-leonés, empezando por la obra legislativa de Alfonso X el Sabio y sus comentaristas.

La influencia del Derecho común es patente en el *Fuero Real*, pero, como en tantas otras materias, al tratar de formas testamentarias el *Fuero Real* (3.5.1) enlaza directamente con el *Liber Judiciorum* (2.5.11). Cuatro son las formas de testamento en el *Fuero Real*, tres escritas –la primera ya “por escrito de mano dalgún escribano de los públicos” (13)– y una oral, pero las cuatro abiertas, por lo que en términos estrictos no se puede plantear el problema de que tratamos. Es preciso dejar constancia, sin embargo, de que el *Fuero Real*, 3.5.13, inspirándose de nuevo en el *Liber Judiciorum* 2.5.13, dispone: “Todo ome que fuere cabeçalero de alguna manda, muestre la antel alcalde fasta un mes; y el alcalde faga la leer ante sí enteramente...”; el albacea tiene, pues, que presentar el testamento ante el alcalde, esto es ante el juez ordinario (DÍAZ DE MONTALVO, glosa “Ante el alcalde”), cualquier testamento, incluso el notarial, si nos atenemos al tenor literal de la ley; pero DÍAZ DE MONTALVO, el gran comentarista del *Fuero Real*, en su glosa “Fágala leer” entiende que tal insinuación no es necesaria si el testamento ha sido insinuado por el testador en vida, o si fue hecho por persona pública, ante el juez; y tampoco si fue hecho por tabelión que oyera y conociera todas las cosas que están escritas en el testamento, porque es escritura pública, hecha por pública persona, pues las escrituras públicas se creen plenamente; pero si el testamento estuviere hecho por particular, se requiere tal insinuación o publicación (14). Rompe, pues, DÍAZ DE MONTALVO el carácter universal de la insinuación que parecía derivarse del tenor de la ley, y declara que ésta es necesaria para los testamentos privados, pero no para el testamento abierto notarial, en que el notario conoce su contenido. Queda, sin embargo, un tercer su-

(13) Sigo la edición de MARTÍNEZ DÍEZ; la versión de DÍAZ DE MONTALVO y de Los Códigos Españoles (La Publicidad), dice “por escrito de mano de los Escribanos o de alguno dellos que sean públicos”. Conf. MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo: “Leyes de Alfonso X –II Fuero Real– Edición y análisis”, Ávila, 1988, pp. 536 + 28 láminas.

(14) DÍAZ DE MONTALVO, glosa “Fágala leer”, al *Fuero Real*, 3.5.13: *Est tamen notandum, quod si testamentum est per testatorem insinuatum in vita sua, vel sit factum per publicam personam, testibus rogatis et coram iudice, non requiritur insinuatio... = Item etiam si sit factum per tabellionem audientem et scientem omnia quae in testamento scripta sunt; eo quia est publica scriptura a publica persona facta, et testibus rogatis; cum ad plenum crediatur publicis scripturis...* = *Si tamen esset testamentum factum a privato, requiritur talis insinuatio vel publicatio*. Conf. “El *Fuero Real* de España... Glossado por el egregio Doctor Alonso DÍAZ DE MONTALVO”, Salamanca, 1569.

puesto, el del testamento notarial cerrado, cuyo contenido es secreto para el notario porque, como decimos, el Fuero Real no conoce su posibilidad.

Siguiendo al Derecho justiniano, las *Partidas* admiten ya expresamente el testamento cerrado, hecho por escrito “en poridad, que non sepan ninguno de los testigos lo que es escrito en él”, en el que la carta se presenta a los testigos doblada y cerrada con siete cuerdas colgantes para que pongan en ella los siete sellos (P, 6.1.2, procedente como vimos de la Ley *Hac consultissima* CJ, 6.23.21, tomada del Código Teodosiano, Novela 16). Ahora bien, este testamento ha de abrirse judicialmente después de la muerte del testador: “En poridad, e con escritura seyendo fecho el testamento, pueden aquellos a quien es mandado algo en él, demandar ante el Juez quel abran, seyendo muerto el que fizo el testamento” (P, 6.2.1), apertura que se verificará, por tanto, “delante del Juez ordinario” (P, 6.2.3). Resulta así a contrario del texto de las *Partidas* que el testamento abierto notarial es ejecutorio, fallecido el testador, sin necesidad de diligencia judicial alguna.

Centrándonos en el testamento cerrado, y a diferencia de BONEL, que se limita a la mera cita de textos, BOFARULL afirma que las Leyes 14, 24 y 27, del título primero de la Partida Sexta, “únicas que suponen la intervención del Notario, no ordenan... la apertura y publicación judicial del testamento”, y las leyes del título segundo de la misma Partida, “que disponen esta publicación, suponen tan sólo la intervención de testigos y no del Notario”, resumiendo así los argumentos de FALGUERA, que con alguna precipitación había alegado también que entonces “se creaban”, pero que todavía “en aquel momento no existían” notarios (15).

Gregorio LÓPEZ, su gran comentarista, advierte de entrada que las *Partidas* no han previsto aquí que el testamento *in scriptis* se haga ante tabellión (Glosa *Otrosí dezimos* a P, 6.1.1); la apertura judicial insiste en su glosa *Déveles mostrar* a P, 6.2.3, debe observarse cuando el testamento *in scriptis* se hace ante testigos y sin tabellión, pero ello no se requiere cuando se hace con tabellión, como generalmente hoy ocurre entre nosotros, “pues en virtud de la autoridad del tabellión, la misma escritura es pública y hace fe... y yerran algunos que hacen publicar ante el juez tales instrumentos hechos ante el tabellión, según vi alguna vez, pues no es necesario” (16), con cita de las Glosas *publicum* y *ostenditur* que ya conocemos.

(15) BONEL, *loc. cit.* en nota 2; BOFARULL, *op. cit.* en nota 1, p. 226; FALGUERA, *op. cit.* en nota 4, pp. 207-9.

(16) Gregorio LÓPEZ, glosa *Déveles mostrar*, a P, 6.2.3: *Quando testamentum in scriptis fit sine tabellione, debent ista servari; si vero fiat cum tabellione, prout communiter hodie fiunt in istis regnis, maximè post 1.3 Tauri, ista non requiruntur, cum propter auctoritatem tabellionis ipsa scriptura sit publica, et fidem faciat, prout voluit glossa notabilis, quae communiter approbatur... quia errant aliqui qui talis instrumenta facta coram tabellione faciunt coram iudice publicari, ut*

VI. Las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación y sus comentaristas

La intervención de escribano público en el otorgamiento del testamento cerrado fue consagrada por la Ley Tercera de Toro (Nueva Recopilación, 5.4.2; Novísima Recopilación, 10.18.2), “mandamos que intervengan a lo menos siete testigos con un escribano”, y la pujante doctrina española del siglo XVI sobre las Leyes de Toro, o sobre la Nueva Recopilación que las había recibido, sólo discutió si había quedado suprimido el testamento *in scriptis* ante testigos (CIFUENTES), coexistían las dos formas, pública y privada, de testamento *in scriptis* (PALACIOS RUBIOS, Diego DEL CASTILLO, también Gregorio LÓPEZ), o bien en principio el testamento *in scriptis* tenía que ser notarial, pero en casos muy excepcionales cabía prescindir de la intervención de notario, por ejemplo si no lo había en el pueblo (Antonio GÓMEZ, SALÓN DE PAZ, ACEBEDO, MATIENZO, etc.) (17). Pero en todo caso los autores que plantean nuestra cuestión son unánimes en afirmar que el testamento cerrado notarial no precisa de publicación judicial, a diferencia del testamento cerrado privado que, cuando se admite, necesita esa publicación ante el juez.

En este sentido se produjo ya Juan LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, seguramente el primero en comentar las Leyes de Toro, en cuya formación participó, pues aunque sus “Glosemata” no se imprimen hasta 1542, con posterioridad por tanto a los comentarios de CIFUENTES y DEL CASTILLO, tenían que estar redactadas con anterioridad, ya que falleció en 1524; su opinión es terminante: “XIII. De la publicación del testamento; ten en cuenta que si está hecho ante tabelión con las demás solemnidades referidas, como es escritura pública no necesita otra publicación, sea el testamento *in scriptis* o nuncupativo” (18). Para Diego DEL CASTILLO la “dife-

aliquando vidi, nam non es necessarium. Conf. “Las Siete Partidas del Rey D. Alfonso el Sabio, glosadas por el Licenciado Gregorio López”, *Los Códigos Españoles concordados y anotados* (La Publicidad), tomo 3.º, Madrid, 1872.

(17) ACEBEDO, Alfonso: *Commentarii Juris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones, Tomus Tertius, quintum librum Novae Recopilationis complectens*, Comentario a Nueva Recopilación 5.4.2, núm. 4, p. 119. = CASTILLO, Diego del: *Las leyes de Toro glosadas. Utilis et Aurea Glosa*. Methymnae Campi, M.D.LIII; Ley 3.ª, fol. 33r, nota e); (1.ª edición, 1527). = *Glosa de Miguel de CIFUENTES, sobre las leyes de Toro*. En Medina del Campo, M.D.LV, Ley 3.ª, núm. 2, fol. 4r; (1.ª edición, 1536). = *D. Antonii GOMEZII... ad leges Tauri Commentarium absolutissimum*; Venetiis, MDCCLIX, Ley 3.ª, núms. 36-38, pp. 16-17 = LÓPEZ, Gregorio: *Glosa Otrosí dezimos*, a P. 6.1.1, véase nota anterior. = *Glosemata legum Tauri quas vulgus de Toro appellat...* a Joanne LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS; M.D.XLII, Ley 3.ª, núm. 52, fol. 7v = *Commentaria Ioannis MATIENZO... in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*. Mantuae Carpetanae, M.D.XCVII; glosa III a Nueva Recopilación 5.4.2, núm. 3, fol. 65. (1.ª edición, 1580). = *DOCTORIS BURGUENSIS MARCI SALÓN DE PACE, ad leges Taurinas insignes commentarii*, Pintiae, M.D.LX.VIII, núm. 1035, fol. 309v.

(18) PALACIOS RUBIOS: XIII. *De publicatione testamenti; teneas quod si est factum corum tabellione cum solemnitatibus alias requisitis, cum sit scriptura publica, non est necessaria alia*

rencia” entre “el testamento hecho *in scriptis* solamente ante testigos, o ante testigos y tabelión, es ésta, que el hecho ante testigos faltando tabelión debe publicarse, y el hecho ante tabelión no, ya que entonces es escritura pública, hecha por pública persona, y hace fe sin publicación” (19). Gregorio LÓPEZ, sigue la misma doctrina en su glosa “Débeles mostrar” a Partidas, 6.2.3 de que antes nos ocupamos (20). Antonio GÓMEZ: el testamento *in scriptis*, “si se hace en escritura privada, no prueba ni hace fe de por sí, sino que requiere publicación”; “cuando se hace en escritura pública por mano de tabelión, algunos opinan que también requiere publicación y la sola escritura no hace fe, porque el tabelión no puede dar fe ni autoridad de aquellas cosas que están escritas y se contienen en dicha escritura cerrada y sellada, porque no tuvo conocimiento de ellas, sino de ver, decir y aseverar que ante él así quiso y dispuso el testador; pero hay que decidir lo contrario, que tal testamento vale, y tiene, y prueba sin ninguna publicación” (21). También SALÓN DE PAZ: “entiende que no se exige ninguna publicación del testamento, sea hecho *in scriptis* o nuncupativamente, cuando el tabelión estuviera presente en el testamento” (22). ACEBEDO afirma que en este caso –testamento *in scriptis* ante tabelión– no es necesaria la publicación judicial “ya que es bastante con que el mismo tabelión diera fe e impusiera implícitamente su autoridad cuando el testador dijo ante los testigos que aquél era su testamento, y el tabelión así lo aseveró y firmó, ya que entonces muerto al instante el testador podía ser abierto, y valen y prueban las cosas contenidas en él sin otra prueba”; y recordando a Gregorio LÓPEZ llama “ignorantes” a los que hoy le hacen publicar, lo que no es necesario (23). Citemos finalmente a MA-

publicatio, sive testamentum sit in scriptis sive nuncupativum, op. cit. en la nota anterior, núm. 14, fol. IV v.

(19) CASTILLO: *Itaque differentia in testamento facto in scriptis coram testibus tantum, vel coram testibus et tabellione, haec est, quod factum coram testibus deficiente tabellione debet publicari; factum quorum tabellione non, quia tunc publica scriptura est, et a publica persona facta, et fidem facit sine publicatione, op. cit. en nota 17, nota e), fol. 33v.*

(20) Gregorio LÓPEZ, *loc. cit.* en nota 16.

(21) Antonio GÓMEZ, *Commentarium absolutissimum, loc. cit.* en nota 17: 35... *Si fit in scriptura privata, non probat, nec facit fidem de per se, sed requiritur publicatio...*; núm. 37: *... quando testamentum in scriptis fit in scriptura publica manu tabellionis, plures tenent quod etiam requiratur publicatio, et alias sola scriptura non faciat fidem, quia tabellio non potest fidem neque auctoritatem praestare de his quae sunt scripta et continentur in praedicta scriptura clausa et signata, cum non venerit in notitia ejus, sed videre, dicere et asserere quod ante eum ita voluit et disposuit testator; sed contrarium est tenendum, imo quod tale testamentum valeat, et teneat, et probet sine aliqua publicatione, op. cit. en nota 17, núms. 35 y 36, p. 16.*

(22) SALÓN DE PAZ, *Commentarii, loc. cit.* en nota 17: *intelliges nullam exigí testamenti publicationem, sive sit in scriptis factum seu nuncupative, cum tabellio testamento fuerit praesens.*

(23) ACEBEDO (*loc. cit.* en nota 17, núm. 16): el testamento *in scriptis* con tabelión no necesita publicación, porque *satis est quod tabellio ipse dederit fidem, suamque auctoritatem interposuerit implicate quando testator dixit coram testibus quod illud erat testamentum suum, et*

TIENZO: la publicación procede, como asegura Antonio GÓMEZ, “siempre que el testamento se hace ante sólo los testigos, sin ninguna escritura o se verifica en escritura privada. Pero lo contrario si de él se hace instrumento público ante tabelión, pues entonces el mismo instrumento público prueba sólo, sin que de él se haga ninguna publicación o deposición de testigos; lo mismo ocurre en el testamento *in scriptis* por la misma razón” (24).

VII. Los juristas prácticos

Los prácticos que en nuestro Derecho histórico se ocuparon del tema, en general notarios, pero también juristas de otras profesiones, se decantaron por la necesidad de la apertura judicial de todo testamento cerrado, incluido el notarial (25).

A mediados del siglo xv, aunque editadas hasta 1531, las *Notas del Relator*, atribuidas al que lo fue de Juan II, Fernán DÍAZ DE TOLEDO, contienen ya la fórmula de “Presentación de testamento ante el alcalde”, el juez (26).

En el siglo xvi (27), la apertura del testamento cerrado tiene carácter judicial en tres obras de práctica notarial, la *Primera Parte* del humanista escribano de Granada Diego DE RIBERA (1560/1621), la *Práctica* del escribano real Francisco GONZÁLEZ DE TORNEO (1584/1675) y la *Instrucción y Memorial* de Bartolomé DE CARVAJAL, también escribano de Granada (1585). La excepción está constituida por la *Práctica* de Gabriel DE MONTERROSO, escribano probablemente de Valladolid, que en su *Prácti-*

tabellio hos asseruit et signavit, quia tunc statim mortuo testatore potest aperiri, et valent et probant contenta in eo absque aliqua probatione... quod ignorantes etiam hodie faciunt publicari, et quod non est necesse.

(24) MATIENZO, *Comentaria*, loc. cit. en nota 17: *Qui tamen hoc (publicatio) procedere asserit* (Antonio GÓMEZ) *quoties testamentum fit coram solis testibus, absque ulla scriptura, vel conficitur in scriptura privata. Secus vero si de eo fiat publicum coram tabellione instrumentum, tunc etenim ipsum publicum instrumentum probat solum, nulla eius facta publicatione seu testium depositione; quemadmodum sit, et in testamento in scriptis, eademque ratione.*

(25) Cito en el texto los años de la primera y de la última edición de cada obra, para que pueda apreciarse su permanencia en el mercado; en las notas siguientes consignaré el año de la edición por mí consultada.

(26) “Las notas del Relator con otras muchas añadidas... Nuevamente impressas en Burgos. Año de 1531” ; fol. XXXIX.

(27) DE CARVAJAL, Bartholomé: *Instruction y Memorial para escrivanos y juezes executores, assi en lo criminal como civil, y escripturas publicas*, Granada, 1585, fols. 42v-43r. = GONZÁLES DE TORNEO, Francisco: *Practica de escrivanos, que contiene... y escripturas publicas*, Madrid, 1675, pp. 126v-127r. = DE MONTERROSO Y ALVARADO, Gabriel: *Pratica civil y criminal, y instruccion de escrivanos... Y de los contratos y escripturas publicas, y judiciales*, Madrid, fol. 168v. = DE RIBERA, Diego: *Primera parte de escripturas y orden de partición y cuenta, y de residencia judicial, civil, y criminal*, Madrid, 1617, fol. 14.

ca, muy poco posterior a la de RIBERA (1563/1662), y de mayor éxito que ésta, incluso fuera de la profesión, después de dar la fórmula de la apertura judicial del testamento cerrado nos dice: “Estas diligencias, aunque no se hagan, no por eso dexa de valer el testamento”.

En el siglo XVII (28) exigen la apertura judicial el *Tratado de Escrituras* de Antonio DE ARGÜELLO, escribano de Toro y de Valladolid (1620/1661); el *Tratado de cláusulas instrumentales* del abogado de Los Yébenes, Pedro DE SIGÜENZA (1627/1767), que advierte seguir la “común opinión”; el *Estilo Nuevo* de Tomás DE PALOMARES, escribano de Sevilla (1641/1656); el *Examen y práctica de Escribanos* de Diego GONZÁLEZ DE VILLARROEL, escribano del número de Valladolid y de Cámara de Madrid (1641/1728), escrita por mandato del Consejo de Castilla; el *Compendio de contratos públicos* de Pedro MELGAREJO Y MANRIQUE DE LARA, escribano mayor del Cabildo de Olvera (Cádiz) (1652/1791); y la *Práctica de testamentos y modos de suceder* del contador e interventor de Rentas Reales Juan DE LA RIPIA (1674/1718).

En el siglo XVIII (29) exponen igualmente como acto judicial la apertura del testamento cerrado la *Instrucción Jurídica* del escribano de Reinos José Juan y COLOM (1775/1799); la *Cartilla Real para Escribanos* en sus dos versiones, la primeramente impresa a nombre del eclesiástico Diego BUSTOSO Y LISARES (1737/1816), y muy brevemente la segunda, a nombre del verdadero autor Carlos ROS HEBRERA (1762); la magnífica *Librería de Escribanos* de José FEBRERO Y BERMÚDEZ OSSORIO, escribano Real y del Colegio de Madrid (1769/1789); la *Nobleza del oficio público de Escribano*, de Juan José SÁNCHEZ, escribano de Reinos del Colegio de Valencia

(28) ARGÜELLO, Antonio: *Tratado de escrituras y contratos públicos, con sus anotaciones*, Madrid, 1651, fols. 46v-48v. = GONZÁLEZ DE VILLARROEL, Diego: *Examen, y Practica de Escribanos*, Valladolid, 1652?, fols. 10v-11r. = MELGAREJO, Pedro: *Compendio de contratos públicos, autos de particiones executivos, y de residencias*, Madrid, 1733, p. 95. = DE PALOMARES, Thomas: *Estilo nuevo de escrituras publicas*, Madrid, 1656, fols. 73v-74. = DE LA RIPIA, Juan: *Práctica de testamentos y modos de suceder*, Madrid, 1729, p. 58. = DE SIGÜENZA, Pedro: *Tratado de Cláusulas Instrumentales*, Madrid, MDCCCLIV”, p. 277.

(29) ÁLVAREZ POSADILLA, Juan: *Comentarios a las Leyes de Toro*, 3.^a impresión, Madrid, 1826, p. 51. = BUSTOSO Y LISARES, Diego: *Cartilla Real Theorico-Practica, según Leyes Reales de Castilla, para Escribanos, Notarios y Procuradores*, Madrid, 1778, tomo segundo, nota 45, p. 83. = FEBRERO, Josef: *Librería de Escribanos e Instrucción jurídica theórico práctica de Principiantes*, parte primera, tomo primero, Madrid, 1789 (edición facsímil por el Consejo General del Notariado, 1990), cap. XXV, pp. 220-25 = JUAN y COLOM, Joseph: *Instrucción jurídica de Escribanos, Abogados y Jueces ordinarios de Juzgados inferiores* (tomo segundo de la “Instrucción de Escribanos en orden a lo judicial”), Madrid, 1775, pp. 183-194. = LÓPEZ FANDO, Juan Manuel: *Prontuario de testamentos y contratos*, Madrid, tomo primero, 1798, pp. 21-28. = ROS, Carlos: *Cartilla Real, Theorica Práctica, según Leyes Reales de Castilla, para Escribanos Públicos*, Valencia, 1762, tomo I, capítulo III, núm. 63, p. 20. = SÁNCHEZ, Juan Josef: *Nobleza, privilegios y prerrogativas del oficio público de Escribano*, Valencia, tomo II, MDCCXCVII, núm. 83, p. 216.

(1797); y el *Prontuario de testamentos y contratos* del escribano de Madrid Juan Manuel LÓPEZ FANDO (1798). La más amplia y mejor exposición, como de costumbre, es la de FEBRERO. Como única excepción que conozco, Juan ÁLVAREZ POSADILLA, fiscal del Crimen y Consejero de SM, en sus *Comentarios a las Leyes de Toro* (1796/1833), afirma que “siendo siempre el testamento *in scriptis* pública escritura”, “no necesita publicación como necesitaba por derecho común cuando era hecha por escritura privada”.

En el siglo XIX (30) siguen defendiendo la apertura judicial del testamento cerrado incluso juristas teóricos, como Juan SALA, en su *Ilustración del Derecho Real de España* (1803-1839); los continuadores de FEBRERO, el *Febrero Reformado*, del Licenciado José Marcos GUTIÉRREZ (1801/1825); el *Febrero Adicionado*, del abogado del Colegio de Madrid Miguel AZNAR (1806/1825); el *Febrero Novísimo*, del abogado de los Reales Consejos Eugenio de TAPIA (1828/1845) y el *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, de Florencio GARCÍA GOYENA - AGUIRRE - MONTALBÁN - DE VICENTE y CARAVANTES (1852); los *Elementos de Práctica Forense*, del fiscal de la Real Chancillería de Granada Lucas GÓMEZ Y NEGRO (1825/1830); la *Cartilla Real Novísima*, del escribano de Madrid Santiago ALVARADO DE LA PEÑA (1829-1836); el *Diccionario* de ESCRICHE (1831/1874-76); el *Nuevo Formulario* del escribano de Toledo Felipe SÁNCHEZ (1834); la *Biblioteca de Escribanos*, de ORTIZ DE ZÚÑIGA (1841/1857), que sería subsecretario de Justicia; el *Tratado... sobre el otorgamiento de instrumentos públicos*, de don Juan de la Cruz Ignacio MORENO MAISONAVE, catedrático de Notariado de Madrid, que sería cardenal primado; y la *Guía del Escribano*, del catedrático de Notariado de Valladolid José MURO.

(30) DE ALVARADO DE LA PEÑA, Santiago: *Cartilla Real Novísima Teórico-práctica, o sea Manual de Escribanos, Abogados, Procuradores y Curiales principiantes*, Madrid, 1836, tomo I, pp. 256-59. = AZNAR, Miguel: *El Febrero Adicionado, o Librería de Escribanos, Abogados y Jueces*, octava impresión, Madrid, 1825, parte primera, tomo primero, núms. 286-92, pp. 176-79. = ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, 3.ª ed., Madrid, 1847, tomo segundo, *Voz Testamento escrito o cerrado*, pp. 887-88. = GARCÍA GOYENA, Florencio y AGUIRRE, Joaquín: *FEBRERO, o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, corregida y aumentada por don Joaquín AGUIRRE y don Juan Manuel MONTALBÁN; cuarta edición, por don José DE VICENTE Y CARAVANTES, Madrid, 1852, tomo primero, núm. 1584, p. 464. = GÓMEZ Y NEGRO, Lucas: *Elementos de práctica forense*, 2.ª ed., Valladolid, 1827, pp. 233-36. = GUTIÉRREZ, Joseph Marcos: *Febrero Reformado y Anotado, o Librería de Escribanos que compuso Don Joseph Febrero*, tomo I, Madrid, 1801, núms. 221-28, pp. 170-72. = MORENO, Juan Ignacio: *Tratado elemental sobre el otorgamiento de instrumentos públicos*, Madrid, 1847, pp. 517-20. = MURO, José: *Guía del Escribano Reformada*, Valladolid, 1851, tomo I, núms. 896-906, pp. 212-15. = ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel: *Biblioteca de Escribanos, o Tratado General teórico-práctico para la completa instrucción de estos funcionarios*, 4.ª ed., Madrid, 1846, tomo I, pp. 207-12. = SALA Y BAÑULS, Juan: *Ilustración del Derecho Real de España*, 3.ª ed., Madrid, 1832; tomo I, pp. 146-7. = SÁNCHEZ,

VIII. Observaciones finales

Terminaré haciendo unas observaciones sobre las notas que preceden, puesto que al llegar “cansada” la LEC de 1881 a la jurisdicción voluntaria siguió en gran medida a su precedente de 1855, que la había regulado a su vez, según MANRESA, “aceptando la práctica generalmente admitida” (31).

Señalemos ante todo que carece de fundamento histórico la doctrina de FALGUERA y de BOFARULL –quizá seguida por el Código de Sucesiones de Cataluña, art. 113–, que vincula la competencia notarial a la posesión por el notario autorizante del sobre que contiene el testamento cerrado, sin que éste hubiera salido de su poder. Nunca lo exigen los defensores de la competencia notarial, ni tampoco quienes requieren la intervención del juez, pues en sus formularios o comentarios prácticos existen casos en que es un particular quien presenta el testamento en el Juzgado, pero hay otros muchos en que el presentante es el mismo notario autorizante del testamento (RIBERA, JUAN Y COLOM), incluso advirtiéndolo que otorgado el testamento “el Escribano pondrá cosido en su Protocolo dicho quaderno cerrado” (BUSTOSO Y LISARES, p. 83), conservándolo así en su poder hasta que fallecido el testador y a pedimento de interesado el juez le diga al escribano lo que ha de practicar. Si el notario deberá conservar necesariamente el testamento cerrado, o se permite su entrega al testador dependerá, pues, de otras razones.

La separación entre competencia judicial y competencia notarial, que hemos comprobado hasta la saciedad, quizá no fuera de hecho tan tajante como parece y como hoy lo sería, porque aun siendo de competencia judicial el notario intervenía en buena parte del expediente. En efecto, aunque FEBRERO, seguido por sus reformadores, adicionadores o refundidores, afirme que “la ley no le permite (al Juez) cometer su examen (el de los testigos) al Escribano ni a otro, por ser acto personalísimo suyo éste” (p. 221), la generalidad de los autores nos presentan continuamente a los escribanos de los Juzgados recibiendo las declaraciones de los testigos y llevando a cabo la tramitación del expediente, reduciéndose la actuación del juez casi a decidir que comparezcan los testigos, se abra el pliego y se protocolice el testamento. Y dada la confusión existente hasta la Ley del Notariado de 1862 entre fe pública judicial y extrajudicial, ese escribano del Juzgado que, en diligencia fundamental del procedimiento,

Felipc: *Nuevo Formulario de instrumentos públicos*, Toledo, 1834, pp. 363-65. = DE TAPIA, Eugenio: *Febrero Novísimo, o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, refundida...*, Valencia, tomo primero, 1828, núms. 13-17, pp. 601-4.

(31) MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 4.ª ed., tomo VI, Madrid, Reus, 1921, p. 429.

examina los testigos, era normalmente también escribano del número, y solía ser precisamente el mismo escribano del número ante el que se había otorgado en su día el testamento cerrado (DÍAZ DE TOLEDO, RIBERA, CARVAJAL, ARGÜELLO, etc.), compatibilidad totalmente lógica si se tiene en cuenta que, como dice DURANTE, el procesalista de mayor influencia en la Tercera Partida, para este expediente “ni hay que citar... al tabeli6n, pues en dichas leyes (las romanas, y podemos a6adir las de Partida) no se hace menci6n alguna del mismo, pues hablan del testamento que no est6 escrito por tabeli6n” (32). Entre los autores consultados tampoco suele indicarse que se cite al escribano que autoriz6 el testamento, aunque haya excepciones (L6PEZ FANDO, MURO), y as6 se explica que la LEC de 1881, aunque ordena citar al notario (art. 1.959), no nos dice para qu6, y hay que deducirlo a contrario de lo procedente cuando el notario ha fallecido (art. 1.963). Claro es que el escribano autorizante del testamento tambi6n interviene cuando el testamento obra en su poder y es 6l quien lo presenta al juez; pero su actuaci6n se limita a la presentaci6n del testamento sin hacer declaraci6n alguna, porque quienes declaran son los testigos (33).

La separaci6n entre las dos contrapuestas opiniones es m6s bien de base doctrinal, y por ello resulta un6nimeamente se6alada por los autores de preponderante formaci6n te6rica: no es preciso “publicar” el testamento cerrado despu6s de la muerte del testador porque desde su otorgamiento ante notario era ya instrumento “p6blico”. Los pocos pr6cticos que se plantean cuestiones te6ricas utilizan el mismo argumento en sentido contrario, afirmando que despu6s del fallecimiento del testador es preciso “publicar”, “reducir a escritura p6blica” el testamento cerrado, porque antes no lo era; as6 especialmente FEBRERO: “reducirlo a Escritura p6blica... pues hasta que se abre no se debe tener ni estimar por Escritura p6blica, ni lo es por no haberse publicado su contexto, antes bien, ignorarlo el Escribano y testigos, o a lo menos 6stos” (34). Este argumento, que

(32) DURANTE: *Nec est in hoc tabellio requirendus, nam in praedictis legibus nulla de eo sit mentio; loquuntur enim de testamento quod non est per tabellionem scriptum* (op. cit. en nota 11, n6m. 34).

(33) RIBERA: el alcalde (juez) “mand6 a m6 el dicho escribano que exhiba, y exhib6 y present6 ante 6l el dicho testamento”; CARVAJAL: “el dicho se6or alcalde tom6 dicho testamento, e vi6 como estaba cerrado y sellado, y vi6 como estaba firmado de ocho firmas y firmado de escribano” (sin decir que el escribano era 6l); ARGÜELLO (declaraci6n de los testigos): el testador “entreg6 a m6 el dicho escribano el papel cerrado y sellado que se le ha mostrado”. Es excepci6n el formulario del RELATOR, en el que el escribano autorizante reconoce su signo: “parec6 encima d6l signado el signo de m6 el dicho Escribano” (DÍAZ DE TOLEDO). (*Locs. cit.* en notas 27, 28 y 26.)

(34) FEBRERO, op. cit. en nota 29, p. 222; antes ARGÜELLO, y despu6s los continuadores del FEBRERO y ESCRICHE.

llega hasta BONEL (35), tendría evidente fuerza, y no se le podría rebatir con una dación de fe implícita, como quería ACEBEDO y recoge ÁLVAREZ POSADILLA (36); pero a mi manera de ver no es de recibo, porque el procedimiento judicial de apertura del testamento cerrado actúa siempre respecto de la cubierta o sobre que cubre el testamento, sin otra actuación respecto al testamento mismo que su lectura, que no altera su naturaleza documental, ni puede impedir su protocolización por graves que sean los defectos que al leerle se hayan detectado. “Objeto del procedimiento –dice también GONZÁLEZ POVEDA, defensor en nuestros días de la competencia judicial– es, pues, la adveración de la autenticidad del testamento, aunque en este caso no verse sobre el documento en que consta la disposición testamentaria, sino sobre las garantías que en su día se adoptaron para conservar el testamento” (37).

El verdadero planteamiento de la cuestión debe consistir, como ya hacía FALGUERA (p. 208-9), en determinar lo que realmente se hace en el procedimiento, y entonces cada cual opinará si ello tiene o no que ser competencia judicial. El expediente, según las obras estudiadas, consiste en comprobar el estado del sobre que contiene el testamento y el fallecimiento del testador, y como actuaciones fundamentales tomar declaración a los testigos sobre su presencia como testigos instrumentales en el acto del otorgamiento del testamento y la presencia, capacidad, declaración y firma del testador; sobre su propia firma y la de los otros testigos instrumentales o quienes firmaron por los que no sabían hacerlo; y sobre la fidelidad, legalidad y confianza del escribano autorizante (38). Todo

(35) BONEL: “su misión (la del notario) está reducida a la fe pública de lo que ante él se realiza; y mal puede testimoniar, por los precedentes, la esencia de la cosa, el contenido de lo que cerrado está” (*op. cit.* en nota 2, p. 272).

(36) ACEBEDO: *quia satis est quod tabellio ipse dederit fidem suamque auctoritatem interposuerit implicite quando testador dixit coram testibus quod illud erat testamentum suum, et tabellio hoc asseravit et signavit* (*loc. cit.* en nota 23). ÁLVAREZ POSADILLA: “ni obsta el decir que ignorando el Escribano lo dispuesto en el testamento cerrado, mal puede dar fe de ello; pues basta el que sepa explícitamente que lo contenido en aquella escritura cerrada es la voluntad y testamento del otorgante, aunque explícitamente no sepa lo contenido en la escritura cerrada” (*loc. cit.* en nota 29).

(37) GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido: *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y Formularios*, Aranzadi, 1989, p. 1276. Sobre la necesidad de la protocolización, una vez que el sobre ha sido abierto, véanse MANRESA, *op. cit.* en nota 31, p. 440, y GONZÁLEZ POVEDA, p. 767.

(38) GONZÁLEZ DE VILLARROEL: “y habiendo jurado (los testigos), prometieron de decir verdad, y siendo preguntados dixeron que ellos se hallaron, como testigos instrumentales, al otorgamiento del testamento que se les ha mostrado, otorgado por el dicho fulano, y al tiempo y cuando lo otorgó el susodicho, a lo que parecía estaba en su juicio y entendimiento, y firmó en él su firma, y se la vieron firmar; y las firmas donde dice fulano y fulano son de los testigos, y por tales las reconocen, y saben que el dicho fulano es muerto, y pasado de esta presente vida, y hoy le han visto muerto naturalmente, y saben que fulano Escribano ante quien se otorgó el dicho testamento, es fiel y legal y de confianza, y como tal a las escrituras

esto es fundamentalmente lo mismo que hoy exigen los artículos 1.960 a 1.964 de la LEC de 1881, o en síntesis de GONZÁLEZ POVEDA, advenir “la identidad del sobre y su indemnidad” (p. 759) y comprobar “algunas de las formalidades o solemnidades del otorgamiento” (p. 763); fácilmente se comprende la turbación del escribano autorizante, cuando tuviera que estar presente (39).

No hay, pues, actuación alguna sobre el fondo; el juez no “declara” testamento el escrito contenido en el sobre, como decía JUAN Y COLOM (p. 192), ni procede a “elevar a escritura pública” un escrito testamentario, como ocurre con el testamento hecho de palabra, según la rúbrica correspondiente de la LEC; el procedimiento se limita, según su propia rúbrica, a la “apertura” de un testamento que al otorgarse quedó cerrado y sellado, y a su “protocolización” o incorporación a un protocolo notarial. La actuación del juez se extiende, además, a controlar la concurrencia de algunos de los requisitos formales del acta notarial y el cumplimiento de algunas de las solemnidades del acto de su otorgamiento; extremos ambos cubiertos por la fe notarial, que podrán ser impugnados por falsedad o nulidad en juicio ordinario, pero que para nada precisan ser homologados, mientras no haya impugnación, en acto de jurisdicción voluntaria. Frente a BONEL, para quien el testamento “cerrado debe permanecer hasta que la Autoridad judicial viene a ejercer sus elevadas funciones, dando fuerza a lo que hasta su intervención no la tuvo” (pp. 272-73), podemos afirmar con BOFARULL: “El reconocimiento y publicación de un instrumento público sólo se comprende cuando existe una denuncia de falsedad o datos fundados que hagan sospechosa la firma del funcionario autorizante”. Tenía, pues, razón BUTRIGARIO.

y otros autos que ante él han passado y passan, se les ha dado y da entera fee y crédito en juicio y fuera de él, y que lo que han dicho es verdad para el juramento que hicieron, y lo firmaron de sus nombres” (*loc. cit.* en nota 28).

(39) ARGÜELLO: “Y preguntado (el testigo) por el pedimento, y siéndole mostrado el dicho testamento cerrado, dixo, que sabe que al tiempo de su otorgamiento el dicho fulano estando en su juicio, a lo que parecía, porque hablaba concertadamente, le entregó a mí el Escribano cerrado y sellado en la forma que está, y dixo era su testamento y última voluntad, y que después de muerto se abriesse, y cumpliesse lo en él contenido, y este testigo lo fué instrumental del dicho otorgamiento, junto con los demás que en él se refieren, y firmó por sí y por algunos de los demás que no supieron, y reconoce sus firmas, y también firmó el dicho fulano y los testigos que supieron, el cual sabe es muerto porque así le ha visto naturalmente hoy en sus casas, o porque se halló en su entierro. Y esta es la verdad, y en ello se ratificó y lo firmó, y declaró que es de edad de tantos años” (*op. cit.* en nota 28, fol. 47r).

Post Scriptum

En el precedente trabajo se alude al certificado sucesorio del Derecho alemán como una minoración de la fe pública de los testamentos notariales, consecuencia de la tardía recepción en Alemania del Derecho común (apart. IV). Con posterioridad a su terminación, Noemí DOWNES ha publicado en esta *Revista Jurídica del Notariado* un documentado estudio sobre esa certificación, en el que además plantea, desde su mismo título, la posibilidad de su introducción en nuestro Derecho: “El *erbschein* en la práctica notarial española: ¿un documento necesario o simplemente útil?” (núm. 46, abril-junio 2003, pp. 67-106). Me parece obligado, ante la publicación posterior de mi artículo, manifestar una opinión contraria a ambos términos de la disyuntiva; a mi parecer no sería necesario, ni útil, innovar en esa dirección nuestro sistema de documentación de la sucesión por causa de muerte.

El certificado sucesorio alemán produce, desde luego, unos efectos superiores a los que surte en nuestro Derecho la copia autorizada del testamento acompañada de los certificados de defunción del causante y del Registro General de Actos de Última Voluntad. El certificado de heredero alemán origina una protección del tráfico con eficacia de fe pública; en esencia, se presume que el derecho hereditario corresponde al designado heredero en el certificado, lo que vale como exacto en beneficio de quien por negocio jurídico adquiere de él un objeto de la herencia (BGB, parágs. 2365 y 2367). Entre nosotros estuvo en tiempos muy difundida la doctrina del heredero aparente, como manifestación de la protección general de la apariencia jurídica o de la confianza en la apariencia, y se creyó encontrar en la declaración judicial de herederos abintestato el título legitimador de los actos de disposición del heredero aparente; pero actualmente se entiende que, aparte de la carencia de un precepto que así lo establezca, el adquirente de un heredero no puede tener una protección superior a la que para todos los casos establecen los artículos 34 de la Ley Hipotecaria, 35 y 36 del Código de Comercio.

No se comprende por qué en el supuesto de herencia se ha de otorgar una protección mayor, cuando precisamente hay una causa añadida de inseguridad, la posible aparición de un testamento posterior, que no puede evitar la intervención judicial, o del *Rechtspfleger*, funcionario del Juzgado inexistente entre nosotros, que no puede equipararse al secretario judicial. No cabe otorgar a ese documento una eficacia superior a la que el mismo merece; lo correcto, por el contrario, es atemperar los efectos de la fe pública a la realidad, sobre todo si el heredero es voluntario, como hace el artículo 28 de la misma Ley Hipotecaria.

Y se debe también disminuir la incidencia de esa causa distinta de in-

seguridad; el procedimiento no es otro que el seguido por el Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1962, ratificado por España el 3-6-1985: generalizar nuestro Registro de Actos de Última Voluntad y procurar su difusión en la práctica, de manera que la inscripción de los testamentos públicos se verifique no sólo en el lugar en que se hayan otorgado o depositado, sino además en el Estado correspondiente a la nacionalidad, residencia, residencia secundaria o cualquier otro de los países signatarios del Convenio que el testador designe; no a todos los demás Estados contratantes, como prevé el artículo 6.2 del Convenio. Así se lograría conservar, además, la unidad y universalidad de la herencia.

DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD EN LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE

IGNACIO SERRANO GARCÍA

*Catedrático de Derecho civil
Universidad de Valladolid*

*El presente trabajo es manifestación
de afecto fraternal y de estima intelectual
hacia mi querido hermano, prematuramente
desaparecido, Dr. Francisco Javier Serrano
García y aparecerá también en un
volumen-homenaje que hemos elaborado
un grupo de personas entrañablemente unidas a él.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LA SENSIBILIDAD SOCIAL HACIA LAS PERSONAS DISCAPACITADAS. 2. EVOLUCIÓN TERMINOLÓGICA DE LA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. 3. RETRATO-ROBOT DE LA PERSONA DISCAPACITADA EN ESPAÑA. 4. LA CE DE 1978 Y EL RESTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN LO QUE SE REFIERE A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 5. DETERMINACIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. 6. DISTINCIÓN ENTRE INCAPACIDAD Y DISCAPACIDAD. 7. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1983. 8. NOVEDADES DE LA LEY 41/2003 EN LOS CONCEPTOS DE PATRIMONIO Y DE DISCAPACIDAD. 9. CONSIDERACIONES CRÍTICAS ACERCA DEL PATRIMONIO PROTEGIDO QUE CREA LA LEY 41/2003. 9.1. Constitución. 9.2. Inventario. 9.3. Gestión. 9.4. Afección. 9.5. Soluciones que ya

estaban en el Código Civil. **9.6.** El patrimonio protegido no es patrimonio. **9.7.** Jerarquía de las normas del “patrimonio protegido”. **10.** TRATAMIENTO DE LA INCAPACIDAD Y DE LA DISCAPACIDAD EN LA LEY 41/2003. **11.** NORMAS DE LA LEY 41/2003 QUE SE APLICAN A LOS INCAPACITADOS JUDICIALMENTE. **11.1.** La autotutela. **11.2.** La sustitución fideicomisaria. **11.3.** Extinción del mandato e introducción de los “poderes preventivos”. **12.** NORMAS DE LA LEY 41/2003 QUE SE APLICAN A LOS DISCAPACITADOS. **12.1.** Patrimonio protegido. **12.2.** Nueva causa de indignidad sucesoria. **12.3.** Legado del derecho de habitación. **12.4.** Dispensa de colación. **13.** NORMAS DE LA LEY 41/2003 QUE SE APLICAN CON INDEPENDENCIA DE LA AFECTACIÓN. **13.1.** Reducción del legado de finca que no admita cómoda división. **13.2.** Facultad de distribuir y mejorar. **14.** EL NUEVO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 239. **15.** EL MAYOR DESAMPARADO. **15.1.** El mayor desamparado material. **15.2.** El mayor desamparado moral. **15.3.** La obligación de amparar a los menores. **15.4.** Ámbito de libertad de los menores. **15.5.** Plena libertad de los mayores. **16.** DISCORDANCIA ENTRE EL PROPÓSITO ENCOMIABLE DE LA LEY 41/2003 Y LA SOLUCIÓN TÉCNICO-JURÍDICA ADOPTADA. **17.** UNA ÚLTIMA REFERENCIA SOBRE LA CURATELA. **18.** LAS CONSIDERACIONES ANTERIORES NO AGOTAN EL CONTENIDO DE LA LEY.

1. Introducción. La sensibilidad social hacia las personas discapacitadas

La atención y el tratamiento de la discapacidad en España es bastante reciente. Las instituciones protectoras –abundantes, pero muy dispersas– han estado, en gran parte, ignoradas y son aún hoy poco conocidas por los aplicadores del Derecho. Sin embargo, la sensibilidad de los ciudadanos y de las autoridades hacia las personas con discapacidad es manifiesta. Señálese como botón de muestra el reciente Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, que contiene una modificación del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, en la disposición final tercera y que hace referencia al reconocimiento del tipo de minusvalía (1). Este Real Decreto 1971/1999 es básico para la determinación de la persona con discapacidad.

(1) Este Real Decreto 1971/1999 es fundamental para la determinación de quién es persona con discapacidad, como veremos posteriormente; es la disposición reglamentaria a la que

Más recientemente aún, en el discurso de investidura de José Luis Rodríguez Zapatero como presidente de Gobierno, el 15 de abril del presente año 2004, se contiene la siguiente frase: “Será también una prioridad del Gobierno garantizar los derechos de la infancia a través del desarrollo de políticas integrales que protejan sus derechos, velen por sus intereses y fomenten su educación a efectos de construir una sociedad que desde ahora piensa en su futuro. Como lo será también el fomento del empleo de los discapacitados como medio más idóneo para superar el déficit de ciudadanía que en muchos casos hoy padecen”. Y, en otro momento, afirmó: “El Gobierno propondrá un acuerdo social de competitividad y empleo estable. En base a él definiremos sobre nuevas bases los supuestos de contratación temporal y las políticas activas de fomento del empleo estable, con atención especial a crear condiciones reales de accesibilidad al empleo para colectivos que, como mujeres, jóvenes, discapacitados y parados de larga duración, padecen dificultades especiales para acceder al empleo (2)”. Son simplemente una muestra de la sensibilidad actual sobre las personas con discapacidad. Los párrafos reseñados no son los únicos en los que se hace referencia a los discapacitados.

La Ley objeto de este comentario y las demás disposiciones protectoras de las personas con discapacidad tienen su fundamento en la mayor carga económica que soportan estas personas para poder disfrutar de todos los derechos que como personas tienen, en igualdad de condiciones con quienes no tienen padecimientos. La exposición de motivos de la Ley 41/2003 indica, al comienzo, que: “Esta Ley tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial”. Esta mayor carga económica, en principio, la asume el Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución española de 1978. Ahora bien, no parece que el Estado tenga que hacer frente a los mayores gastos que supone la discapacidad para los individuos afectados, si ellos mismos, o sus familiares con obligación de prestarles alimentos, tienen posibilidad de proporcionarles los medios económicos para igualarse con las personas válidas en las actividades de la vida diaria y la participación en las actividades sociales. Pero también se establecen incentivos fiscales para que personas que no tienen obligación de prestar alimentos realicen aportaciones para constituir o incrementar un patrimonio protegido con cuyos rendimientos pueda la persona con discapacidad hacer frente a sus necesidades.

se refiere el artículo 2 de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de personas con discapacidad. La disposición final tercera del Real Decreto 290/2004, aludido en el texto, añade una disposición adicional única, a la que luego me referiré.

(2) El texto íntegro puede consultarse en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, año 2004, VIII legislatura, núm. 2, sesión plenaria celebrada el jueves 15 de abril de 2004.

2. Evolución terminológica de la situación de discapacidad

Voy a hacer referencia a los sujetos afectados por una discapacidad, pues el concepto legal de los mismos que se contiene en la Ley de 18 de noviembre de 2003 es poco preciso y requiere de otras normas para su determinación. Podemos empezar haciendo referencia a la terminología, que es muy cambiante: anormales, subnormales, deficientes mentales, minusválidos psíquicos, disminuidos, discapacitados (3). La preocupación por estas personas comienza a mediados de la década de los cincuenta del siglo pasado (hasta entonces se les había recluso, apartado de la sociedad y no se había prestado, por los poderes públicos, atención directa ni a su educación, ni a su empleo, como tampoco a su protección legal) y la atención no se había dirigido específicamente a ellos en sí mismos, sino a sus familias. Hoy, en el siglo XXI, la atención ya se proyecta directamente hacia ellos mismos y la denominación que parece más adecuada es la de personas con discapacidad. Se hace énfasis, lo primero, en su condición de personas.

3. Retrato-robot de la persona discapacitada en España

Con intención de esclarecer quiénes son las personas de las que estamos hablando parece conveniente, ya al principio, reproducir el retrato-robot que hace Antonio Millán Moya (Secretario general del CERMI [Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad]) en su intervención ante la Subcomisión para el estudio de la discapacidad del Congreso de los Diputados (8 de mayo de 2002): "... desearía trazar el retrato-robot –como dicen en las películas policíacas– del discapacitado español, mejor de la discapacitada española, pues sin duda la realidad de la discapacidad en estos momentos está presidida por la presencia del factor de género. Como recordaba mi presidente (se refiere a Alberto Arvide), el 58 por 100 de las personas con discapacidad son mujeres, y las mujeres con discapacidad están sistemáticamente, cojamos el índice que cojamos, en peor situación que los varones con discapacidad, que a su vez están en peores condiciones que los ciudadanos no discapacitados ... si comenzamos a hacer este retrato-robot (tomando los datos estadísticos que nos ofrece la encuesta de 1999), vemos que nos aparece un rostro con esta fisonomía: mujer, de entre treinta y cuarenta y cinco años, con una

(3) A veces, las siglas aún hoy existentes delatan estas denominaciones. Por ejemplo, ASPRONA (Asociación Protectora de Niños Anormales), FEAPS (la "s" final se refiere a subnormales), CERMI (MI es igual a minusválidos), disminuidos es la denominación que utiliza la CE en el artículo 49.

discapacidad física o psíquica, de mediana o severa intensidad, sin estudios o como mucho con estudios primarios, sin experiencia laboral, cuyo único contacto, si lo ha tenido, con los servicios públicos de empleo ha sido para inscribirse como desempleada, condición que se termina perdiendo por no renovación. Normalmente esta persona vive en el hogar de sus padres, personas de edad avanzada, en situación de dependencia de éstos, aunque no hay que desdeñar la aportación que en términos de trabajo doméstico o de cuidado a sus progenitores hace a la frágil economía familiar. Por supuesto, sin expectativas laborales reales y con muy escasa relación con los servicios sociales, a cuyas redes tiene escaso acceso. Podemos afinar más este retrato diciendo que, en caso de contar con una ayuda económica pública (pensión no contributiva o asignación por hijo a cargo, etc.), ésta se integra en el patrimonio familiar, sin poder de decisión por la propia persona con discapacidad. Este retrato adopta tintes más oscuros, sombríos casi, si esa persona reside en el medio rural” (4).

4. La CE de 1978 y el resto del ordenamiento jurídico en lo que se refiere a las personas con discapacidad

La regulación positiva en lo que a la discapacidad se refiere y que está en vigor procede de la CE de 1978 a través del artículo 49: *Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a los ciudadanos.*

Abordar con visión de conjunto el tratamiento de lo que la CE llama disminuidos y hoy se prefiere denominar personas con discapacidad es amplísimo (5). Podemos acercarnos a esta problemática desde el punto de

(4) Intervención que se puede consultar en www.cermi.es/Graficos/subcomision/cermi2.asp. La encuesta a la que se refiere es la realizada, en 1999, por el Instituto Nacional de Estadística con la colaboración del IMSERSO y de la Fundación ONCE. De acuerdo con ella, la primera causa de discapacidad se refiere a las deficiencias osteoarticulares (más de la cuarta parte de las discapacidades registradas). La siguen en importancia las deficiencias visuales y auditivas (alrededor del 18 por 100 de las discapacidades registradas). Y vienen a continuación las mentales (alrededor del 11 por 100). El grupo de personas con discapacidad para alguna de las actividades de la vida diaria suma algo más de 2.285.000 personas. Véase *Los discapacitados en España: Datos estadísticos. Aproximación desde la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud de 1999*, de Antonio JIMÉNEZ LARA y Agustín HUETE GARCÍA, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2003, p. 20.

(5) Para encontrar una relación exhaustiva de la normativa, a la fecha de cierre de la edición, puede consultarse *Normativa jurídica básica de las personas con discapacidad*, edición preparada por Marcos A. López Suárez, bajo la dirección de José Antonio Seoane Rodríguez, Fundación Paideia, La Coruña, 2001.

vista del Derecho privado, especialmente, aunque sin ánimo exhaustivo, Código Civil (recientemente, con la reforma producida por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad), Ley Hipotecaria (arts. 168 y 192 con sus concordantes del RH, referidos a la hipoteca a favor de los incapacitados judicialmente), Ley del Registro Civil (Sección 1.^a, “modificaciones judiciales de capacidad”), Ley de Enjuiciamiento Civil (fundamentalmente, aunque no sólo, arts. 748 y siguientes) y, en menor medida Ley de Propiedad Horizontal (arts. 10 y 11, reformados por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad), Ley de Arrendamientos Urbanos [preferencia para la subrogación en la posición arrendaticia de aquellos parientes que tengan una minusvalía del 65 por 100, entre otras; véanse arts. 16.1 f) y 24], Ley de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 3 de la LO 1/1982).

Además del Derecho privado, las personas con discapacidad tienen un tratamiento diferenciado de las personas no afectadas en el Derecho Laboral (art. 4.2, entre otros, del Estatuto de los Trabajadores de 1995) y de la Seguridad Social (véase, por ejemplo, el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, el artículo 137, relativo a grados de incapacidad).

En sentido parecido al tratamiento de las personas con discapacidad en el Derecho del Trabajo, hay también normas que tratan de estas personas en el Derecho administrativo, concretamente en el acceso a la función pública (véase disposición adicional decimonovena de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, que obliga a reservar un cupo no inferior al 5 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 por 100) (6). Puede también incluirse en este Derecho administrativo la normativa que hace referencia la educación, con el eufemismo de “alumnos con necesidades educativas especiales” [véase art. 1.º2 de la Ley Orgánica de Calidad de la Enseñanza, 10/2002, de 23 de diciembre (7): “Se reconocen al alumno los siguientes derechos bá-

(6) Esta disposición adicional decimonovena ha sido reformada por la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, aumentando el porcentaje que en 1984 se fijó en un 3 por 100 y ahora se aumenta al 5 por 100. Curioso incremento porque, según reciente encuesta del CES, la Administración Pública no cubría el 3 por 100 que se señalaba en la redacción primera de la Ley, y ahora se incrementa al 5 por 100.

(7) En el discurso de investidura de J. L. Rodríguez Zapatero, del 15 de abril, se anuncia lo siguiente: “... debo reiterar el anuncio que en su día formulé en relación con la Ley Orgánica de Calidad de la Enseñanza y la Ley Orgánica de Universidades. ... Por ello, en las próximas semanas, el Gobierno de la nación, el único que está capacitado y legitimado para hacerlo, aprobará las disposiciones necesarias para suspender la aplicación de la Ley Orgánica de la

sicos: ... f) A recibir las ayudas y los apoyos precisos para compensar las carencias y desventajas de tipo personal, familiar, económico, social y cultural, especialmente en el caso de presentar necesidades educativas especiales, que impiden o dificulten el acceso y la permanencia en el sistema educativo”, y los artículos 40 y ss. del capítulo VII, titulado “De la atención a los alumnos con necesidades educativas especiales”]. También hay especialidades en el que podemos denominar Derecho sanitario.

Las personas con discapacidad tienen unos beneficios fiscales importantes (en IRPF, IVA, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, Impuesto de Sociedades, IAE, Impuesto de Construcciones y Obras, Impuesto de Tracción Mecánica). Una de las finalidades de la Ley de 18 de noviembre de 2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, es la de otorgar beneficios fiscales, como indica su largo título. Aunque esta Ley, en su aspecto tributario, lo que contempla son desgravaciones a las aportaciones al patrimonio protegido, y no tanto el patrimonio mismo, que ya tiene desgravaciones en el IRPF. Se utiliza una técnica semejante a la de los fondos de pensiones.

En esta breve y rapidísima indicación no podemos dejar de mencionar la Ley que desarrolla en el artículo 49 CE, que es la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI). De gran importancia también es la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. El concepto que contiene esta Ley se encuentra en el artículo 1.º2: *A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o de gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional”.*

Hay, asimismo, normas en el ámbito internacional con reconocimiento de derechos en disposiciones de la Unión Europea. En este último ámbito

Calidad de la Educación”. Lo que se ha realizado a través del RD 1318/2004, de 28 de mayo, por el que se modifica el RD 827/2003, de 27 de junio, por el que se establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, establecida por la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación.

recordar brevemente el artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que habilita al Consejo para “adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Y entre las Directivas, está la 200/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual.

La mayor parte de esta legislación se remonta a los años ochenta y noventa del siglo pasado. Ha habido normas protectoras el pasado año, como consecuencia de haber sido declarado por el Consejo de Europa “Año Europeo de las personas con discapacidad”.

5. Determinación de la persona con discapacidad

¿Quiénes son las personas con discapacidad? Nos lo dice el artículo 2 de la Ley de 18 de noviembre de 2003: *a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.* El Reglamento está aprobado por Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

Por lo que se refiere a la *resolución judicial firme*, tenemos que aclarar que el Reglamento que regula esta materia dispone en el artículo 12 que *contra las resoluciones definitivas que sobre reconocimiento de grado de minusvalía se dicten por los organismos competentes, los interesados podrán interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional social, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.* (A este artículo le ha dado nueva redacción la Ley 24/2001, de 17 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.)

El artículo 4 del mismo RD señala: *Grado de minusvalía:*

1. *La calificación del grado de minusvalía (8) responde a criterios técnicos unificados, fijados mediante los baremos (9) descritos en el anexo I*

(8) La calificación legal de minusvalía es el documento oficial que acredita que una persona precisa de más apoyos que la mayoría. Es un documento administrativo que facilita el acceso a determinados derechos y beneficios reservados a la persona con discapacidad y que debe contener las especificaciones a que se hace referencia en otra nota.

(9) Los baremos están basados en la dificultad para realizar las actividades de la vida diaria y contemplan cinco grados de discapacidad: Grado 1, *discapacidad nula*. Los síntomas,

del presente Real Decreto, y serán objeto de valoración tanto las discapacidades que presenta la persona, como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social (10).

El grado de minusvalía se expresará en porcentaje (11).

2. ...

Si leemos atentamente el Real Decreto 1971/1999 se puede advertir el manejo de conceptos que no hacen referencia a porcentajes establecidos en baremos, sino a otros que nos son más familiares a los juristas. Estos otros conceptos son, por ejemplo, necesitar el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, o dificultades de movi-

signos o secuelas, de existir, son mínimos y no justifican una disminución de la capacidad de la persona para realizar la actividades de la vida diaria. Grado 2, *discapacidad leve*. Los síntomas, signos o secuelas existen y justifican alguna dificultad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, pero son compatibles con la práctica totalidad de las mismas. Grado 3, *discapacidad moderada*. Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar algunas de las actividades de la vida diaria, siendo independientes en las actividades de autocuidado. Grado 4, *discapacidad grave*. Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar la mayoría de las actividades de la vida diaria, pudiendo estar afectada alguna de las actividades de autocuidado. Grado 5, *discapacidad muy grave*. Los síntomas, signos o secuelas imposibilitan la realización de las actividades de la vida diaria.

(10) El artículo 5 del Real Decreto 1971/1999 dispone: “2. La valoración de los factores sociales complementarios se obtendrá a través de la aplicación del baremo contenido en el anexo I, apartado B), relativo, entre otros factores, a entorno familiar, situación laboral y profesional, niveles educativos y culturales, así como a otras situaciones del entorno habitual de la persona con discapacidad. 3. Para la determinación del grado de minusvalía, el porcentaje obtenido en la valoración de la discapacidad se modificará, en su caso, con la adición de la puntuación obtenida en el baremo de factores sociales complementarios en la forma prevista en el párrafo siguiente y sin que ésta pueda sobrepasar los quince puntos. El porcentaje mínimo de valoración de la discapacidad sobre el que se podrá aplicar el baremo de factores sociales complementarios no podrá ser inferior al 25 por 100”.

(11) La referencia que menciono en la nota 1 de este trabajo al RD 1971/1999, que ha sido modificado con una disposición adicional única, introducida por el RD 290/2004, señalando: *Reconocimiento del tipo de minusvalía*. 1. En los certificados y resoluciones de reconocimiento del grado de minusvalía, expedidos por organismo competente, se hará constar en lo sucesivo, como mención complementaria, el tipo de minusvalía en las categorías de psíquica, física o sensorial, según corresponda. 2. Las personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía hubiera sido reconocido por organismo competente, con arreglo a lo dispuesto en este Real Decreto, con anterioridad a la entrada en vigor de esta disposición adicional única y en cuyo certificado o resolución de reconocimiento de grado de minusvalía no figurase la mención al tipo de discapacidad en las categorías de psíquica, física o sensorial, podrán solicitar del organismo competente, por sí mismas o, en su caso, a través de sus representantes legales, la ampliación del reconocimiento, a fin de hacer constar en su certificado o resolución oficial la mención expresa al tipo de discapacidad referido. 3. El organismo competente atenderá la solicitud a que se refiere el apartado anterior en el plazo máximo de quince días naturales desde su presentación, con la emisión por escrito de la correspondiente ampliación del reconocimiento”.

lidad para utilizar transportes colectivos. Lo esencial de la minusvalía es la posibilidad de realizar o no de forma autónoma las llamadas actividades de la vida diaria (AVD).

Se está discutiendo en el Senado francés una ley que se refiere a *les personnes handicapées*, y en este proyecto hay una definición literaria de lo que constituye una discapacidad (*handicap*) cuando establece *constitue un handicap le fait pour une personne de se trouver durablement limitée dans ses activités ou restreinte dans sa participation à la vie en société, en raison de l'alteration d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique*.

El Real Decreto 1971/1999 va seguido de un grueso tomo en el que se encuentran elencadas todas las enfermedades que pueden afectar a los individuos y el grado de afectación que las mismas producen al individuo. Demetrio CASADO PÉREZ (12) ofreció una visión sistemática y actualizada de las múltiples causas (genéticas, clínicas, ambientales...), de las diversas manifestaciones (físicas, psíquicas y sensoriales) y de los distintos efectos (anatomofisiológicos, funcionales, sociales...) de la discapacidad. Esta obra, que aun hoy sigue siendo referencia obligada en la literatura sobre la discapacidad, hace suyos los conceptos y terminología de la CIDDM de 1980 (Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías), por lo que tuvo un particular impacto entre los profesionales de expresión castellana, del campo de la discapacidad, en lo que se refiere a la difusión de la Clasificación de la Organización Mundial de la Salud, fundamentalmente en su aspecto terminológico. Hay que destacar que la Organización Mundial de la Salud ha aprobado el 22 de mayo de 2001, en su 54 Asamblea Mundial, mediante Resolución WHA 54.21, para que pueda ser utilizada a nivel internacional, una nueva versión que se conoce con el nombre de Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, conocida por las siglas CIF. Es la heredera de la CIDDM del año 1980 y tendrá, sin duda, repercusión sobre la legislación futura española (13).

Me parece criticable la técnica legislativa utilizada, como he puesto de relieve al comienzo, de establecer una remisión reglamentaria en el punto fundamental de quienes han de ser beneficiarios de las disposiciones (numerosísimas) que afectan a las personas con discapacidad. La inseguridad jurídica que ello genera es incuestionable y la preocupación grande, porque el baremo utilizado, el citado CIDDM, ha sido abandonado por la OMS

(12) CASADO PÉREZ, Demetrio: *Panorámica de la discapacidad*, Barcelona, 1990.

(13) La nueva clasificación ha pasado de ser una clasificación de "consecuencias de enfermedades" (versión de 1980) a ser una clasificación de "componentes de salud" (versión de 2001).

y sustituido por el CIF. ¿Supondrá ello el cambio del Reglamento 1971/1999? El Gobierno se reserva la potestad de determinar quién es persona afectada de discapacidad, sin intervención del Legislativo. ¿Afectará la nueva clasificación a las valoraciones efectuadas anteriormente?

Parecería más adecuado a una buena técnica legislativa el insertar en las normas una definición literaria de la discapacidad que, a mi parecer, debería girar sobre el llamado AVD (Actividades de la Vida Diaria). Se encuentra en situación de discapacidad el que no pueda llevar a cabo de forma autónoma las actividades de la vida diaria, necesitando, en consecuencia, de ayudas para hacerlo. Con la terminología del momento, la Ley de Integración Social de los Minusválidos (Ley 13/1982, de 7 de abril), en su artículo 7 define que “se entenderá por minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”. Pero ya en esta Ley, que da una definición de “minusválidos”, se hace una remisión reglamentaria porque, en el propio artículo 7, en su número 2 se añade: “El reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios previstos en esta Ley deberá ser efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multiprofesionales calificadoros”.

6. Distinción entre incapacidad y discapacidad

Hasta la promulgación de la Constitución de 1978, la atención legislativa se polarizaba en la protección de los incapacitados.

La relación entre incapacitación y discapacidad es muy variada, de manera que hay incapaces discapacitados, hay discapacitados capaces, hay discapacitados naturalmente incapaces, pero que no han sido incapacitados judicialmente y hay, por último, personas naturalmente incapaces (no declarados judicialmente), cuya discapacidad no ha sido declarada por no haberse valorado su grado de minusvalía.

Y es que la discapacidad puede ser psíquica, sensorial o física. La discapacidad sensorial y la física estaban y están contempladas en el Código Civil que atendía a los impotentes (a los que se prohibía el matrimonio; art. 83.3.º: “No pueden contraer matrimonio: ... 3.º Los que adolecieran de impotencia física, absoluta o relativa para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable”, hoy derogado), ciegos y sordomudos (que tienen prohibiciones derivadas de su afectación), para los cuales se establecen reglas especiales

en el otorgamiento del testamento (697 y 698 para el testamento abierto, 708 para el cerrado), ni ser testigos (681.4.º) en las cosas que dependían de la vista o del oído (en la LEC de 7 de enero de 2000, el art. 361 señala: “Podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos”). También atendía el Código Civil a los discapacitados psíquicos con la terminología de la época y les llamaba “locos o dementes”. Hoy suena mal el título del pequeño trabajo que publicó F. DE CASTRO en el *ADC* (1948), “Incapacitación del imbécil”, a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo que abrió el camino a la graduación de la incapacidad.

7. La reforma del Código Civil de 1983

La incapacidad fue abordada de manera distinta a como se hacía antes con la reforma del Código de 24 de octubre de 1983, de la incapacitación y de la tutela, cuyo artículo 200 habla de quienes padecen una enfermedad física o psíquica de carácter permanente que impide a la persona gobernarse por sí misma (14). Frente a esta definición literaria de la incapacitación, la discapacidad no aparece definida en nuestros textos legales. La minusvalía o la deficiencia que generan discapacidad son algo completamente distinto, al menos conceptualmente, de la incapacitación, aunque pueden perfectamente ser concurrentes y el sujeto estar a la vez incapacitado y ser discapacitado, y así lo explica la exposición de motivos de la Ley de 2003 cuando dice: “Beneficiarios de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas”.

Aunque el artículo 200 del CC hable de *enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico*, el aspecto físico no es de ninguna manera el verdaderamente relevante. Lo verdaderamente determinante para que se puede declarar incapaz a una persona es su enfermedad o deficiencia psíquica. La física tiene importancia en cuanto que repercute en su psique. Si no existe tal repercusión, la enfermedad o deficiencia fisi-

(14) El artículo 25 del Código Penal dice algo semejante: *A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma.* Hay una diferencia fundamental con la incapacitación civil, derivada de lo dispuesto en el artículo 199 CC, *nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial...*

ca tiene importancia para el reconocimiento de ser persona con discapacidad, pero no para su incapacitación. Los conceptos clave son afectación persistente (15) psíquica que impide el autogobierno.

8. Novedades de la Ley 41/2003 en los conceptos de patrimonio y de discapacidad

Los conceptos de patrimonio y de personas con discapacidad no son desconocidos, pero es de resaltar que en la Ley objeto de comentario aparecen con especial fuerza.

El concepto de patrimonio tiene una larga evolución doctrinal en el Derecho civil. Desde la dote y el peculio romanos hasta la actualidad, pero en nuestra codificación común no aparece con este nombre (16). El con-

(15) La persistencia no supone afectación continua. Hay varias sentencias del TS sobre personas con afectaciones de carácter cíclico, que tienen, consecuentemente, intervalos de lucidez, no obstante los cuales se les incapacita, unas veces totalmente y otras parcialmente. Sobre este tema, véase ROCA GUILLAMÓN, Juan, en *Comentario al Código Civil*, del Ministerio de Justicia, artículo 200, tomo I, p. 634, donde cita a Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *ADC*, 1986, pp. 716 y ss.

(16) En la redacción original del CC de 1889 aparece la expresión “patrimonio”, en sede de usufructo, en el artículo 506. “Si se constituyere un usufructo sobre la totalidad de un patrimonio...”. Posteriormente con la reforma de 1939, de la ausencia, vuelve el legislador a utilizar este término, en los artículos 181 y siguientes. Con la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código Civil en materia de régimen económico matrimonial, aparece de nuevo la palabra patrimonio sin demasiado rigor, porque unas veces se habla de “patrimonio personal” (art. 1.373), otras de “los bienes de los cónyuges” (art. 1.318), o de “bienes y derechos” (1.346), de “bienes propios” (1.349), de “haber de la sociedad de gananciales” (1.404), de “caudal” (arts. 1.404 y 1.410) y otras expresiones; es en la regulación del régimen de participación donde más veces aparece la expresión patrimonio cuando trata de la terminación del régimen. Así en los artículos 1.417, 1.418, 1.421, 1.422, 1.423, 1.425, 1.427, 1.428, 1.429, 1.433 se usan las expresiones “patrimonio inicial”, “patrimonio final” y “patrimonio deudor”; ahora bien, estos “patrimonios” no incluyen la totalidad del activo evaluable económicamente. Y en la regulación del régimen de separación de bienes no aparece la palabra patrimonio, pero se habla de “recursos económicos” (art. 1.438).

Aparece varias veces el “patrimonio” en la Ley Concursal, 22/2003, de 9 de julio, por ejemplo en el artículo 40: “... el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio...”.

También maneja el concepto de patrimonio la legislación foral aragonesa, cuando regula el régimen económico matrimonial. Hace referencia al patrimonio común de los cónyuges y a las relaciones entre el patrimonio común y los patrimonios privativos de cada uno de ellos en la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, del Parlamento aragonés. Véanse artículos 5, 28, 33, 34, entre otros.

La referencia anterior se hace para el ámbito del Derecho civil. La expresión “patrimonio” fuera del ámbito de lo civil aparece repetidas veces, en materia de impuestos, de patrimonio nacional, de patrimonio histórico-artístico, etc.

Las leyes reguladoras de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada distinguen “patrimonio” de la Sociedad y “capital social”.

cepto técnico de patrimonio “supone la existencia de dos notas: a) De masas de bienes de una doble faz, una activa (poder, ámbito de libertad) y otra pasiva (garantía de los acreedores). b) De masas de bienes de distinta naturaleza, según la condición de su titular, unidas a éste, separadas o independizadas, por su destino a un fin determinado” (17).

Toda la doctrina está de acuerdo en que hay un patrimonio personal que tiene todo individuo y que tiene relevancia a efectos del cumplimiento de las obligaciones (art. 1.911), así como a efectos sucesorios (art. 659. “La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte”).

Hay también patrimonios colectivos cuya manifestación más importante es el patrimonio de las personas jurídicas que supone la existencia de una masa de bienes atribuida unitariamente a una pluralidad de personas unidas entre sí. Es típico del patrimonio de las personas jurídicas la limitación de responsabilidad a los bienes de la persona jurídica de que se trate, sin que resulten obligados los bienes de los individuos, personas físicas, por las deudas de la persona jurídica. En el ámbito civil es típico patrimonio colectivo el ganancial. Aunque el régimen de la responsabilidad es mucho más complejo.

Hay patrimonios separados, siendo el ejemplo clásico el de la herencia aceptada a beneficio de inventario (véase especialmente art. 1.023). Su creación queda fuera del ámbito de autonomía de la voluntad, de manera que sólo pueden crearse *ex lege*. Su composición tiene que quedar perfectamente delimitada (necesidad de hacer inventario). Para la herencia aceptada a beneficio de inventario, véanse artículos 1.014 y ss. Entre el patrimonio separado y el personal caben relaciones jurídicas. Por último, el patrimonio separado está abocado a su desaparición una vez que termina la causa que justifica la separación.

Otra clase de patrimonios es la de los que están adscritos a un fin, siendo el paradigma de ellos el de las fundaciones, que tienen adscritos bienes y derechos al cumplimiento de los fines de interés general para el que fueron creadas.

Entre las notas esenciales de un patrimonio, de la clase que sea, está la de que responde de las obligaciones que se contraen con la gestión del patrimonio mismo. Se ha llegado a afirmar por DEMOGUE que el patrimonio no es “sino el conjunto de bienes considerados como garantía de las obligaciones pecuniarias o de otra clase (en la medida que éstas tienen una sanción pecuniaria) que pesan sobre la persona” (18). Pero no es este el caso del patrimonio protegido en beneficio de los discapacitados que se

(17) DE CASTRO, Federico: *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, p. 38.

(18) DEMOGUE, René: *Les notions fondamentales du droit privé*, París, 1911, pp. 383 y 384.

incluye en la Ley 41/2003. Tiene alguna de las notas que conforman el concepto de patrimonio (masa de bienes que posibilitan un ámbito de poder y libertad) en cuanto que resulta afectado a la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado (art. 1.1 de la Ley) o al mantenimiento de la productividad del propio patrimonio (art. 5.4), lo que le asemeja al patrimonio adscrito a un fin; también, como en los patrimonios separados hay que hacer un inventario de los bienes que lo integran [art. 3.3, a)] y hay, finalmente, reglas especiales de administración y gestión (art. 5), pero le falta la nota esencial de limitación de la responsabilidad a los bienes que lo componen.

Dadas las enormes dificultades para la construcción técnica del concepto de patrimonio hay que ser cauteloso en cuanto a la valoración de su introducción, aunque, en todo caso, me parece laudable que en el campo civil se haya introducido esta figura de tan larga y elaborada tradición, no obstante las observaciones que se hacen en el apartado siguiente de estas líneas.

El otro concepto que aparece en el Código por vez primera es el de persona con discapacidad, hasta el punto de haber introducido una nueva disposición adicional cuarta, que reza: “La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1.041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de...” (art. 13). Es plausible que aparezca en el Código este concepto que, como luego veremos, se encuentra señalado en multitud de normas privadas y públicas.

A diferencia del concepto de patrimonio, el de persona con discapacidad no ha aparecido en el Código Civil hasta la recentísima Ley 41/2003, de 18 de noviembre (19).

9. Consideraciones críticas acerca del patrimonio protegido que crea la Ley 41/2003

La Ley 41/2003 introduce un llamado patrimonio especialmente protegido, pero que en realidad es de destino, constituido por las aportaciones

(19) En el Código de Familia catalán, de 1998, en sede de “Alimentos entre parientes”, aparece la expresión *discapacitados*. En efecto, el artículo 260 dispone: “*Personas afectadas*. 1. Los cónyuges, los descendientes, los ascendientes y los hermanos están obligados a prestarse alimentos.

....

3. Los hermanos mayores de edad y no discapacitados sólo tienen derecho a los alimentos necesarios para la vida, siempre que los soliciten por una causa que no les sea imputable.” Si están discapacitados, parece que tienen derecho a alimentos, en todo caso.

“a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afectación de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares” (art. 1.º1).

9.1. Constitución.

Quiénes pueden constituir el patrimonio se establece en el artículo 3.º (el propio discapacitado no incapacitado, sus padres, tutores, curadores y guardadores de hecho) y, una vez constituido, las aportaciones al mismo pueden hacerlas quienes quieran, desde los mismos sujetos que pueden constituirlo hasta “cualquier persona con interés legítimo”.

Propiamente, los portadores de dicho interés legítimo pueden ofrecer aportaciones a la propia persona discapacitada no incapacitada, a sus padres, tutores, curadores (no se dice guardadores de hecho) para la constitución del patrimonio, y si el discapacitado capaz se niega, el ofrecimiento quedará ineficaz; si se niegan injustificadamente los padres o los tutores (aquí se omite a los curadores) pueden acudir al fiscal para que inste del juez lo que proceda, siempre en interés del discapacitado (art. 3.º, núms. 1 y 2 y art. 4.º).

El texto de la ley está presuponiendo la constitución del patrimonio por acto entre vivos. El artículo 3.º3 señala que “el patrimonio protegido se constituirá en documento público, o por resolución judicial”. No prohíbe que se haga en testamento, por lo que entiendo que también el testamento es vehículo adecuado para constituir el patrimonio protegido. No es un “lugar común” referirse a la preocupación de los padres afectados por un hijo discapacitado de que éste quede huérfano. Al ser un patrimonio adscrito a un fin –a semejanza del de las fundaciones–, se debería señalar los bienes que lo integran y encargar al heredero o legatario su constitución. Lo que no acabo de entender es cuándo se puede dar la situación de negativa “justificada” (dice la Ley) para su constitución, ni quién sea la persona legitimada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal dicha negativa, para que, por resolución judicial, se pudiera constituir.

9.2. Inventario.

Los bienes y derechos que formen el patrimonio deben inventariarse [art. 3.º3 a)]. Cuando los bienes aportados e inventariados sean inmuebles o derechos reales hay que “hacer constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de

la Propiedad correspondiente” (art. 8.º2). Dicha constancia registral significará la afección del bien o derecho real a la satisfacción de las necesidades vitales del titular. Si se conecta esta norma con la del artículo 5.º2 cuando prevé la “obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil...”, resultará que el registrador, cuando califique una escritura de enajenación o gravamen de un bien inmueble o derecho real integrante del patrimonio protegido, denegará la inscripción si no viene acompañada de la pertinente autorización judicial (20), salvo que el beneficiario del patrimonio tenga capacidad de obrar suficiente.

9.3. Gestión.

El patrimonio tiene una “administración” (en sentido amplísimo) regulada en el artículo 5, que tiene semejanzas con la de los bienes del sometido a tutela. En principio, dicha administración puede establecerla como quiera el aportante, desde luego si es el mismo discapacitado no incapacitado judicialmente. Pero incluso si la aportación la hacen los padres, tutor, curador (21), guardador de hecho o “cualquier persona con interés legítimo” (v. art. 3.2), las reglas de administración pueden ser establecidas por el constituyente en el documento público en el que se materialice la aportación.

Hay una referencia sutil a las personas jurídicas tutoras cuando se establece que “en ningún caso podrán ser administradores las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil” (art. 5.º5). Estas entidades no pueden ser otras que las personas jurídicas a las que se refiere el artículo 242 del CC. Como quiera que el patrimonio puede estar constituido por bienes y derechos de toda cla-

(20) Debe tenerse en cuenta que en la Ley 41/2003 (art. 5.º2 i, f), se dispone: “En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido, ni siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881”.

(21) La mención del curador, a la que ya he hecho alguna referencia en el texto, es un tanto enigmática y quiero señalar que el artículo 3.º1b) dispone que: “Podrán constituir un patrimonio protegido: ... b) Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente”. Pero luego en el número 2 del mismo artículo 1.º se refiere a que cualquier persona “con interés legítimo” puede solicitar de los padres, tutores o curador, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin. Esta persona “con interés legítimo” puede acudir al fiscal cuando los padres o tutores se nieguen a constituir el patrimonio, para que el juez autorice la constitución del mismo. Obsérvese que en el párrafo segundo del número 2 del artículo 1.º ya no se habla del curador. No parece que esta omisión se deba a un olvido del legislador.

se, es posible que de la composición del mismo resulte que las personas jurídicas carentes de finalidad lucrativa, y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados (242 CC), no sean las entidades más adecuadas para la gestión de algún patrimonio protegido, como por ejemplo cuando su composición sea la que señala el artículo 8.º, “participaciones en fondos de inversión, acciones o participaciones en sociedades mercantiles”. Una entidad especializada, aunque tenga finalidad lucrativa, es más adecuada que las actuales personas jurídicas tutoras para gestionar un patrimonio con esta composición.

No hay posibilidad de establecer reglas de administración cuando el patrimonio se constituye por resolución judicial en el caso de negativa injustificada de los padres o tutores a tal constitución, dejando a salvo lo que indico en el párrafo siguiente.

La administración, cuando el aportante no haya establecido en el documento público reglas de administración, o cuando se haya constituido por resolución judicial, se regula de manera semejante a la administración del tutor, con sujeción a las autorizaciones judiciales de los artículos 271 y 272 CC. No obstante, me parece de alabar la discrecionalidad con la que puede actuar el juez, porque el artículo 6.3 dispone que “no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los constituyentes o el administrador podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite del juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza”.

9.4. Afección.

Los bienes y derechos aportados a dicho patrimonio, así como sus frutos, productos y rendimientos, deben destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales del titular del mismo (22). Esta insistencia en las necesidades vitales me preocupa en el sentido de si se pretende que el patrimonio tenga una limitación cuantitativa, es decir, en el sentido de si sólo se puede constituir en cuantía suficiente para atender a lo vital, lo cual es bastante impreciso. Me hubiera parecido más adecuado utilizar la expresión que ya aparece en el Código Civil, en su artículo 634, en sede de

(22) El borrador de proyecto de Ley de 18 de febrero de 2002 hablaba de “patrimonio ... que facilite a la persona discapacitada la atención de sus específicas necesidades patrimoniales” y, más adelante, se añadía: “La dotación inicial del patrimonio protegido deberá consistir en una aportación de bienes y derechos adecuados para atender las necesidades económicas del beneficiario, así como las necesidades determinadas por el aportante...”.

donaciones, cuando habla de que el donante tiene que reservarse bienes para vivir en un “estado correspondiente a sus circunstancias”.

9.5. Soluciones que ya estaban en el Código Civil.

Encuentro que hay un afán reglamentista en la norma y que estos objetivos pueden conseguirse sin necesidad de modificar el Código Civil, norma por la que se ha perdido absolutamente el respeto que antes se le tenía y que indudablemente merece (23). El artículo 164 del CC señala que los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria. *Se exceptúan de la administración paterna: 1.º Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.* Y para la tutela tenemos el artículo 223: Los padres podrán, en testamento o documento público notarial, nombrar tutor, *establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos, u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados* (24). Si ya se encuentra en el Código un mecanismo que puede servir para proteger, como el disponente quiera, a menores, a incapacitados y ¿por qué no a discapacitados?, debería haberse limitado el legislador a la regulación de los beneficios fiscales y dejar a los padres y tutores, o a las personas que por puro afán de beneficencia quieran destinar sus bienes a satisfacer las

(23) El presidente de la Comisión de Política Social y Empleo, don Julio Padilla Carballeda, en la sesión de 16 de septiembre de 2003, cuando se abordó el estudio de las enmiendas al Proyecto de Ley que acabaría convirtiéndose en la Ley 41/2003, señaló: “... espero que, como alguna de las posibles transaccionales afectarán al Código Civil, hayan tenido muy en cuenta en la redacción la oportuna finura jurídica con que debe abordarse cualquier asunto que concierna al Código Civil” (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Comisiones. Año 2003. VII Legislatura. Núm. 809, p. 25487). Ya he señalado en el texto que se ha perdido todo el respeto que durante muchos años se ha tenido por el Código Civil.

(24) Este artículo 223 es uno de los que modifica la Ley 41/2003, introduciendo tres nuevos párrafos que posibilitan la llamada autotutela. En la línea argumental que vengo sosteniendo hay que destacar lo que señala el nuevo párrafo segundo del 223 cuando señala que, junto a la designación de la persona que desea que sea su tutor, puede en el documento público notarial “adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes”.

Como detalle que me sugiere la cercanía con el mundo de la tutela, me parece que muchas veces el documento público notarial de establecimiento de autotutela va a ser de tipo negativo, indicando la persona, aun con capacidad, pero aquejada de una futura incapacitación, quien no quiere que sea su tutor a la manera como se expresa el artículo 245 para la tutela testamentaria: “Tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial...”.

necesidades vitales de los discapacitados, que establecieran lo que les pareciera conveniente, teniendo en cuenta precisamente la persona beneficiaria, porque el mundo de la discapacidad es amplísimo y las afectaciones que desgraciadamente padecen las personas muy variadas en su etiología e intensidad. El Código es bastante más flexible y me parece que da mucho más juego que el novedoso patrimonio protegido. Y las ventajas fiscales se pueden lograr mediante el establecimiento de un fondo de inversiones.

9.6. El patrimonio protegido no es patrimonio.

Por otra parte, entiendo que no es patrimonio, porque el legislador no se ha atrevido a modificar el 1.911 de la responsabilidad patrimonial universal, de forma que los bienes que integran el patrimonio protegido de los discapacitados responden junto con los restantes bienes del cumplimiento de las obligaciones. Sólo tiene de patrimonio unas reglas especiales de administración, pero a esto ya me he referido anteriormente.

Soy consciente de que el mecanismo de los artículos 164 y 223 no está pensado para personas afectadas por discapacidad. El concepto de persona con discapacidad no existía en el Código Civil cuando se redactan estos preceptos. Los menores pueden disfrutar de la disposición del 164 con independencia de que estén incapacitados o no, o de que tengan una minusvalía en los grados que señala el artículo 2 de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Los sometidos a tutela a los que afecta el 223 no son las personas con discapacidad; son los que estén judicialmente incapacitados, pero no es menos cierto que gran parte de los incapacitados judicialmente son, a la vez, personas con discapacidad. Y en todo caso, podría haberse añadido como beneficiarios de estas disposiciones a estos nuevos protagonistas –a medias– de la Ley 41/2003.

Hubo dos enmiendas en el Congreso presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista y por el Grupo Parlamentario catalán que resolvían bastantes problemas acerca de las responsabilidades de este patrimonio de destino, especialmente protegido. Decía el GPS: *Los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido sólo responderán de las obligaciones contraídas por su titular o sus representantes, para la satisfacción directa de las finalidades que determinaron su constitución con el carácter de patrimonio separado.* Y el GPC, que: *El patrimonio protegido de las personas incapacitadas sujetas a tutela responderá exclusivamente de las obligaciones contraídas por el administrador de dicho patrimonio.* Curiosamente en la sesión de la Comisión, con competencia legislativa plena, no se defendió la enmienda por el diputado Sr. Sánchez Garrido y, por lo que se refiere a la presentada por el GPC, ni siquiera compareció nadie del grupo enmendante. Pero una disposición de este tipo clarificaría enorme-

mente la figura jurídica de patrimonio especial que se crea, que puede que, efectivamente, sea de destino y con administración propia, pero no separado.

9.7. Jerarquía de las normas del “patrimonio protegido”.

En el pórtico de las normas que la Ley 41/2003 dedica al “patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, concretamente en el artículo 1.º2, hay una afirmación que merecería una atención especial que no voy a prestar en las presentes líneas. El precepto dice que la “aplicación (de esta Ley, en lo que se refiere al patrimonio protegido, y de sus disposiciones de desarrollo) tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil”. A primera vista, el título IX, que desde la entrada en vigor de la LEC ha quedado reducido a tres artículos, no resulta afectado de manera alguna por la Ley que comento. Por tanto, la atención tendrá que centrarse en el título X, “De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”.

10. Tratamiento de la incapacidad y de la discapacidad en la Ley 41/2003 (25)

La Ley de 18 de noviembre de 2003, sin embargo, a pesar de su título y del objeto primordial de la misma, según explica la exposición de motivos, maneja los conceptos de incapacidad y de discapacidad de forma poco comprensible. Prácticamente todos los judicialmente incapacitados son discapacitados, de manera que muchas veces las dos afectaciones van juntas, y no se entiende bien por qué la ley las separa habiendo normas que se aplican a una de ellas y no a la otra. Pero no se puede decir lo mismo de los discapacitados, que, muchas veces, son plenamente capaces, porque no hay que olvidar que una “minusvalía física o sensorial igual

(25) Hay poca literatura aún sobre esta Ley 41/2003. En materia sucesoria es de gran interés el trabajo de SEDA HERMOSÍN, Manuel Antonio: “Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Reformas en el Código Civil”, en el libro *Discapacidad intelectual y Derecho*. IV Jornadas Fundación Æquitas. Granada, 23 y 24 de octubre de 2003, edición de marzo de 2004, pp. 169 y ss. Un enfoque interesantísimo hace MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia: “El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿Un acercamiento al *trust*”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, año XIV. Núm. 612, de 19 de febrero de 2004. He podido manejar también una conferencia inédita de LÓPEZ NAVARRO, Jorge: “Mecanismos sucesorios de protección del discapacitado”, pronunciada en Alicante el 12 de enero de 2004.

o superior al sesenta y cinco por ciento” incluye a ciegos, mancos, cojos, etcétera, cuya afectación no influye, en principio, en su capacidad de autogobierno.

Hay medidas que se pueden adoptar respecto de los discapacitados y otras que sólo caben cuando los sujetos están judicialmente incapacitados. En la exposición de motivos de la Ley 41/2003 hay un apartado VI en el que se lee: “... el contenido de la Ley no acaba en la regulación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, sino que además se incorporan distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de estas personas, aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas o que, en general, mejoran el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad. Estas modificaciones se realizan siguiendo las pautas aconsejadas por la Comisión General de Codificación”.

Parece que se nos quiere decir que lo referente al patrimonio protegido se ha regulado sin tener en cuenta a la Comisión General de Codificación y que las restantes modificaciones (donde se introduce algún mecanismo jurídico de protección de los incapacitados –no de los discapacitados–) sí han pasado por la Comisión de Códigos. Estas afirmaciones, más bien impresiones, no las puedo hacer con pleno conocimiento de causa, pero la idea primigenia de esta norma se gesta por el CERMI (con gran influencia de la Fundación ONCE) en estrecha relación con la Fundación Æquitas, que redacta un borrador de proyecto de ley. Posteriormente se hace cargo del asunto el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que tiene que redactar la norma con muchos condicionamientos por parte del Ministerio de Hacienda, por lo que afecta a los impuestos, aunque no sólo por esto y, por último, como hay bastantes normas que modifican de manera muy sustancial el Código Civil, se somete, parece, parte del borrador al dictamen de la Comisión General de Codificación.

11. Normas de la Ley 41/2003 que se aplican a los incapacitados judicialmente

11.1. La autotutela.

El nuevo mecanismo para la designación de tutor, a través de la manifestación, en testamento o en escritura pública (26), del propio sujeto,

(26) El “documento público notarial” de que habla el nuevo artículo 223 del Código Civil, como digo en el texto, parece que puede ser el testamento o la escritura pública, y tiene que

antes de llegar al grado de no poderse gobernar por sí mismo (la llamada autotutela), es claro que sólo se aplica a los que, previsiblemente, van a ser incapacitados judicialmente, quizá, por padecer una enfermedad degenerativa. La nueva figura tiene un alcance que va más allá de la determinación de la persona que, en su caso, ejercería la tutela, ya que el nuevo artículo 223 habla de “cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor” (27).

Por tratarse de una cuestión inherente al estado civil, es de carácter personalísimo y no se puede ejercer por representante. En lo que a los bienes se refiere, puede establecer órganos de fiscalización de la tutela y designar las personas que vayan a integrarlos, así como determinar disposiciones acerca de la administración y de la afectación de rentas y utilidades.

11.2. La sustitución fideicomisaria.

El nuevo artículo 782 permite gravar la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. Con ello se trata de mejorar económicamente al incapacitado durante la vida del mismo, pero podemos preguntarnos si, ¿tiene el incapacitado mayores necesidades económicas que el discapacitado?); este precepto se complementa con el nuevo párrafo que se añade al artículo 808, estableciendo una sustitución fideicomisaria en la que los fiduciarios serán los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos; la necesidad de que los fideicomisarios sean “coherederos forzosos” significa que los “hijos o descendientes” tienen que ser legitimarios. Los hijos “por derecho propio” (art. 932) y los descendientes por “derecho de representación” (art. 933). Fideicomisarios tienen que serlo el resto de legítima-

comunicarse “de oficio ... al Registro civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado”. Debería haberse insertado en la norma de la que hablamos una disposición semejante a la que el Código contiene cuando se trata de reconocimiento de hijo en testamento, en el sentido de que un testamento posterior revocatorio no hace perder fuerza al reconocimiento hecho en el testamento anterior revocado (cfr. 741 CC). Para mayor seguridad es conveniente, por tanto, que la designación de tutor se haga en escritura pública.

(27) Aquí cabe claramente el documento de *instrucciones previas* del artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuando señala que “una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”. El “interlocutor” puede ser el tutor.

rios, sin posibilidad de excluir a ninguno. A todo ello hay que añadir el párrafo segundo, nuevo del artículo 813, al que me refiero inmediatamente.

De la literalidad de la nueva norma resulta que la declaración judicial de la incapacidad tiene que ser anterior a la disposición testamentaria. Pero es bien conocido que gran parte de los naturalmente incapaces no están declarados judicialmente como tales y son guardados de hecho por sus padres, cuya preocupación se proyecta en si sus hijos quedan huérfanos. En su beneficio se debe hacer una interpretación que lleve a una solución semejante a la de la sustitución ejemplar (28) o disponer testamentariamente que queda subordinada dicha sustitución fideicomisaria a la declaración de incapacidad, la cual puede ser declarada antes del fallecimiento del sustituido (29). La sustitución fideicomisaria permitida en la Ley que comento se limita a un llamamiento, pero creo que no hay inconveniente en aplicar el artículo 781, que permite sustituciones fideicomisarias que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. Es decir, que la nueva sustitución que permite gravar la legítima estricta agota un grado (llamamiento) y cabe un segundo grado en base al artículo 781.

Complemento de todo ello es la modificación del artículo 813-II [que queda redactado así: “Tampoco podrá imponerse sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de (*sic*) viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados”], que se establece también en beneficio de los judicialmente incapacitados (30). Habrá que seguir, no obstante los buenos deseos del legislador, dejando la parte de legítima estricta, el tercio de mejora y el de libre disposición en favor del incapacitado, y sólo establecer la sustitución fideicomisaria respecto de la legítima corta de los colegitimarios, porque el fiduciario sigue teniendo —*ex art. 781*— el encargo de “conservar y transmitir” y esta obligación pue-

(28) Esta figura que contempla el artículo 776 del Código Civil utiliza la misma expresión que el nuevo 782: “haya sido judicialmente incapacitado”. El TS, desde una sentencia de 10 de junio de 1941 (con solución que luego se reitera), admite la posibilidad de nombrar sustituto al incapaz no declarado aún judicialmente incapacitado, si bien la sustitución no producirá efecto más que en el caso de que la incapacitación del sustituido se declare en un momento posterior, de modo que la misma se encuentra declarada al momento del fallecimiento sin testar del sustituido. En el mismo sentido, artículo 175 del Código de Sucesiones catalán.

(29) Comparto el criterio de Jorge LÓPEZ NAVARRO en la conferencia citada.

(30) El borrador de la Fundación Æquitas de 2002 decía: “De manera excepcional, el testador que sea ascendiente de una persona discapacitada podrá, a favor de ésta y dentro de los límites impuestos por el artículo 3.2 de esta Ley, excluir a los herederos forzosos, conforme al artículo 813 del Código Civil, o imponer gravámenes, condiciones y sustituciones sobre la legítima no excluida en beneficio del discapacitado”. Nótese que habla de persona discapacitada. La Ley ha modificado este punto y ahora se habla de persona judicialmente incapacitada.

de limitar la obtención de ingresos para la satisfacción de sus necesidades vitales. La aplicación de algunas de las normas del usufructo al fiduciario permite que éste, como heredero que es, haga suyos los frutos de los bienes fideicomitidos, pero no, desde luego, los bienes mismos. Podría pensarse en la posibilidad de que cupiera establecer una sustitución fideicomisaria de residuo que permitiera al incapacitado atender sus necesidades vitales con los bienes mismos. Desde luego, si los bienes son improductivos, esta fórmula no sirve a los intereses que pretende alcanzar (31).

En la exposición de motivos se explica que “la regulación contenida en esta ley se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las Comunidades autónomas con derecho civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8.^a de la Constitución española y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el artículo 13.2 del Código Civil” (32).

(31) No encuentro aquí las cautelas que se establecen en materia de patrimonio protegido, en sentido cuantitativo, porque, como he explicado antes en el texto, dicho patrimonio se puede constituir para la satisfacción de las necesidades vitales del titular discapacitado. Un interesante proyecto de ley italiano, el número 5.494, titulado *Norme in materia di trust a favore di soggetti portatori di handicap*, presentado por iniciativa de PAISSAN, ABBATE, ALBANESE y otros, y retocado levemente en el punto que aquí interesa por otra proposición de Ley de iniciativa de CIMA, ANNUNZIATA, Antonio BARBIERI y otros, el 10 de mayo de 2002, se preocupa del aspecto cuantitativo en sede de legítimas, en el artículo 2 (*Lesione di legittima*). “1. Il soggetto disabile non può proporre azione di riduzione di disposizione testamentarie o di donazioni o di altri atti di liberalità qualora risulti che il trust in suo favore sia dotato di beni sufficienti per ogni sua esigenza di cura, di mantenimento e di sostegno. 2. A meno che i beni in trust siano manifestamente eccessivi per il raggiungimento delle esigenze di cui al comma 1, l'azione di riduzione spettante al altri soggetti non può essere proposta, con riferimento al trasferimento di beni in un trust la cui durata corrisponda a quella della vita del soggetto o dei soggetti in favore dei quali è istituito, se non dopo lo scioglimento del trust e imputando alla quota di legittima ogni bene pervenuto a chi agisca in conseguenza dello scioglimento del trust.”

Esta disposición, aún en fase de proyecto, plantea el tema cuantitativo, como indico al comienzo de esta nota. La nueva normativa del Código, resultante de la reforma de 2003, permite usar la sustitución fideicomisaria como sanción. Porque podemos imaginar una herencia muy cuantiosa con dos o más legitimarios, uno incapacitado. El causante puede, ahora, en testamento dejar toda la herencia al incapacitado, quedando su hermano, colegitimario, temporalmente privado incluso de la legítima estricta. Lo que es inquietante es que no se haya establecido que la posibilidad de gravar la legítima con una sustitución fideicomisaria sólo se pudiera hacer en la medida necesaria para satisfacer las necesidades ordinarias de la vida, de acuerdo con sus circunstancias, aunque la intención final del legislador puede ser otra muy diferente que nada tiene que ver con la discapacidad.

(32) En el Código de sucesiones catalán de 1991 nos encontramos con el artículo 360: “El causante no podrá imponer sobre la legítima condiciones, plazos, modos, usufructos, fideicomisos ni otras limitaciones o cargas; si los impusiere, se tendrán por no formulados.

No obstante, la disposición por causa de muerte otorgada en concepto de legítima y por un valor superior a ésta con la prevención expresa de que, si el legitimario no acepta dichas limitaciones o cargas, su derecho se reducirá estrictamente a la legítima, facultará a éste para optar entre aceptar la citada disposición con las limitaciones o cargas referidas o hacer suya

11.3. Extinción del mandato e introducción de los “poderes preventivos”.

En sede de mandato, la nueva redacción del 1.732, que se halla entre los artículos que tratan “de los modos de acabarse el mandato”, se apli-

solamente la legítima, libre de éstas.” A la vista del precepto, que en lo que se refiere al fideicomiso, concuerda con el 782 del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma que estudiamos, no pueden las personas de vecindad catalana usar de la modificación que supone la posibilidad de gravar la legítima, a pesar de que sus normas sobre fideicomisos son mucho más flexibles, en cuanto a las posibilidades de disposición por el fiduciario que las del Código Civil (cfr. arts. 206 y ss., especialmente 223: “El testador podrá autorizar al fiduciario para enajenar y gravar por actos entre vivos y en concepto de libres todos o algunos de los bienes fideicomitidos...”).

En el Derecho civil de Aragón no hay problemas para ordenar la sucesión a favor de un legitimario incapacitado porque la legítima es colectiva y a favor de descendientes, como dispone el artículo 171 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, de las Cortes de Aragón, al disponer: “1. La mitad del caudal fijado conforme al artículo 174 debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios. 2. Esta legítima colectiva puede distribuirse igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo. Si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida por partes iguales entre los legitimarios de grado preferente”. Puede, por tanto, beneficiarse a un nieto incapacitado o discapacitado, aun viviendo su padre. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que “la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca” (art. 89.1 *Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad de 2003*). Pero esto tampoco supone ningún problema para el matrimonio con algún hijo discapacitado, ya que en la propia Ley de 2003, en su artículo 90, se establece que “los cónyuges pueden pactar en escritura pública o disponer de mancomún en su testamento la exclusión o limitación del derecho de viudedad, para los dos o para uno solo de ellos, o regularlo como libremente convengan. Antes del matrimonio, los pactos entre contrayentes habrán de constar en capitulaciones matrimoniales”.

En Navarra, el Fuero Nuevo o Compilación del Derecho civil Foral de Navarra, de 1 de marzo de 1973, la situación es la siguiente: establecimiento de una amplísima libertad de testar (la legítima es formal, sin contenido económico), como dispone la Ley 149: “Los navarros pueden disponer libremente de sus bienes, sin más restricciones que las establecidas en el título X de este libro...”. Las restricciones consisten en el usufructo legal de fidelidad establecido en la Ley 253: “El cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos del premuerto en el momento de su fallecimiento...”. Pero del usufructo de fidelidad se exceptúan “los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, salvo que el disponente establezca lo contrario” (Ley 255, Bienes excluidos, 1.), y el fiduciario navarro puede “enajenar y gravar los bienes como libres en los casos y modos siguientes: 1) Por sí solo, cuando el disponente lo hubiere autorizado; en este caso, los bienes adquiridos se subrogarán en lugar de los enajenados...”. En el Derecho navarro está, al igual que en el Código Civil, la obligación de conservar y transmitir, como establece la Ley 232, “el fiduciario tiene todos los derechos que corresponden al propietario, pero habrá de restituir al fideicomisario los bienes recibidos, los subrogados y los incrementos que constituyan accesiones naturales y mejoras inseparables. Respecto a los frutos pendientes y las impensas realizadas por el fiduciario, tendrá éste los mismos derechos que un usufructuario”. Dispone el Fuero Nuevo la “purificación” del fideicomiso en el caso de incapacidad del fiduciario, ya que en la Ley 238 se dice: “Purificación del fideicomiso. Salvo que otra cosa se hubiere dispuesto, quedará purificado el fideicomiso, y en consecuencia liberado el fiduciario, de la obligación de restituir, en caso de fallecimiento o incapacidad de los fideicomisarios, en vida del fiduciario, así como también en los de renuncia o cesión a favor de éste”.

ca a los judicialmente incapacitados. En el otorgamiento del poder tiene que contenerse la previsión expresa de la continuación de su vigencia no obstante la incapacitación. Pero se contiene también, en el nuevo 1.732, el auténtico poder preventivo, esto es, aquel poder otorgado “para el caso de incapacidad del mandante” y que sólo es eficaz una vez pronunciada la sentencia judicial de incapacitación. Aquí se plantea el problema de si habría que nombrar tutor o podría obviarse, puesto que el incapacitado ya ha dispuesto, a través del poder, lo relativo a la administración de sus bienes. No parece que pueda prescindirse del organismo tutelar, ya que el artículo reformado, al final, dispone que “en estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”. Si en la misma sentencia de incapacitación se nombra tutor, como ahora posibilita la LEC (art. 760.2 en relación con el núm. 2 del 759), y el juez, al constituir el organismo tutelar puede extinguir el mandato preventivo, las previsiones del poderdante carecerían de sentido. El poder puede subsistir, no obstante el nombramiento de tutor y éste ocuparse solamente de la guarda y protección de la persona (art. 215 CC), atendiendo lo referente a los bienes el apoderado. En todo caso puede ser útil para la fase intermedia entre la aparición de la dificultad o imposibilidad de autogobierno y el momento final de declaración de incapacitación y nombramiento de tutor. Como quiera que el Código es muy flexible, cabe un tutor sólo de la persona coexistiendo con el apoderado o, incluso, un tutor único, sin especificar si es de la persona o de los bienes que se ocupe del incapacitado junto al apoderado.

En esta aproximación rápida a los problemas que plantea la nueva ley cabe plantear que el juez, con la libertad que le concede el artículo 234 CC, puede nombrar tutor al apoderado. Y también se puede plantear si un poder especial y expreso (arts. 1.712 y 1.713 CC), coincidente con la tutela, evitaría las autorizaciones judiciales del 271 y la aprobación del 272.

12. Normas de la Ley 41/2003 que se aplican a los discapacitados

12.1. Patrimonio protegido.

El patrimonio protegido únicamente puede ser establecido para las personas “afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100... afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100” (art. 2.º). Ahora bien, siendo esto cierto, también lo es que el patrimonio puede constituirlo el tutor, de donde resulta que también se puede aplicar a los judicialmente incapacitados, siempre que tengan una minusvalía en los porcentajes del artículo 2.2 de la Ley.

12.2. Nueva causa de indignidad sucesoria.

La nueva indignidad sucesoria que se introduce en el artículo 756 por no haber prestado los alimentos al causante, se aplica a la herencia de una persona con discapacidad. Tiene que haber un causante discapacitado (no necesariamente incapacitado, aunque puede concurrir la incapacitación con la discapacidad), cuyos herederos, testamentarios o legales, no hayan prestado en vida las atenciones que establecen los artículos 142 a 146 del Código Civil. La nueva causa del 756 les hace incapaces para suceder al discapacitado. Se sanciona con mayor fuerza que antes la negativa de alimentos “sin motivo legítimo” que establecía el artículo 854 como causa de desheredación. De causa de desheredación ha pasado a ser causa de indignidad sucesoria.

12.3. Legado del derecho de habitación.

La donación o el legado del derecho de habitación sobre la vivienda habitual (art. 822) es a favor de la persona con discapacidad (33). Tiene que ser un discapacitado con derecho a legítima (descendiente, ascendiente o cónyuge), lo que puede ser criticable porque, por ejemplo, no se puede atribuir por vía de este legado el derecho de habitación sobre la vivienda habitual al nieto, viviendo el hijo (que es el legitimario). Es también de destacar, como señala el nuevo artículo 822, que este legado no se computa en el cálculo de la legítima. Y otro último apunte es que este derecho de habitación que se puede constituir por donación, se atribuye por disposición de la ley (legado legal) al legitimario discapacitado “que

(33) El legado del nuevo artículo 822 es un legado legal establecido a favor del discapacitado, pero ello no impide que el testador, haciendo uso de la libertad que el Código Civil le concede, pueda legar el derecho de habitación a un incapacitado judicialmente, o a una persona que carezca de cualquier afectación. El Código Civil no tiene una definición de lo que es el legado, pero se puede aplicar al mismo la que da la Ley 241 de la Compilación del Derecho civil de Navarra: “Aquellas liberalidades *mortis causa* a título singular que no atribuyen la cualidad de heredero, y que se imponen a cualquier persona que a título lucrativo reciba bienes del disponente, por voluntad del mismo o de la ley”.

Este nuevo tipo de legado puede plantear enormes problemas, porque la vivienda habitual puede ser ganancial; porque el discapacitado beneficiario del legado puede ser hijo de uno solo de los cónyuges, al que se va a situar en situación de convivencia con el otro cónyuge no progenitor, ya que, como dispone al final el nuevo 822, “lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código, que coexistirán con el de habitación”. En el párrafo II del artículo se establece otra posible convivencia con “los demás legitimarios mientras lo necesiten”. No obstante estas dificultades, la solución de legar un derecho de habitación puede resolver problemas. Sobre esta cuestión, LENA FERNÁNDEZ, Rafael: *El notario y la protección del discapacitado*, Madrid, 1997, p. 346.

lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido”, salvo disposición contraria del testador. Hay aquí dos conceptos jurídicos no perfectamente determinados: primero el de la convivencia y segundo el de la necesidad. No se señala, como hacen otras leyes, un período de convivencia y también puede plantear problemas el asunto de la necesidad del discapacitado. En el mismo sentido del nuevo 1.041, la donación o el legado del derecho de habitación “no se computará para el cálculo de las legítimas”.

Es curioso el “descubrimiento” que hace el legislador de 2003 de que el derecho de habitación es intransmisible. Manifestación redundante con lo dispuesto en el artículo 535.

12.4. Dispensa de colación.

La nueva dispensa de colación de los gastos efectuados para cubrir las necesidades especiales lo es cuando el hijo o descendiente esté afectado por discapacidad. Así se señala en el nuevo párrafo II del artículo 1.041, que concuerda perfectamente con el párrafo I del mismo artículo y que se introduce por la nueva sensibilidad social hacia las personas con discapacidad y cumpliendo con el mandato del artículo 49 de la Constitución.

De las anteriores consideraciones resulta que la Ley, aunque en su largo título contenga las palabras “personas con discapacidad” se aplica, en sus aspectos civiles más sustanciales, a los judicialmente incapacitados. La reforma más importante a favor de los discapacitados es la posibilidad de constituir en su favor un patrimonio protegido y la nueva indignidad sucesoria por no haber prestado “las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”; las otras entiendo que son menores porque la dispensa de colación encajaba ya en la redacción del Código anterior a la Ley de noviembre de 2003; el legado de habitación se podía establecer sin modificar el Código y lo único que aporta la reforma es su carácter legal porque, como dice el párrafo II del 822 (nuevo): “Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten”. Los discapacitados resultan indirectamente beneficiados con las nuevas disposiciones, porque, como he repetido varias veces, la incapacitación implica prácticamente siempre discapacidad.

13. Normas de la Ley 41/2003 que se aplican con independencia de la afectación

Las consideraciones anteriores, expuestas en los números 11 y 12, aparecen claramente expresadas en la letra de los artículos de la Ley de 18 de noviembre del pasado año. Hay otras modificaciones en las que no se expresa si se aplican a los discapacitados o a los incapacitados, o a ambos, o incluso con independencia de la situación de minusvalía (en los porcentajes del art. 2.º) o de incapacidad.

13.1. Reducción del legado de finca que no admita cómoda división.

Se establece en la nueva redacción dada al artículo 821, que ya trataba de la reducción del legado consistente en una finca que no admita cómoda división; ahora se ha añadido un párrafo III y último que permite vender la finca en pública subasta a instancia de cualquiera de los interesados. Es sustancialmente lo mismo que decía el anterior artículo 222. No hay novedades en este punto.

13.2. Facultad de distribuir y mejorar.

Lo dicho en el párrafo anterior puede también decirse del artículo 831 reformado. Se trata de una modificación que introduce importantes novedades, pero en el que no voy a entrar, prácticamente, porque no trata ni de incapacitados ni de discapacitados. Sí que llama la atención y no me resisto a efectuar una referencia acerca de que la facultad que se concede al viudo se puede utilizar también por “las personas con descendencia común”, aunque no estén “casadas entre sí”. Esta facultad ahora sólo se puede conceder en testamento (se ha suprimido la posibilidad de conferir esta facultad en capitulaciones matrimoniales); las facultades para realizar mejoras se amplían objetivamente, porque pueden incluir “los bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar” (esto permite aventurar que el cónyuge al que se concede esta facultad de mejorar puede liquidar la sociedad de gananciales él solo. Yo creo que no, pues no se han modificado los artículos 1.392 y siguientes, *De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, ni las normas a las que se remite de partición de la herencia de los arts. 1.051 a 1.087); puede pagar la legítima en dinero porque las facultades conferidas al viudo son compatibles con las normas de conmutación de las legítimas de los artículos 841 y siguientes. Una novedad consiste en que las facultades del nuevo 831 pueden concederse testamentariamente, suprimiendo la anterior posibilidad de establecerlas en capitulaciones matrimoniales.

14. El nuevo párrafo del artículo 239

En sede de tutela, se añade un nuevo párrafo al artículo 239, que llama a perplejidad. Trata de los mayores incapaces, pero sin declaración judicial de incapacidad y de los desamparados mayores. El párrafo dice: “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben, de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

Da la impresión de que alguien ha sufrido un error puramente material y que el primer inciso de este primer párrafo se ordena de otra manera, usando las mismas palabras. El precepto debe empezar de la siguiente manera: *La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces **asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz** cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, o cuando éste se encuentre en situación de desamparo.*

Dentro de la dificultad interpretativa que tiene el nuevo precepto, con la redacción que propongo resulta algo más comprensible.

Hay que descartar que el artículo, en lo reformado, se aplique a los menores, porque de ellos trata el párrafo primero del artículo al decir que “la tutela de los menores desamparados corresponde por ley a la entidad a que se refiere el artículo 172”, estableciendo la tutela legal, automática o administrativa a favor de la entidad que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores (34). Sería redundante volverla a establecer en el nuevo párrafo tercero del artículo 239 en tema de delación de la tutela.

Cuando no se pueda encontrar tutor, conforme a las reglas que para su delación establece el 234, la entidad pública que tenga encomendada la tutela de los incapaces “asumirá por ministerio de la ley la tutela del

(34) Sobre la tutela del 172 puede verse mi pequeño trabajo “Vacilaciones y dudas acerca del concepto de tutela introducido en el Código Civil por Ley 21/1987 (arts. 172, 222 y 239)”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, tomo 2.º, Barcelona, 1993, pp. 2011 y ss. Hay muchos trabajos sobre el desamparo. Entre ellos, recientemente puede verse ANORO FALCÓN, Leticia, CAUDEVILLA LAFUENTE, Isabel y SAMPER VILLAGRASA, Noelia: “Situaciones de desamparo”, en el libro colectivo *Comentario de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón*, coordinado por Gabriel GARCÍA CANTERO, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2002, pp. 377 y ss. Con abundantes referencias doctrinales.

incapaz”. Aparece a continuación la tutela del mayor desamparado moral o material. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. Estas son nuevas tutelas (¿automáticas; “de hecho”?). Es enigmático, en muchos casos, determinar quién es la persona que tiene esos deberes que le incumben. Pero esto es lo que ha escrito el legislador en el *BOE*.

Hay dos situaciones, me parece: la del incapaz (entiendo que es el que lo está en virtud de declaración judicial), respecto del cual el juez no encuentra a quien encomendar la tutela (situación relativamente frecuente) y la atribuye a los poderes públicos de protección de incapaces. Se establece una nueva tutela administrativa, posiblemente con pocas diferencias respecto de la tutela ordinaria, desempeñada por personas físicas o jurídicas. Ésta será una tutela ordinaria, en la que hay un procedimiento judicial con todas las garantías que la LEC establece para restringir la capacidad de obrar a una persona y una delación (en el sentido del 234) de la tutela a favor de la entidad pública. Lo único que cambia, entiendo, es que la entidad pública, ante la ausencia de las personas mencionadas en el artículo 234, no podrá excusarse de asumir la tutela ni siquiera por carencia de “medios suficientes” (cfr. art. 251-II) y no tiene que prestar fianza (art. 260-II).

No obstante, en el artículo 234 no se mencionan las personas jurídicas, que pueden ser tutoras desde la reforma del Código de 1983 (art. 242) y que hasta ahora han sido quienes, en ausencia de familiares o imposibilidad de éstos para asumir el cargo, asumían las funciones tutelares, con bastante éxito, por cierto. Estas personas jurídicas, en algún caso, como ocurre con la Agencia Madrileña de Tutelas, ejerce hasta mil tutelas. Es la misma entidad pública la que asume la tutela de los mayores incapaces, si bien la ejerce por medio de un organismo autónomo. Las Comunidades autónomas siguen dos modelos, uno de ellos es el de encargarse ellas mismas, a través de un organismo autónomo, de las tutelas de los *desamparados* (de acuerdo con la terminología que ha utilizado el legislador de 2003 y que luego criticaré) y el otro es el de ayudar a fundaciones privadas para que sean éstas las que ejerzan las funciones tutelares. La ayuda es de todo tipo, si bien, muchas veces, se proyecta en lo económico (35).

El precedente de la nueva tutela es el de los menores desamparados del artículo 172 introducido en el Código por Ley 21/1987 y reformado posteriormente por la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del

(35) Esta ayuda la prestan las CCAA precisamente porque tienen encomendada por la ley el cuidado de los más desvalidos. Basta recordar los artículos 39 y 49 de la Constitución.

Menor. Tanto en el 172, como en el nuevo párrafo del 239, se encarga la tutela de los sujetos a que me estoy refiriendo a las entidades públicas de protección de menores y, ahora, se añade, de incapaces. Aunque, con un enfoque distinto, hay que encuadrar en la misma línea de discurso la tutela de las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores o incapacitados, del 242, que se introduce en el Código con la reforma de 1983.

Estas situaciones de ejercicio de las funciones tutelares por persona jurídica, sea pública o privada, son subsidiarias respecto de la tutela normal desempeñada por persona física. Lo dice el propio Código en el artículo 239-II, “se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste”.

Una de las dificultades mayores, en el desempeño del ejercicio de las funciones tutelares que tienen las personas jurídicas tutoras, del 242 (en su mayoría bajo forma fundacional) es la imposibilidad ontológica de establecer relaciones personales con el tutelado. Ya dijo un autor francés que nunca había comido con una persona jurídica. Las fundaciones tutelares han resuelto el problema a través de la figura del “delegado tutelar”, que no está contemplado en el Código Civil, pero que es una persona física, normalmente insertada en alguna organización de voluntariado, que atiende al incapacitado en sus necesidades afectivas. Las fundaciones tutelares son muy conscientes de que la asunción de tutelas sólo se hace en ausencia de personas físicas.

Con la nueva situación, la subsidiariedad sigue existiendo, si bien hay que introducir un nuevo elemento. De esta forma, el orden será el siguiente: primero, persona física (dentro de ellas, el juez deberá designar tutor al designado por el propio incapacitado cuando todavía tenía capacidad, luego el designado en testamento por los padres, tercero el pariente más cercano en el orden del art. 234); segundo, persona jurídico-privada; tercero: entidad pública. Esto es así por disposición del artículo 216, “las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”. El beneficio del tutelado implica que lo mejor es que la tutela la ejerza una persona física. Si no se encuentra, o si la que no existe no reúne condiciones, una persona jurídico-privada y, cuando ésta tampoco existe o cuando aun existiendo carezca de medios, la entidad pública.

15. El mayor desamparado

15.1. El mayor desamparado material.

En el segundo supuesto encontramos al mayor desamparado. Éste también cae bajo la tutela automática de la entidad pública, porque en este caso lo relevante no es que haya incapacidad, sino que lo relevante es el desamparo, que es situación de hecho por el incumplimiento de los deberes que le incumben (¿a quién?) o por el imposible o inadecuado ejercicio de tales deberes que no se sabe quién tiene. Porque, ¿quién tiene que proteger a los mayores? Se puede pensar en las personas que están obligadas a prestar alimentos entre parientes y que, a pesar de esa obligación, no los prestan o bien porque no se les han reclamado o bien porque, habiéndoselos reclamado, los obligados no tienen posibilidad económica de prestarlos.

Estas observaciones pueden valer para los aspectos materiales de la existencia, aquellos aspectos relacionados con las cuestiones a que se refiere la obligación de alimentos entre parientes: sustento, habitación, vestido y asistencia médica; lo que ocurre es que el tutor no tiene obligación de prestar estas atenciones al tutelado con cargo a su propio patrimonio, sino que tiene que procurarle alimentos (art. 269), con cargo al patrimonio del tutelado, si tiene bienes bastantes, o con cargo a prestaciones bien familiares, bien de los servicios sociales.

Esta supuesta tutela administrativa por desamparo material tendría características muy distintas de la tutela administrativa de la que me he ocupado en el número anterior y de la tutela ordinaria (quiero decir de la ejercida por persona física). Como tiene, también, características muy distintas la tutela automática de los menores del artículo 172 CC. De ser verdaderamente una nueva tutela, en ella no hay obligación de hacer inventario en el plazo de sesenta días. El desamparo *material* me inclina a pensar que no hay obligación de hacer inventario.

Solamente por discurrir acerca de la situación que plantea el Código, reformado en este punto, se puede indicar que a estas nuevas figuras no les es de aplicación lo dispuesto en el artículo 260 para la tutela de menores desamparados en relación con la fianza. Tampoco habría obligación de hacer anualmente rendición de cuentas. Sí, me parece, que debería inscribirse en el Registro civil, aunque la DGRN ha resuelto en contra. Y también me parece que serían de aplicación a la misma las normas de informar sobre la situación personal del sometido a este especial instituto de guarda porque todas las tutelas, tanto las ordinarias como las administrativas, “constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y

estarán bajo la salvaguardia de la autoridad judicial" (art. 216-I CC) (36).

La Resolución DGRN de 22 de junio de 1996, respecto de la tutela administrativa de los menores desamparados, ha dispuesto: "Las funciones de tutela respecto de un menor viene impuesta o predeterminada por una circunstancia de puro hecho, a la que la Administración tiene que hacer frente por virtud de las obligaciones que le impone la Constitución en cuanto a asegurar la protección social y económica de los menores (cfr. art. 39 Constitución). Tal situación de hecho, que exige por parte de los poderes públicos la previa apreciación de que tal desamparo ha tenido lugar, no puede ser asimilada a la tutela propiamente dicha y que como tal debe inscribirse en el Registro civil, por más que el artículo 172 del Código Civil se refiera a la función protectora ejercida, como tutela asumida por ministerio de la Ley. En efecto, esta situación de protección del menor desamparado es radicalmente distinta a la que surge como consecuencia de un acto expreso de constitución, como es la resolución judicial, que deberá inscribirse en el Registro civil, por afectar al estado civil de las personas (cfr. art. 218 CC), faltando dicha resolución, por definición, en la tutela legal del artículo 172 del Código Civil".

Si se mantiene la postura de la inscripción en el Registro civil, el documento a través del cual se puede acceder a él, al no haber resolución judicial, las autoras citadas en nota anterior recogen la postura del profesor DE PABLO CONTRERAS, quien señala que "en los supuestos en que la tutela de las entidades públicas conlleve la representación del menor, por coincidir su contenido con el de la tutela ordinaria, debe acceder al Registro civil, porque de lo contrario no será oponible frente a terceros. Propone a su vez que se considere el documento auténtico en que se constituye la situación de desamparo a través de resolución administrativa, suficiente para acceder al Registro civil, de conformidad con el artículo 286 del Reglamento del Registro civil, en contraposición a los artículos 218 y 219 del CC, que prevén únicamente la inscripción de resoluciones judiciales sobre instituciones de tutela" (37).

(36) Función importantísima desempeña también el Ministerio Fiscal, porque en su Estatuto Orgánico, artículo 3.6, se dice entre sus funciones: "Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la Ley" (Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Y el artículo 232 del Código Civil explica que "La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal... En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de administración de la tutela".

(37) ANORO, CAUDEVILLA y SAMPER, cit. en nota anterior, p. 392.

15.2. El mayor desamparado moral.

Más dificultades –insalvables, en mi criterio– ofrece la otra situación de privación de asistencia moral (“cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”). Porque la pregunta que me hacía un poco antes acerca de a quién le incumben los deberes de asistencia moral respecto de los mayores, no encuentra respuesta. Y aquí no encontramos paralelismos con la obligación de alimentos entre parientes.

15.3. La obligación de amparar a los menores.

Respecto de los mayores no hay ninguna norma semejante a la contenida en el artículo 154: *Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre.*

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y procurarles una formación integral.

...

Cuando los padres no existen o cuando existiendo son indignos de ejercer la patria potestad, el menor queda encomendado a un tutor que tiene parecidas obligaciones a las de los padres. Nos lo señala el artículo 269: *El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular: 1.º A prestarle alimentos. 2.º A educar al menor y procurarle una formación integral...*

15.4. Ámbito de libertad de los menores.

Pero, incluso con estas obligaciones, no queda suprimida la personalidad de los hijos y hay una serie de ámbitos en los que éstos tienen autonomía, escapando de la potestad de los padres. Por eso, por el reconocimiento de la personalidad del hijo aunque sea menor, quedan exceptuados de la representación legal –art. 162– *los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.* Y aquí puede traerse a colación el artículo 10 de la Constitución, así como los 15 (donde se habla de “integridad moral”, si bien con un alcance diferente del que hablamos aquí); 16 (libertad ideológica y religiosa); 17 (libertad personal); 27, que se refiere a la libertad de enseñanza y que tiene los aspectos de “libertad de creación de centros docentes”, de derecho de los padres a que sus hijos “reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones” y, por último, de libertad de los propios alumnos (me-

nores en gran parte de su itinerario formativo) de desarrollar plenamente su personalidad. Y otros preceptos en los que no me detengo. Si el menor de edad tiene este ámbito de libertad personalísimo, el mayor tiene libertad plena y, en el orden civil, no hay nadie que tenga respecto de él obligación de prestarle asistencia moral (38).

A los menores hay que prestarles asistencia moral con respeto a sus libertades constitucionales, personal, ideológica y religiosa, todo ello dentro del principio superior de libre desarrollo de su personalidad. Todas estas libertades, que refiero a los menores, se mantienen a lo largo de la vida del hombre y, evidentemente, se incrementan con la mayoría. No acabo de entender cómo un mayor puede estar privado de "la necesaria asistencia moral". Ni necesaria ni moral. El mayor, en el ámbito civil, tiene plena libertad, sólo condicionada en el caso de que se haya casado y hayan surgido para él obligaciones respecto de su cónyuge (arts. 66, 67 y 68 CC). Y también existen restricciones en el ámbito patrimonial, desde luego respecto de los casados, pero también de quienes permanecen en estado de soltería o viudez, siempre que tengan parientes a los que tengan que prestar alimentos y que, en aras de una solidaridad familiar, les está prohibido realizar actos patrimoniales que les sitúen en una posición económica de imposibilidad de alimentar a sus parientes, y se les puede incapacitar parcialmente y someter a curatela (art. 757 LEC: *La declaración de prodigalidad sólo puede ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualesquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal*).

En un trabajo anterior, citado en nota, me ocupé de si pueden encontrarse en situación de desamparo los emancipados, inclinándome por la negativa, aunque hay alguna opinión matizada (39).

15.5. Plena libertad de los mayores.

Lo anteriormente expuesto en referencia a las limitaciones a la libertad personal de los mayores por razón de matrimonio o de parientes a

(38) Las únicas obligaciones, incoercibles, que establece el Código Civil están en el artículo 155, cuando señala: "Los hijos deben: 1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre". El artículo 268 dice que "los sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor". Y también en el artículo 67 se establece que los cónyuges deben respetarse mutuamente.

(39) FELIÚ REY, M. I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, Madrid, 1989, señala que *de lege data* es difícil extender la tutela automática a los emancipados, aunque *de lege ferenda* entiendo que deberían ser merecedores de una curatela automática. En contra, F. de A. SANCHO REBULLIDA, en la edición de 1989 de los *Elementos de Derecho civil*.

los que prestar alimentos tiene poco o nada que ver con la necesaria asistencia moral. La asistencia material puede incardinarse entre los principios de nuestro Estado. No así la asistencia moral. En el ámbito moral hay libertad para los menores incluso, pero mucho más, si cupiera cuantificar estos temas, para los mayores. El único límite es el derivado de las normas penales (40). Por ello, no me parece que este aspecto del nuevo párrafo del 239 sea aplicable en un Estado de libertades como el que los españoles nos hemos dado.

16. Discordancia entre el propósito encomiable de la Ley 41/2003 y la solución técnico-jurídica adoptada

En el Estado social y democrático de Derecho que proclama nuestra Constitución es encomiable que los poderes públicos se preocupen de la atención de los mayores que se encuentran en una situación que yo no calificaría de desamparo, pero sí de ausencia de asistencia o de una asistencia inadecuada o decididamente perjudicial para ellos. Pero lo que no me parece adecuado es que por esa razón se les someta a tutela. La tutela implica una representación de la persona e, incluso, en algunos casos una sustitución de la capacidad de obrar que sólo puede establecerse por las causas fijadas por la ley y en virtud de sentencia judicial (art. 199 CC). Por otra parte, los Servicios Sociales tienen la posibilidad de adoptar medidas de apoyo que pueden paliar situaciones de desvalimiento, como son ayudas económicas e incluso ayudas domiciliarias que pueden remediar situaciones ciertamente merecedoras de atención. Las “causas fijadas por la ley” son las del artículo 200 del Código Civil y en esta norma no aparece el desamparo moral o material de los mayores.

No es ni técnica ni prácticamente correcto establecer una nueva causa de incapacitación. Y digo de incapacitación, porque los mayores sometidos a tutela tienen que haber sido previamente incapacitados. Si no lo han sido, y además, por las causas establecidas en la ley, no pueden ser sometidos a tutela que implica representación, en los aspectos patrimoniales e incluso sustitución en algunos aspectos personales. Nadie, ni siquiera el Estado, ni tampoco las CCAA pueden irrogarse la representación de otra persona sin que haya habido un procedimiento judicial rodeado de las

(40) En el Derecho penal, la situación es distinta que en el civil. El Código Penal, en su artículo 195, indica que: “1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado...”. Y el 619: “Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días los que dejen de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados”.

máximas cautelas que termina con una sentencia privando al sujeto de la capacidad o restringiéndosela (bastaría, si falta hiciera, recordar el 267: “El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación”, y el 1.259: “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal”).

Técnicamente no es solución correcta, pero tampoco lo es prácticamente, porque se tratará, muchas veces, de una tutela de imposible ejercicio, al no estar el mayor desamparado declarado judicialmente incapaz. Es muy abundante la jurisprudencia que estima las cuestiones relativas a la capacidad como de orden público y que son ineludibles las garantías procesales establecidas, primero, en el Código Civil (después de la redacción de 1983) y ahora en la LEC en los artículos 748 a 763. De todo lo anterior resulta que con la legislación en vigor (CC y LEC, sin ignorar la propia CE) esta “tutela” no es tal y que nadie, ni siquiera la “entidad pública” puede asumir la representación de una persona mayor por muy desamparada que se encuentre, mientras no se le incapacite judicialmente con todas las garantías que establece la LEC.

Tengo que asumir la posibilidad de una interpretación del nuevo párrafo del 239 distinto del que he expuesto anteriormente, porque una lectura no finalista, sino estrictamente literal de la norma, puede conducir a interpretaciones diferentes. El texto dice textualmente *asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste* (el incapaz) *se encuentre en situación de desamparo*. Hay incapaces desamparados, y a ellos puede referirse la que estimo segunda situación del nuevo párrafo del 239. Aunque esta última reflexión no me hace cambiar de criterio respecto de lo anteriormente expuesto, porque el “incapaz” (que no es incapaz propiamente, sino incapacitado), desamparado o no, es un sujeto que ha estado sujeto a un procedimiento judicial acerca de su capacidad, que ha terminado en una sentencia. Es decir, que la segunda situación, o bien se interpreta en el sentido que digo en el texto, o bien no es más que una redundancia respecto de la primera: el incapacitado respecto del cual el juez no encuentra a quien encomendar la tutela, de acuerdo con el orden que establece el 234.

A estos mayores necesitados de cuidados habrá que atenderles y para ello están los Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas. Incluso puede ser necesario internarles, con las cautelas que establece la LEC para el internamiento involuntario, en algún establecimiento adecuado a su situación, pero no es correcto tratarles como incapaces, porque sólo están sometidos a tutela los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad o que se encuentren desamparados (222.1.º y 4.º) y los ma-

yores incapacitados o cuando cese la patria potestad prorrogada (222.2.º y 3.º) (41). No creo que sea de aplicación a este caso la indicación del artículo 1.º2 de la Ley cuando establece: “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo, *cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil*”. Creo que esta aplicación preferente se refiere a las normas del patrimonio protegido, pero no a las restantes normas que modifican el Código Civil. Pero, por otra parte, el carácter preferente es respecto de los efectos de la incapacitación, y no respecto de la incapacitación misma, que no resulta modificada por esta Ley 41/2003.

17. Una última reflexión sobre la curatela

Los declarados incapacitados por sentencia judicial pueden ser mayores. En este caso, la sentencia deberá expresar el grado de capacidad que le resta o, si se quiere, el grado de capacidad de que se le priva. Y en base a la capacidad restante podrá ser sometido a tutela o a curatela. No está demasiado bien definida la frontera entre la capacidad del tutelado y la del curatelado, en caso de que estas instituciones de guarda se establezcan en el ámbito de una declaración judicial de incapacitación. Más clara está la situación del sometido a curatela como consecuencia de una emancipación, o de una prodigalidad. La tutela implica representación de la persona del tutelado, de forma que es sometido a representación, mientras que en la curatela no hay representación, sino mera asistencia a los actos que el curatelado quiera realizar, de manera que el curatelado puede realizar él mismo los actos y negocios, pero no puede hacerlo por sí solo, sino que tiene que ser asistido por el curador.

Con este planteamiento, tenemos que el pupilo, sometido a tutela, o el menor discapacitado puede ser beneficiario del patrimonio cuya posibilidad permite la ley crear, y lo hará para él, sus padres o su tutor, mientras que el curatelado, siguiendo el proyecto de ley a la letra, parece que también podrá ser beneficiario, pero me parece que el curador no puede crear ni para el incapacitado ni para el discapacitado, si él no quiere un patrimonio de destino especialmente protegido.

(41) De gran interés el artículo de AZNAR, Manuel: “El internamiento de las personas con discapacidad psíquica y su relación con la incapacitación a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *La protección jurídica del discapacitado*, Valencia, 2003, pp. 231 y ss.

18. Las consideraciones anteriores no agotan el contenido de la Ley

En efecto, el hueco existente en el Código Civil, tras la promulgación de la Ley del Contrato de Seguro (Ley 50/1980, de 8 de octubre), se ha rellenado con el nuevo –legalmente hablando– contrato de alimentos (42). Hay abundante jurisprudencia acerca de este contrato que era conocido con el nombre de “vitalicio”. En el ámbito legal está regulado en los artículos 95 a 99 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia.

Como consecuencia de la modificación de las normas sobre tutela y la introducción de la autotutela, se modifica el artículo 757 de la LEC, concediendo legitimación activa para instar la incapacidad al mismo incapaz.

Y, por último, hay modificaciones en el IRPF, en el Impuesto de Sociedades, en el de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y en el Impuesto sobre el Patrimonio.

(42) Véase GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen: “Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos”, en *RDP*, marzo-abril, 2004, pp. 151 a 173.

**SOBRE LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS
DE LA LIMITACIÓN DE FACULTADES
EN LA DELEGACIÓN CONFERIDA
AL CONSEJERO-DELEGADO**
(Comentario a la Resolución
de la DGRN de 26 de noviembre de 2003)

JOSÉ-MARÍA NAVARRO VIÑUALES
Notario

Comenzaremos haciendo un breve resumen de los hechos, seguido de una exposición de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado contenida en la Resolución de 26 de noviembre de 2003. Finalmente, ofrecemos nuestra valoración sobre el tema planteado.

Hechos

Se trata de una compraventa de un bien inmueble. En cuanto a la parte vendedora, no se plantea problema alguno. El punto clave se encuentra en la parte compradora, que es una sociedad limitada que interviene por medio de un consejero-delegado, cuyo cargo está debidamente inscrito en el Registro Mercantil.

Pues bien, el Consejo de Administración de tal sociedad sólo atribuyó, o delegó, al mencionado consejero-delegado ciertas facultades entre las que, según se desprende de los hechos, no se incluyen las relativas a la adquisición de bienes inmuebles. Se trata, por tanto, de una delegación parcial de facultades. Eso sí, la Junta General universal de la sociedad compradora ha autorizado la citada compraventa, uniéndose a la escritura el certificado del acuerdo pertinente.

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, la registradora deniega su inscripción por carecer el consejero-delegado de facultades representativas para la compra del citado bien.

El notario interpone recurso gubernativo contra la calificación registral.

Doctrina de la Dirección General

La DG rechaza el recurso, considerando que tal escritura no es inscribible, por dos razones:

- 1.^a El consejero-delegado, en este caso concreto, no tiene transferidas las facultades correspondientes a la adquisición de bienes inmuebles. Carece, por tanto, de facultades representativas para la compra cuya inscripción se solicita.
- 2.^a La Junta General no está facultada para ratificar o autorizar la actuación del consejero-delegado, pues no es el órgano competente para ello. Tal competencia corresponde al Consejo de Administración.

Comentario

La DG resuelve el recurso, pero su argumentación es muy pobre o, para ser más precisos, inexistente, como si la solución del tema planteado fuera obvia.

Por nuestra parte entendemos que de los hechos reseñados se desprenden dos problemas de gran interés, tanto práctico como teórico:

I. Primera cuestión.

El carácter autónomo o independiente de las facultades del órgano de administración (sea o no delegado) respecto a las facultades del órgano deliberante (Junta General).

Sobre este particular cabe señalar que la compraventa de un inmue-

ble hecha por la sociedad a un tercero es un acto cuya realización corresponde *únicamente* al órgano de representación, pudiendo éste actuar, si así se ha previsto, y como ocurre en nuestro caso, a través del órgano delegado. Por tanto, cabe concluir con la DGRN, que la previa habilitación, o la ratificación posterior, de la Junta General, en relación a la presente compraventa, es irrelevante.

Hay diversos ejemplos de la independencia entre los ámbitos competenciales de ambos órganos, deliberante y de representación. Entre otros, cabe citar los siguientes:

— No puede establecerse en los estatutos que la Junta General actúe, siquiera con carácter transitorio, como órgano de administración (R. 24 de abril de 1980, que además aborda otros extremos de interés sobre el deslinde de facultades entre ambos órganos).

— No se puede exigir que, para otorgar un poder, el órgano de administración precise autorización de la Junta General (R. 13 de octubre de 1992).

— O, finalmente, recordemos la prohibición de que la Junta General pueda otorgar poderes (véanse, entre otras, las Rss. de fecha 1 de marzo y 24 de junio de 1993). La competencia para conceder apoderamientos corresponde en exclusiva al órgano de administración.

Sin embargo, cabe identificar diversos supuestos en los que la autonomía entre ambas esferas competenciales no resulta nítidamente diseñada. Ejemplos:

— Corresponde a la Junta General salvar el conflicto de intereses en que pueda incurrir un administrador cuando actúa simultáneamente en nombre propio y en representación de la sociedad. Si el administrador único compra para sí a la sociedad un inmueble, la compraventa sólo es válida si recibe la autorización de la Junta General (ya que tal acuerdo salva el conflicto de intereses existente).

— Si el administrador enajena el único bien de la sociedad, que constituye el local donde la empresa societaria realiza su actividad, cabe entender que, en cuanto que tal acto imposibilita el futuro cumplimiento del objeto social, el administrador precisa la autorización de la Junta General (si la venta imposibilita cumplir el objeto, es que se trata de un acto “extra” o, incluso, “contra” objeto).

— La Junta General puede delegar en los administradores determinados aspectos relativos al aumento de capital social (art. 153 LSA); luego, por esta vía, facultades que competerían en principio a la Junta General son ejercitadas por el órgano de administración.

— En general, los actos de disposición verificados por el administrador que sean contrarios al fin social o sencillamente excedan del objeto social —así una donación, o la prestación de un aval gratuito a favor de un tercero— son válidos —pues la sociedad tiene capacidad para hacerlos, ya que el objeto social no limita tal capacidad—, pero siempre que tales actos estén autorizados por la Junta General.

— Tratándose de sociedad anónima en liquidación, la Junta General puede incidir de dos maneras sobre un acto que compete al órgano de representación, como es la venta de los bienes inmuebles de la sociedad. En primer lugar, en virtud de acuerdo mayoritario, la Junta General puede acordar la enajenación de un bien inmueble, y además prescindiendo del requisito de la subasta pública: es cierto que la venta la exterioriza el liquidador (es quien comparece ante notario para formalizar la venta en representación de la sociedad), *pero fijémonos que lo hace en base a una previa decisión del órgano deliberante, que es quien acuerda tanto la venta como las circunstancias de la misma* (sobre la necesidad de subasta, véase el art. 272.d LSA). En segundo lugar, por acuerdo unánime de la Junta General, se puede dispensar al liquidador de la exigencia de subasta pública en la enajenación de los bienes inmuebles de la sociedad que se liquida; en este caso es el propio liquidador quien decide la enajenación del inmueble y sus condiciones, y la Junta meramente le dispensa del requisito de pública subasta. La doctrina expuesta se contiene en las Resoluciones de 5 de noviembre de 1997 y 23 de julio de 2004.

— Finalmente, y sin carácter exhaustivo, cabe señalar que es necesaria la autorización de la Junta General para que los administradores de una sociedad anónima adquieran a título oneroso en nombre de la sociedad en los supuestos contemplados por el artículo 41 LSA (referido a ciertas adquisiciones onerosas en nombre de la sociedad verificadas dentro de los dos primeros años a partir de su constitución).

No obstante, pese a los ejemplos apuntados, la regla sigue siendo que cada órgano tiene su marco competencial propio y autónomo, de modo que uno no puede invadir el ámbito del otro. Tal es el fundamento del artículo 133,3 LSA, a cuyo tenor el administrador no queda exonerado de responsabilidad por la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General.

II. Segunda cuestión.

Más interesante es el segundo problema, que consiste en precisar cuál es la extensión o ámbito de las facultades representativas del consejero-delegado.

Que el Consejo de Administración puede delegar en el consejero-delegado no todas sino tan sólo una parte de las facultades delegables que ostenta es algo indudable (art. 141,2 LSA, que veremos a continuación). Por tanto, cabe la delegación parcial o limitada. Ahora bien, el tema conflictivo, y que es el que ahora nos interesa, es determinar cuáles son los efectos que produce la limitación de las facultades del consejero-delegado.

Son dos las respuestas posibles:

— Primera tesis: De conformidad con la misma, las limitaciones impuestas al consejero-delegado sólo tienen *efectos internos*, esto es, sólo afectan a las relaciones entre el consejero-delegado y la sociedad. De este modo, si aquél no respeta la limitación impuesta en el acto delegatorio, el negocio jurídico es válido (el tercero contratante queda protegido en los términos que resultan del art. 129 LSA), pero incurre en responsabilidad frente a la sociedad. Por tanto, el consejero-delegado autorizado para comprar bienes muebles podría válidamente comprar un bien inmueble, sin perjuicio de responder frente a la sociedad por infringir los límites de su delegación.

— Segunda tesis: Las limitaciones impuestas al consejero-delegado no sólo tienen eficacia interna, sino también *externa, frente a terceros*, de modo que su conculcación produce un doble efecto: primero, generar la posible responsabilidad del consejero-delegado frente a la sociedad por tal incumplimiento; segundo, provocar un vicio en el negocio jurídico, que será inválido, o mejor incompleto, en cuanto concertado por una persona sin facultades representativas (quedando subsumido, por tanto, en el régimen jurídico contemplado en el art. 1.259,2 Código Civil); como consecuencia de tal extralimitación no surge el vínculo negocial, con el consiguiente perjuicio de los terceros que contrataron con la sociedad.

¿Cuál de las dos soluciones es la acertada?

Reconozco no tener el tema decidido, de modo que prefiero ofrecer al lector los posibles argumentos a favor de cada una de las dos tesis, y dejar la cuestión abierta.

1.^a En favor de la primera tesis cabe argumentar de la siguiente forma: El consejero-delegado no es un apoderado, cuyo ámbito competencial, interno y externo, quede definido por el título que le confiere el poder. Por contra, el consejero-delegado es un órgano de representación social, lo que conlleva que se le aplique el artículo 129 LSA (véase también art. 63 LSRL), de modo que su ámbito competencial abarca, frente a terceros, y por disposición legal, la totalidad del objeto social.

Tal es criterio expresamente consagrado en el Reglamento del Registro Mercantil, cuyo artículo 149,3 señala que “el ámbito del poder de representación de los órganos delegados será *siempre* el que determina el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con los administradores”. Y, a su vez, este último precepto, como hemos visto, señala que el ámbito competencial del administrador coincide con el objeto social, luego hay que predicar lo mismo del consejero-delegado (un inciso: todo ello sin perjuicio de que el administrador, en relación a tercero de buena fe, pueda vincular a la sociedad aun actuando fuera del objeto social, art. 129,2 LSA, pero en estos casos, en mi opinión, no es que tenga facultades representativas, que no las tiene, sino que el acto, aun realizado sin tales facultades, es válido en orden a proteger al tercero de buena fe; *simplemente tal precepto es una norma de protección del tráfico jurídico*, como puedan serlo los arts. 1.734 y 1.738 del Código Civil).

Nótese que la aplicación del ámbito competencial del artículo 129 LSA al consejero-delegado tiene lugar, según dispone el Reglamento, “*siempre*”, luego, hemos de entender, con independencia de que la delegación de facultades sea total o parcial.

Por tanto, de conformidad con esta tesis, en caso de delegación de sólo ciertas facultades, el consejero-delegado que actúa más allá de aquellas que le han sido conferidas:

— Se encuentra dentro del ámbito competencial del artículo 129 LSA (que extiende sus facultades representativas a todos los actos comprendidos en el objeto social), vinculando válidamente a la sociedad con el tercero en los términos que resultan de dicho precepto.

— Todo ello sin perjuicio de que pueda incurrir en responsabilidad patrimonial frente a la sociedad, si su actuación infringiendo los límites impuestos causa un perjuicio a ésta.

Sólo esta tesis permite cohonestar el cargo de consejero-delegado con su condición de órgano. Si entendiésemos que las facultades del consejero-delegado están limitadas frente a tercero, en realidad lo estaríamos equiparando a un apoderado, confundiendo la representación orgánica (consejero-delegado) con la voluntaria (apoderado).

La tesis expuesta tiene un fuerte apoyo doctrinal. En tal sentido SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo IV, Edersa, 1994, p. 486, tras citar el artículo 149 del Reglamento, señala lo siguiente: “... Queda claro que la amplitud de los poderes que tienen los órganos delegados del Consejo no depende de la voluntad de éste, ni tampoco de las facultades delegadas, sino que se extiende —como en general en el caso de todos los administradores titulares del poder de represen-

tación de la sociedad– a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos, quedando obligada también la sociedad frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social (art. 129). Las limitaciones establecidas en los estatutos respecto al ámbito del poder de los órganos delegados o las fijadas por el propio Consejo de Administración, tendrán una eficacia puramente interna, siendo inoponibles a los terceros (POLO, *Comentario*, VI, pp. 481-482)”.

2.^a Veamos ahora la otra postura doctrinal. La DG opta por la tesis que hemos descrito en segundo lugar, de modo que considera que las limitaciones a las facultades del consejero-delegado afectan a tercero: por ello, si éste las vulnera (como era el caso de la resolución), no surge el vínculo contractual, no hay compraventa, y, lógicamente, ésta no puede acceder al Registro de la Propiedad.

Ya hemos indicado que la DG no razona su respuesta, como si el tema fuera evidente. Ahora bien, creemos que los argumentos que sustentan tal criterio podrían quedar expuestos en los siguientes términos:

a) El artículo 141,2 LSA –también aplicable a las sociedades limitadas, por remisión del art. 185,5 *in fine* del Reglamento del Registro Mercantil– prevé la “delegación permanente de *alguna* facultad del Consejo de Administración en la Comisión Ejecutiva o en el consejero-delegado...”. Por tanto, se refiere no a la delegación de todas las facultades delegables del Consejo de Administración, sino tan solo a alguna de ellas, lo que sugiere que es posible –o incluso necesario– el carácter parcial de la delegación (de todas formas, en cierto sentido, la delegación siempre será parcial, ya que el art. 141,1,1 LSA señala ciertas materias como indelegables: rendición de cuentas, presentación de balances, ... aunque, fijémonos, tal limitación legal afecta a actos de orden interno societario, no a los actos realizados con terceros).

b) El carácter parcial de la delegación, en defecto de una norma que disponga lo contrario, ha de serlo a todos los efectos: interno (responsabilidad del consejero-delegado frente a la sociedad) y externo (de modo que repercuta en los terceros y en el negocio que éstos celebran con la sociedad).

c) Es cierto que existe una contradicción entre el artículo 141,2 LSA (delegación parcial de facultades) y el artículo 149,3 Reglamento del Registro Mercantil (equiparación en todo caso de facultades entre el consejero-delegado y el órgano de administración). Pues bien, ante dicho con-

flicto, el principio de jerarquía normativa impone, de modo ineludible, que la Ley prevalezca sobre el Reglamento.

d) Las facultades que se confieren en los estatutos al administrador social no se inscriben en el Registro Mercantil (art. 185,6 Reglamento), ya que éstas vienen tasadas por ley (art. 129 LSA): esto es, las facultades que ostenta el administrador son las que dice la ley (art. 129 LSA), no las que, de modo parcial o total, puedan enumerar los estatutos sociales. Por ello, la publicidad de las facultades del administrador es legal, no registral.

Pues bien, tratándose del consejero-delegado sucede lo contrario, ya que, en la práctica, las facultades que se le confieren sí se inscriben en el Registro Mercantil, lo que demuestra que sólo tiene aquellas facultades que expresamente se le delegan: por ello, han de inscribirse (y, precisamente, con inscripción de carácter constitutivo, art. 141,2 LSA). La publicidad de las facultades del consejero-delegado es registral, no legal, tal y como ocurre con los poderes generales.

Parece, por tanto, que se conceptúa el consejero-delegado no como un órgano social, sino como una figura híbrida, que mezcla o comparte tanto los caracteres propios de un órgano de representación como los correspondientes a un apoderamiento, un *tertium genus*, como decía la registradora en la defensa de su nota.

Esta última tesis, insistimos, es la que viene a consagrar la DG en la resolución que comentamos.

JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA DE LA REPRESENTACIÓN

FELIPE POU AMPUERO

Notario

SUMARIO: 1. LEGISLACIÓN. 2. DOCTRINA DE LA DGRN. 3. LA CAPACIDAD DE LOS OTORGANTES. 4. LOS DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS. 5. RESOLUCIÓN DGRN DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2002. 6. MODELOS.

1. Legislación

La acreditación del apoderamiento o la representación y el juicio de suficiencia por el notario están regulados en el artículo 98 de la Ley de Acompañamiento 24/2001, que dice:

Artículo 98. Juicio de suficiencia de la representación o apoderamiento por el Notario.

1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento

auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera.

2. La reseña por el Notario del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del Notario.

3. Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la misma cuando así lo exija la ley y podrán serlo aquéllos que el Notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita.

Por su parte, conviene recordar el artículo 18 de la Ley Hipotecaria:

Artículo 18. Formas extrínsecas.

Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.

El plazo máximo para calificar e inscribir será de 15 días, contados desde la fecha del asiento de presentación. Pero si el título hubiera sido retirado antes de la inscripción, tuviera defectos subsanables o existiera pendiente de despacho un título presentado con anterioridad, el plazo de 15 días se computará desde la fecha de la devolución del título, la subsanación o el despacho del título previo, respectivamente. En estos casos, la vigencia del asiento de presentación se entenderá prorrogada hasta la terminación del plazo de calificación y despacho. Por razones extraordinarias, la Dirección General de los Registros y del Notariado podrá, a solicitud del registrador competente formulada dentro de los dos primeros días de plazo de despacho, ampliar hasta quince días más como máximo dicho plazo.

Si, transcurrido el plazo máximo señalado en el párrafo anterior, no hubiere tenido lugar la calificación, el interesado podrá instar del Registrador ante quien se presentó el título que la lleve a cabo en el término improrrogable de tres días o la aplicación del cuadro de sustituciones previsto en el artículo 275 bis de esta ley.

La calificación realizada fuera de plazo por el Registrador titular producirá una reducción de aranceles de un treinta por ciento, sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador correspondiente.

Y también conviene recordar un precepto elemental, el artículo 1.217 del Código Civil, que dice:

Artículo 1.217. Los documentos en que intervenga Notario público se regirán por la legislación notarial.

2. Doctrina de la DGRN

La DGRN, en Resolución de 12 de abril de 2002 estableció la manera o forma como el notario debería reflejar este juicio de representación, esto es, con una reseña somera de los datos de la escritura en cuya virtud se confirieron las facultades de representación y su suficiencia, así como las circunstancias que acrediten la subsistencia de las mismas, como son la exhibición al notario de la copia autorizada y, en su caso, inscripción en el Registro Mercantil. También señaló que el registrador no puede exigir que la escritura contenga la transcripción de las facultades de representación o la incorporación de los documentos que acrediten la representación alegada.

RODRÍGUEZ ADRADOS (1) comenta que a esta resolución le siguieron otras que intentaron perfilar su contenido de una manera más o menos *salomónica*. Para Andrés DE LA OLIVA el artículo 98 quedaría reducido a la sustitución de la anterior transcripción íntegra de los documentos aportados para acreditar la representación por una reseña de los mismos para conseguir así un “tamaño” menor de las escrituras.

3. La capacidad de los otorgantes

Para no perder la orientación debemos recordar desde ahora que de lo que se trata es de calificar la capacidad de los otorgantes. Los que intervienen en su propio nombre y derecho son juzgados capaces por el notario en el mismo acto del otorgamiento y bajo la responsabilidad del notario autorizante, sin que ningún otro funcionario pueda suplir este juicio. Hasta tal punto que la ausencia del juicio de capacidad impide la inscripción de la escritura sin que el registrador pueda suplir o complementar esta ausencia de juicio. Y esto es así, porque no estaríamos en presencia de un título inscribible.

Respecto de los instrumentos de representación, los poderes notariales, se debe recordar que el poderdante, como otorgante del instrumento de representación ha comparecido ante el notario, quien le ha juzgado con capacidad suficiente para conferir las facultades de representación que se otorguen en cada supuesto.

Cuando el compareciente alega una representación ajena el notario debe juzgar esta capacidad, la del representante, parte en el otorgamien-

(1) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *Incidencias en la seguridad jurídica preventiva de la Ley 24/2001, “Escritura Pública”*, Ensayos de Actualidad, Consejo General del Notariado, 2004, pp. 81 y ss.

to por medio de su representación. A este juicio se refiere el artículo 1.º de la Ley del Notariado y se regula su técnica documental en los artículos 156-8.º y 167 del RN. El artículo 98 quiere regular con rango de ley la expresión documental de este juicio de capacidad en lo referido al modo de acreditar la representación (reseña del documento), en cuanto al juicio notarial de suficiencia (en concreto y para tal acto) y en cuanto a su expresión en la escritura. Además señala que tal reseña notarial es suficiente o bastante para acreditar la representación.

Hace notar RODRÍGUEZ ADRADOS que este artículo 98 no ha alterado la eficacia legal de las escrituras, la cual se sigue rigiendo por los preceptos civiles y por la ley procesal. No se ha producido ninguna innovación en el ámbito del proceso, donde las escrituras tienen la eficacia plena que les reconoce el artículo 319-1.º de la LEC, sin perjuicio de que la otra parte pueda impugnar en juicio la existencia o la suficiencia de la representación alegada.

Tampoco se ha modificado la eficacia de la escritura en el ámbito extrajudicial (art. 1.218 CC), donde hace fe de los contratos y demás actos extrajudiciales (incluida la representación alegada) puesto que la declaración de falsedad o nulidad es de competencia judicial exclusiva.

El artículo 98 no es ajeno a la esfera registral. Sin embargo, la calificación registral produce la sensación de *revisar* la fe pública notarial. No es así. La calificación registral no califica la fe pública notarial, califica el documento inscribible mismo. El sistema de doble calificación supone que a la calificación registral precede una previa calificación del notario, anterior en el tiempo, más amplia y más profunda que la registral y dotada de inmediatividad. Los asientos registrales no se practican con la sola calificación registral, ni esta calificación puede suplir la falta de calificación notarial en lo referido a la capacidad de las partes. En este sentido, ADRADOS cita las Resoluciones de 17 de junio de 1886 y 15 de marzo de 1887, donde se recuerda que el criterio del legislador es que todo contrato inscribible sea sometido al criterio legal del notario como dato previo a la calificación del registrador.

En este sentido debe entenderse el sistema de doble calificación, no para reiterar una calificación –que en tal caso sería injustificada–, sino para calificar en dos ámbitos distintos.

4. Los documentos complementarios

Si el artículo 98 es aplicable a la esfera registral, como lo es, no se puede eludir su aplicación amparándose en su número tercero, que se refiere a los documentos complementarios que se deben unir a la matriz.

Porque los documentos que acreditan la representación no son los documentos complementarios a los que se refiere el 98-3.º

Precisamente el artículo 98-2.º señala que la calificación registral deberá concretarse a comprobar si la escritura presentada cumple con lo dispuesto en el artículo 98-1.º

Existía una arraigada doctrina de la DGRN que entendía que el registrador podía reclamar la presentación de unos documentos llamados complementarios y se amparaba en el artículo 18-1.º de la LH. Es de especial importancia la interpretación del inciso final de dicho precepto, que dice: *por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro*, para entender que el *ellas* se está refiriendo a las escrituras públicas, de manera que debe entenderse que los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, (...) la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas (...).

El artículo 98 ha venido a recordarnos que las escrituras que se presentan en el Registro no son simplemente un medio de prueba de un otorgamiento que podría probarse de otras formas, sino que son precisamente el título que se inscribe conforme al artículo 3 LH y que las normas por las que se rigen las escrituras no competen a la legislación hipotecaria, sino a la civil (art. 1.217 CC) y artículo 98, Ley 24/2001.

Por tanto, la calificación del registrador no ha desaparecido, sino que en este punto se concreta en la verificación de los requisitos que la ley establece para que el título que se presenta en el Registro se pueda inscribir.

5. Resolución DGRN de 30 de septiembre de 2002

De entre todas las resoluciones que existen sobre el tema (12, 23 y 26 de abril y 3 y 21 de mayo de 2002, 26 de junio de 2002, 8 de noviembre de 2002 y 6 de mayo de 2003), quizá la de 30 de septiembre de 2002 es clara y decidida en dar criterios de actuación tanto para notarios como para registradores.

Parte de la doctrina sentada por la Resolución de 12 de abril de 2002 confirmando lo que en ella se dice sobre la validez del juicio notarial de suficiencia y sobre el ámbito de calificación registral. Pero repara en la cuestión que ha resultado ser más espinosa, cual es la forma concreta de la expresión del juicio notarial de suficiencia.

El notario no puede limitarse a expresar lacónicamente el juicio de suficiencia de facultades sin una referencia concreta a la razón en que basa su apreciación, como si este juicio notarial tuviera que ser un *trágala registral* por ser expresión de un notario en el ejercicio de sus funciones.

No es esto lo que la DGRN ha dicho. Además, si fuera así sobraría hasta la misma expresión del juicio notarial, porque debería entenderse que con la sola presencia de un notario se ha valorado legalmente la representación alegada. Pero esto no es lo que quiere la ley, ni lo que sustenta el sistema de la doble calificación.

Como señala la resolución: (...) *la calidad técnica del documento público y la trascendencia que la Ley atribuye hoy a la valoración notarial de la suficiencia de la representación imponen un mayor rigor.* (...) El juicio notarial es una valoración, no lo olvidemos, y como en todos los supuestos de decisiones jurídicas adoptadas en el ámbito de la función pública, debe ser motivada, fundada y razonada como garantía de seguridad jurídica. Este fundamento expresado en la escritura de una manera muy sucinta sirve para concretar el juicio notarial a la escritura autorizada y le confiere los efectos legales dotándole de fehaciencia y valor por sí solo.

6. Modelos

De la propia resolución resultan algunos modelos de reseña de facultades:

1. Si está facultado para disponer de todo tipo de bienes a título oneroso o gratuito, será suficiente reseñar *que está facultado para vender.*
2. Si está facultado para otorgar escrituras de préstamo hipotecario, será suficiente reseñar *estar facultado para formalizar préstamos con garantía hipotecaria y todos los pactos complementarios incluidos en esta escritura.*

Como modelo general propongo el siguiente:

Don ... (*apoderado*) interviene en nombre y representación de don ... (*poderdante*) (datos completos), en virtud de poder otorgado a su favor mediante escritura autorizada por el Notario de ..., don ..., el día ..., número ... de protocolo, ... (*en su caso*) inscrito en el Registro Mercantil de ..., al tomo ..., folio ..., hoja ..., que asegura vigente, copia autorizada de la cual tengo a la vista y juzgo con facultades representativas suficientes para los actos contenidos en esta escritura, en la que se le confieren facultades para ... (*según el supuesto:*) *comprar, vender, hipotecar, segregar, permutar... bienes inmuebles.*

EN TORNO A LA IDEA DEL DERECHO DE JUAN VALLET DE GOYTISOLO

DALMACIO NEGRO PAVÓN

*Catedrático de Historia de las Ideas Políticas de la UCM.
Numerario de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*

Es para mí un motivo de alegría personal la celebración de la culminación de la gran obra fundamental de Juan VALLET DE GOYTISOLO sobre *Metodología del Derecho*. Y considero un honor la invitación a participar en este acto y en este ilustre Colegio, siendo tan sólo un aficionado a entremeterse en las cuestiones jurídicas. Al ser el Derecho, el sentido de lo recto, como la esencia de la vida social, que sin él no sería posible, resulta inevitable topárselo en los más diversos campos de la actividad humana y, desde luego, en la política. El arte político tiene que contar inexorablemente con el Derecho, del que dependen cosas tan importantes como su eficacia al servicio del Bien Común. No hay auténtica Política sin Derecho ni Derecho sin Política. En el fondo, esta última se reduce en su recto sentido a conservar y defender el Derecho, la *tranquillitas ordinis*, según la famosa expresión agustiniana.

La Política es una posibilidad histórica. Descubierta por los griegos, desde aquel tiempo la Política y el Derecho siempre han ido de la mano en Occidente. No es una casualidad que la forma ideal de lo Político sea el Estado de Derecho, aunque sería mucho más exacto y mejor decir el Gobierno bajo el Imperio de la Ley. Este último era, como se sabe, el viejo ideal aristotélico, que ha conservado su vigencia hasta tiempos recién-

tes, en los que se degrada la idea del Derecho a mero instrumento de la Política, degradada a su vez, precisamente por eso, a ser impolítica o anti-política. En efecto, la política degrada y pervierte el Derecho y se degrada y pervierte ella misma al transformarlo en Legislación. Una masa inmensa, que aumenta todos los días, de reglas técnicas burocráticas, aunque revistan forma de ley, para crear situaciones artificiosas y dirigir la conducta, más que para facilitar a los iurisperitos la solución justa de los conflictos como hace el Derecho legislado.

“El voluntarismo, el racionalismo y el constructivismo conducirían de hecho —escribe VALLET DE GOYTISOLO, servidor del Derecho, en el volumen 1.º del tomo II de su impresionante *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho* (Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2002, p. 32)—, a que el derecho, confundido con sus normas, quedara sometido al monopolio del poder político.” Tendencia acentuada desde la revolución francesa, al hacer de la Ley la fuente directa y privilegiada del derecho. Hoy la Legislación se opone francamente al Derecho. Política y Derecho son inseparables; pero la monopolización de la creación del Derecho por el Estado y los organismos públicos políticos, al politizar el Derecho lo destruye.

El **Derecho** pertenece al orden relacional, es *Derecho de relaciones* naturales, y, por tanto, eterno, inderogable: es Derecho Común, permanente, real. El Derecho ordena, y su eficacia radica en la protección de los derechos adquiridos: da seguridad.

En contraste, la **Legislación** hace del Derecho un instrumento para crear situaciones; es un artificioso *derecho de situaciones*, y, por tanto, provisional, derogable: es Derecho Particular, circunstancial, abstracto. La Legislación organiza y su eficacia radica en que no protege derechos adquiridos: produce incertidumbre.

La Legislación arrumba el principio elemental de que la ignorancia del Derecho no excusa su cumplimiento. Pues este viejo principio jurídico presupone que el Derecho pertenece al Pueblo. Entonces el Pueblo posee intuitivamente el sentido de lo jurídico, el sentimiento del Derecho, de lo que es recto y justo. Mas pierde su razón de ser cuando el derecho deja de ser propiedad del Pueblo o este último no existe.

La idea de Derecho es universal porque es natural y es natural porque es universal. O es Derecho Natural, universal, o no es Derecho. La vida social sólo deja de ser mera co-existencia para convertirse en convivencia, en vida política, si está ordenada por el Derecho. Pero el Derecho concreto no es una invención: emerge de la realidad social, de la convivencia, de la idea concreta que tiene cada grupo humano de lo recto natural según el modo de con-vivir. El Derecho está inserto en el *êthos*, la *Sittlichkeit* o eticidad que nace de la convivencia. Alcanza su ple-

nitud cuando la interpretación del Derecho es conforme a la Justicia, una virtud moral del hombre en cuanto humano, que, al relacionarse con el Derecho da la *medida* de su aplicación, tanto de *lege ferenda* como en la sentencia judicial.

En la sentencia judicial, el juez *descubre* lo que es Derecho según la ley o la costumbre y, en último extremo, cuando no hay ley escrita o costumbre, en el sentimiento que tiene la comunidad del Derecho. Y lo mismo hace en su caso el legislador que, en puridad, de acuerdo con la idea de Derecho, no es más que un juez muy especial, que no considera ningún caso concreto, sino que presupone formalmente todos los casos concretos posibles; de ahí el prestigio mítico del legislador y la idea de la santidad de la ley. Creo que es éste el sentido en que CARNELUTTI definía la ley como “una sentencia anticipada”, si bien al juez le incumbe todavía *declarar* lo que es justo en el caso concreto, la *medida* de lo que es recto.

Me parece que no habría grave inconveniente en definir el Derecho efectivo, práctico, como *lo recto según la medida de lo justo*; entendiendo, pues, por recto y justo lo que el sentimiento popular, idea muy cara a lo que Joaquín COSTA, cuyo pensamiento tiene siempre *in mente* Juan VALLET, entiende por tal según el *êthos* vigente que configura la vida en común. Por supuesto, se trata del sentimiento de lo recto y de lo justo no mediaticado por pasiones o intereses personales —que determinan la actitud de las partes en los litigios—, demagogias e ideologías políticas. En ese sentido, la opinión pública es, ciertamente, como decía BENTHAM, un Tribunal que enjuicia la rectitud y la justicia de los actos que se materializan en hechos conflictivos que afectan a la colectividad.

La naturaleza social del Derecho es de sentido común. Decía EHRLICH, tan citado por VALLET, que ese carácter subyace incluso cuando el Estado impone un derecho legislado y se organiza para imponerlo coactivamente. Y éste es el problema: debido a la influencia del artificialismo que imponen de *lege ferenda* el positivismo jurídico y el dirigismo tecnocrático, hijos del contractualismo político, existe hoy en día un gran desconocimiento de lo que significa ese carácter social del Derecho que se desprende de la auténtica idea del mismo conforme a su naturaleza, a lo que se llama la “naturaleza de las cosas”, cuyo sentido exacto documenta la obra de VALLET DE GOYTISOLO.

El Derecho tiene su origen en la sociedad. Dicho de manera más clara, más política, polémicamente: el Derecho pertenece al pueblo, es propio, propiedad del pueblo, no del gobierno o del Estado, entendida esa afirmación sin la retórica que suele acompañarla desde hace dos siglos. Y la recuperación de la auténtica concepción del Derecho como propiedad del pueblo constituye, en mi modesto entender, uno de los principales *leit Mo-*

tiven, si no el principal, de la ingente obra del notario VALLET DE GOYTISOLO, enfrentado a la paulatina destrucción de la propiedad, la institución central del Derecho, paralela a la destrucción del sentido común, del sentimiento comunitario de pertenencia. Sin sentido común y sin propiedad se pervierte la idea del Derecho.

Me complace subrayar lo de notario. En los casi dos siglos en que ha progresado hasta límites increíbles el desconocimiento, que llega al olvido, de lo que significa la naturaleza social del Derecho, sin duda en paralelo no casual a lo que decía Martin HEIDEGGER del olvido del ser, ha sido el estamento de los notarios uno de los pocos que, fiel a la índole de su profesión, el dar públicamente fe de las relaciones sociales que producen lazos jurídicos, por *la necessità delle cose*, diría MAQUIAVELO, ha mantenido viva la idea del Derecho. Hasta ahora, el estamento notarial ha conseguido defenderse relativamente bien del estatismo, de la burocratización, en fin, de la politización, en ese ancho campo de lo público no monopolizado todavía por el poder político aunque esté muy condicionado por él, que tiende a absorber todo lo común y aún lo privado masificándolo. Pues las masas no son sino el pueblo masificado por el mecanicismo estatal. El propio VALLET estudió hace años este fenómeno en otro gran libro: *Sociedad de masas y Derecho*. Pues VALLET, no sólo ha aplicado profesionalmente el Derecho como el estamento al que pertenece. Desde muy pronto, nutrido de la experiencia de su profesión, ha combatido denodadamente por ella y por el Derecho, contando con esa ventaja, en primerísima línea, con planteamientos rigurosamente intelectuales.

De la lucha por el Derecho de VALLET DE GOYTISOLO en la circunstancia histórica del estatismo, muy distinta, pero espiritualmente no distante de IHERING, quisiera destacar aquí dos aspectos: los concernientes a la soberanía y a la costumbre. Pues el vigor de la soberanía en su concepción moderna, que altera radicalmente el sentido de la antigua *plenitudo potestatis* eclesiástica, y la paralela decadencia de la costumbre como medio de conocimiento del Derecho, constituyen, a mi entender, las dos causas principales del declive del Derecho, para decirlo con el título de la famosa obra de Georges RIPERT.

Juan BODINO, por cierto, un caso ejemplar de la relación del jurista con la política al servicio del bien común, construyó en el siglo XVI un innovador concepto político-jurídico de la soberanía para poner fin a la guerra civil francesa por cuestiones religiosas. Su gran construcción jurídico-política hizo fortuna, y fortalecida y enquistada por la moderna doctrina contractualista en el Estado y en la Sociedad, dos conceptos inventados, artificiales, sigue prácticamente vigente hasta hoy. BODINO era todavía aristotélico y se atenía a la idea de la Naturaleza como origen, como *Physis*; pero, inserto existencialmente en su circunstancia histórica,

es ya un pensador de transición al mundo moderno que, recuerda VALLET (p. 258), consideraba la soberanía como poder. Y al atribuir a la *summa potestas* inevitable en todo grupo constituido políticamente, a la postre, de origen fáctico, el poder de hacer las leyes a fin de construir la soberanía político-jurídica como antídoto contra la guerra civil, preparó la sustracción al pueblo de la posesión y la titularidad del Derecho. En el siglo siguiente la consumó Tomás HOBBS, el gran teórico del contractualismo moderno, en definitiva, del Estado y la Sociedad, las dos grandes abstracciones míticas en que descansa la historia de la modernidad. Su visión de la Naturaleza era ya la científica moderna, una visión mecanicista.

Por una parte, con su famoso *dictum*, la máxima *auctoritas non veritas facit legem* identificó autoridad y poder, la *auctoritas* y la *potestas*. Por otra, prescindió del Pueblo. El Pueblo es una realidad natural cuya unidad analítica es la Familia como reconocía el propio BODINO, quien veía en ella el contrapunto del Estado, así como la Propiedad lo era de la Soberanía. HOBBS, no menos ansioso de hacer del Estado, cuya existencia y posibilidades había descubierto MAQUIAVELO, la antítesis de la guerra civil, sustituyó el Pueblo por la Sociedad, un concepto artificial definido como el conjunto de los individuos, y el Gobierno por el Estado, otro gran artificio. La finalidad de HOBBS consistía en domeñar las pasiones naturales según la *Physis*, mediante la entrega por los individuos al Gran Leviatán, no sólo del poder político, de la capacidad de decidir políticamente, de la soberanía política, sino del Derecho, atribuyéndole a la soberanía la capacidad de hacer leyes concebidas de acuerdo con la visión mecanicista de la naturaleza humana. El Gran Leviatán ejercería la autoridad –el saber científico del Derecho– y el poder –la fuerza aceptada socialmente– para articular con ambos el orden estatal como un orden político-jurídico. La primera forma del Estado de Derecho fue así la de Tomás HOBBS. HOBBS recondujo la *omnipotentia iuris* de la vieja concepción ordenalista regida por el principio enunciado por el Espejo de Sajonia “*Wer Recht miennet, miennet Gott*” (“quien sirve al Derecho sirve a Dios”) a la *omnipotentia iuris status*: quien sirve a la Legislación sirve al Estado. El derecho como instrumento de la *ratio status*.

Bajo la influencia de la doctrina de la soberanía, se suele hablar de las fuentes del Derecho y, lo que es más grave, se enseña así en las Universidades y en los libros. La ley era tradicionalmente una de las formas expresivas del Derecho. La soberanía la utilizó como su fuente del Derecho. Juan VALLET no duda en debelar esta concepción, en la que va implicada la naturaleza del *ius*. Según VALLET, hablando con propiedad, no existen tales fuentes del Derecho a menos que se quiera aludir a la realidad social misma de la que emergen como su fuente. La razón no es, pues, otra que la misma idea de Derecho: al ser Derecho Natural es anterior a

las citadas fuentes; estas últimas reciben de él su caudal, no del Estado.

Con su inmensa erudición transformada en sabiduría, muestra VALLET que el concepto fuente del Derecho es una innovación moderna paralela al ataque al Derecho por la corriente estatista dominante en la modernidad, intensificado con la institucionalización del Estado-Nación. Desde este momento, la voluntad general de la Nación política o politizada, no el Derecho Natural según el *êthos* del pueblo conforme a su sentimiento o sentir común de la naturaleza de las cosas, es el hontanar del derecho positivo, el único derecho legal, útil, *válido*. Así pues, no necesariamente verdadero. De esta forma, quedó abierta la posibilidad de la distinción entre legalidad y legitimidad, que originariamente significaban lo mismo. Y es que el contractualismo moderno, del que deriva el pensamiento político estatal, sólo aparentemente, verbalmente, está en la línea del pactismo medieval también estudiado magistralmente por VALLET DE GOYTISOLO en diversos lugares, en el que era la costumbre el principal medio de conocimiento del *ius*.

El objeto del Derecho son las cosas, no los hombres, objeto de la Religión y de la Moral. Y la costumbre *media* entre el hombre y la naturaleza, entre el hombre y las cosas que existen o produce y de las que se apropia. El Derecho no se refiere directamente a las relaciones interhumanas; sólo indirectamente, en tanto la acción humana es la causa de las relaciones entre las cosas; relaciones que regulan espontáneamente las costumbres. El Derecho aparece cuando surge un conflicto entre los hombres sobre lo que es propio, sobre la propiedad de las cosas. El árbitro o juez dice entonces qué es lo recto de acuerdo con las causas de los actos y lo justo según el *êthos* del grupo social: sentencia qué es Derecho conforme al sentimiento jurídico de la comunidad, según la costumbre ética, lo que llamaba ARISTÓTELES la costumbre viviente.

Sin embargo, entrada la modernidad, en medio de la guerra civil francesa que duró treinta años y la crisis del viejo ordenalismo, comenzó el ataque a la costumbre como mediación entre el hombre y la naturaleza, como medio de conocimiento del Derecho. LA BOËTIE afirmó que “la causa primera de la servidumbre es la costumbre”. El poder político comenzó a legislar libremente, aunque durante mucho tiempo procuró hacerlo teniendo en cuenta las costumbres. Posteriormente, la escuela histórica, aparecida por la misma fecha que el Estado-Nación, desplazó al hombre concreto a un segundo plano y separó la costumbre del Derecho al afirmar que esta última *unifica* la historia y la naturaleza. En principio, concebía la naturaleza como algo universal, común; pero ya veía lo colectivo como expresión de la vida natural y, poco a poco, con el auge de la Nación como titular colectivo de la soberanía, a lo que tanto contribuyó esa misma escuela, separó cada vez más lo histórico de la naturaleza. Lo his-

tórico, lo colectivo, la Nación como individuo histórico, se define por sus costumbres, no por su Derecho. La costumbre perdió así su conexión con la universalidad del Derecho Natural, cuya idea, de sentido común, acabó siendo vista como una doctrina anticuada, residual o una ideología más; y la Legislación, la actividad del legislador liberado de la servidumbre a las costumbres, sustituyó al Derecho.

Alfred N. WHITEHEAD observó que desde el siglo XIX el artificialismo, que crea abstractos cuerpos colectivos como los diseñados por HOBBS —la Sociedad y el Estado—, estaba destruyendo sistemáticamente el sentido común. Éste es uno de los casos, al que hay que atribuir la pérdida de la conciencia del origen social, interhumano, de lo humano sin el hombre, del Derecho, y la aceptación de la voluntad estatal expresada en las leyes, como la única fuente del Derecho, quedando la costumbre como algo residual, más o menos folclórico o pintoresco.

Tal es una de las mayores preocupaciones de VALLET DE GOYTISOLO, que sabe del contraste entre la vida real y la vida artificial, abstracta, que impone la legalidad estatal, el orden estatal. De ahí la contraposición que establece entre las “fuentes formales del derecho” y lo que llama “elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos”. La palabra fuente tenía, ciertamente, un antiquísimo significado metafórico cuando la adoptó el positivismo en el siglo XIX. Pero “plantea una cuestión, dice VALLET, que no es meramente terminológica, sino sustancial” al afectar al mismo ser del Derecho y la Ley humana, así como a su conocimiento. Hállase ligada, reitera, a la vieja querella del realismo metódico con el voluntarismo y el nominalismo con su inherente positivismo, ya sea legalista o bien consuetudinario o judicialista (*op. cit.*, I, II, 1.º, p. 331).

Para el notario Juan VALLET, conocedor de la realidad práctica del Derecho, de la vida del Derecho, las llamadas fuentes son esos elementos mediadores entre el orden de la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos. Es decir, son “los instrumentos que sirven para aproximar y facilitar la concreción en acto de lo que en cada caso determinado es justo”. Creo que se podría resumir la posición de VALLET DE GOYTISOLO con sus propias palabras: las fuentes del derecho no crean el Derecho; no son otra cosa que los medios de conocimiento del Derecho; son formas en las que se expresa el Derecho. Entre ellas, reivindica un lugar preeminente para la costumbre, reflejo directo de la vida real, efectiva, práctica, como así ha sido tradicionalmente, en contraste con su desvalorización desde que empezó a prevalecer el positivismo, imponiendo la omnipotencia arbitraria, caprichosa, de la ley como producto de la política, no del Derecho.

Enhorabuena a los juristas y gracias a Juan VALLET DE GOYTISOLO por su generosidad al poner a la disposición de todos su profundo conocimiento jurisprudencial del Derecho.

LA METODOLOGÍA DE LA CIENCIA EXPOSITIVA Y EXPLICATIVA DEL DERECHO DE VALLET VISTA POR UN ABOGADO

JOSÉ JUAN PINTÓ RUIZ

Abogado.

*Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación*

I. Exordio

Debo agradecer, ante todo, al ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE MADRID y al CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO el que me hayan brindado la oportunidad de considerar nada menos que el tomo II de la importante obra del Excmo. Sr. don Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, que trata de la METODOLOGÍA DE LA CIENCIA (EXPOSITIVA Y EXPLICATIVA) DEL DERECHO.

Enseguida se vislumbra la amplitud de la obra; y cuando uno se sumerge en ella percibe una sólida fundamentación filosófica (quizá con visión también teológica), penetrando en la misma naturaleza de las cosas relacionada con el quehacer humano, con extrema erudición y altura, pero a la vez con enraizado descenso, a la misma realidad con exquisita capacidad de particularización hasta el mínimo detalle, en ágil ascender y descender, de tal manera que la *ciencia de lo justo y lo injusto* se ensambla con noticia de todo lo divino y humano, *hábilmente, en busca de la misma justicia consonando, con el decir de Celso, "ius est ars boni et aequi"* con

predominio de la finalidad perseguida: lo justo: “quod justum est”, siempre presente.

Y todo ello dotado de un auténtico realismo. Claro que se proclama el “sollen” (lo que debe ser), pero se conecta con lo que *es*, y se percibe y potencia la recta aspiración de equiparar en lo concreto el ser al deber ser, al “*quod justum*”.

II. Ubicación de la obra en la tripartición de la metodología jurídica

Claro que la palabra, oral o escrita, es la expresión del pensamiento, y éste anida en nuestro intelecto en su plenitud e integridad, en su posible unicidad. Pero la expresión oral o escrita, la palabra, no puede verter a la vez el contenido íntegro, sino que tiene que explicarlo, por exigencias de su propia naturaleza, por partes, una después de otra. Ello obliga a establecer un método, un orden de expresión *como ya anticipara el autor en el volumen I*.

El autor, que concibe, al igual que la Real Academia de la Lengua, en su primera aceptación, la Ciencia como “el conocimiento cierto de las cosas por sus principios y causas” y también como “cuerpo de doctrina metódicamente formado”, efectuó una tripartición al estudiar la metodología jurídica en:

1. *Metodología de las leyes,*
2. *Metodología de la determinación del Derecho,* y la
3. *Metodología de la Ciencia expositiva y explicativa del Derecho.*

A fin de “contemplar desde qué punto de partida y por qué caminos se ha tratado de transitar para elaborar esta Ciencia”.

Pues bien, el tomo que hoy se presenta está ubicado en este último sector, y se refiere a la metodología de la Ciencia expositiva y explicativa del Derecho. Y aunque como metodología o estudio del método se trate de explicar algo así, cómo y de qué manera se ha ordenado o de qué manera se ha de explicar la Ciencia del Derecho, no nos engañemos, ya que se vierte al lector y estudioso de la obra, no sólo la *manera de exponer y explicar* la Ciencia del Derecho, sino toda la misma Ciencia del Derecho y todo el mismo Derecho, redigerido por el autor. Precisamente el autor, gracias a un estudio, enseñanza y difusión profunda, y a una vida de consciente y reflexivo ejercicio profesional con sagaz contemplación inmediata de la realidad social, ha podido percibir todo el institucional pragmatismo de la Ciencia del Derecho, hacer mérito, explicarlo y proclamarlo. Por algo se honró en proclamar –y con razón– que era y es un jurista práctico, diciendo literalmente:

“Soy jurista práctico. Es bien sabido. Cualesquiera que sean mis preocupaciones, científicas, históricas y filosóficas, me considero ante todo un jurista práctico” (1).

Y lo que es aún más singular e importante: la consecución y la clara visión del ensamblaje del entrelazado profundo e indivisible entre los dos términos del artificio de la distinción entre teoría y práctica. Los jóvenes aspirantes a abogados ejercientes salen de la facultad deseando hacer prácticas, como si en la *sola* práctica rutinaria recayera la piedra filosofal. La ciencia del Derecho (así se percibe en el libro) compendia y sistematiza la experiencia de generaciones y generaciones de juristas, las diversas resoluciones judiciales, y la razón de ser de la norma y del sistema encaminado a la realización de la misma justicia en cada caso concreto. Las normas a un paso vertiginoso se reforman. Pero *la Ciencia del Derecho coaligada por la tradición jurídica permanece como fuente de inteligencia e interpretación* —ordenada a su finalidad— *de las normas en particular y del sistema u ordenamiento en general*. La Ciencia del Derecho y su metodología —en el libro— se identifica con capacidad de percepción y de entender, y de ver el auténtico *ius* en la ley, y conectar el *ius* con el *factum* concreto para alcanzar “lo justo”.

En esta determinación de la solución *justa* del caso concreto, el abogado, ora aconseje solamente (jurisprudencia cautelar), ora defienda en juicio, desempeña una importante función; y esta función no puede desempeñarla correcta y éticamente sin sumergirse intelectualmente en la misma Ciencia del Derecho y, por esta razón, el libro que se comenta es para aquél indispensable.

Cuando uno ha meditado sosegadamente el sustancioso contenido del libro adquiere —con fundamento— la firme convicción de que la norma jurídica no es propiamente, no es solamente, la expresión de un simple acto de soberanía, sino algo mucho más complejo. Cuando se ha leído el libro se comprende y se entiende (percibiendo la consiguiente iluminación), se confirma que la norma ha de considerarse en función de las demás, en función del sistema en el que todas se integran, de una manera racional y congruente y congruente también con la evolución social y el respeto a la naturaleza de las cosas, a los primeros principios, ordenado todo ello a la consecución de la justicia de cada caso concreto. En el libro se entiende que la norma es a la vez la expresión de una tendencia que se compone e integra en el todo, y es en función del todo donde, gracias a los correspondientes resortes interpretativos, puede la soberanía desplegar sus efectos, en el caso concreto.

(1) *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1980, p. 104.

Precisamente GARCÍA DE ENTERRÍA, en la contestación al discurso de ingreso del también académico Landelino LAVILLA sobre la seguridad jurídica, achaca la crisis del positivismo al casuismo en continuo movimiento de las normas jurídicas. Y el mismo autor afirmaba que los valiosos estudios de VALLET DE GOYTISOLO han contribuido –decía– a iluminar profundamente este problema. Y esto se afirmaba cuando aún no se había presentado este libro. Y es que éste es una meditada, escrupulosamente constituida, sedimentación de una vida de estudio y praxis, que en su lógica eficacia era praxis científica.

La aplicación no conflictiva de una norma jurídica es afortunadamente lo ordinario. Pero cuando se produce una disfunción de las que presagiaban desde Aristóteles hasta GARCÍA GOYENA sólo el abogado que se ha sumergido en el conocimiento de la Ciencia del Derecho está en condiciones de dar satisfacción a aquel sentimiento jurídico que se traduce en un ansia de solución específica justa para el caso concreto a la que aludía CASTÁN en su monografía sobre la “elaboración” del Derecho.

Pues bien, este estudio de la Ciencia del Derecho y la presencia iluminadora de esta finalidad perseguida e insoslayable, está viva y real, en esta obra que hoy se presenta.

Uno piensa, y permítaseme la licencia, de aludir a que en el libro-homenaje a VALLET, p. 3, aparece una poesía de Javier NAGORE cuyos tres últimos versos dicen:

“Si tu *hacer* y tu *decir*, en suma
tu vida toda es la que está *sembrada*
que segura *cosecha* verdadera.”

III. La obra como visión panorámica y pluridimensional de la Ciencia del Derecho

En el espacio, tres dimensiones son bastantes para definir un objeto en su configuración y relieve. El autor –repito– indica el método, lo aplica y difunde la Ciencia. El Derecho, como objeto material, es examinado en la obra bajo lentes diferentes encaminadas a la visión de diversos y distintos objetos formales, y desde diversos puntos de vista correspondientes a las diversas disciplinas, Derecho Civil, Mercantil, Público, Procesal, Penal, Tributario, etc. Descendiendo y determinando cómo descender hacia la visión de las más vivas singularidades, ora en su aspecto estático, podríamos decir *anatómico*, ora dinámico o fisiológico, ora examinando la naturaleza, esencia y diversidad de las *relaciones* jurídicas, ora de las ins-

tituciones, ora *del ordenamiento* jurídico, *del sistema en su conjunto*, ora examinando *el engarce entre el Derecho y el hecho* en el más amplio sentido, comprendiendo los hechos y los actos jurídicos y dentro de ellos el negocio jurídico contempla, expone, hace más inteligible y explica, todo ello, manteniendo siempre la ponderación de la finalidad perseguida que es la realización efectiva, el alcance real de la misma justicia en el caso concreto. A través de esta profunda visión pluridimensional en conexión insistentemente guardada y mantenida con la realidad vital misma de la vida, la obra genera una elevación que permite la contemplación *panorámica* de este fenómeno humano tan apasionante, singular y admirable, como es el Derecho en su conjunto. Y esto sólo puede escribirse cuando se está dedicando una vida al estudio y a la erudición –Ciencia– y se ha penetrado en las entrañas mismas de la vida, viviendo en ella el Derecho, haciendo Derecho, sintiéndolo y palpándolo táctilmente, y recibiendo –repito– el aleccionador contacto, siendo protagonista de las consiguientes vivencias, bajo la iluminación de la Ciencia. Sin ella, la vida se ve, pasa, pero no se comprende la inmensa riqueza que contiene, con sus delicados matices.

La Ciencia sólo estudiada en los libros da una visión *planimétrica*, *plana*, *en blanco y negro*, incolora. Sólo la solución concreta es aspirable, sólo puede ser *captada*, *situada* y *percibida* cuando se ve el Derecho *panorámicamente* y se sabe dónde uno ha de dirigirse; y con este previo conocimiento orientativo, se puede entonces descender a la última singularidad y entender lo que es, e intentar que este ser (*sein*) coincida con aquello que debe ser (*sollen*).

Así el abogado no inicia su estudio de la singularidad a ciegas, sino que tras percibir en su visión panorámica el sector jurídicamente sensible al caso y localizarlo, puede detallar, concretar, relacionar, suplir, cohonestar, tal como el libro le explica en docta asistencia; puede en fin utilizar inteligentemente todos los resortes lícitos que conducen a una justa, no inícu, solución del caso concreto.

Claro que la obra en su enjundia y complejidad no será nunca un divertimento vano. Requiere una asimilación consciente, reflexiva y profunda. La obra proporciona, no sólo una visión desde la atalaya de la Ciencia (para percibir el conjunto), sino también capacita para percibir hasta el más mínimo detalle, para captar no sólo la *natura rerum*, sino asimismo la *natura rei* de la cosa, de la actuación concreta, definidora.

Permítaseme la licencia de ponderar la visión de un abogado ante la obra. El letrado, colocado en el huracán de la conflictividad íntimamente relacionada con el HECHO y la interpretación de la norma vigente (*en realidad del ius, no sólo de la lex*) recibe siempre dos demandas fundamen-

tales. Se le pide que se pronuncie ante un conflicto estallado o a estallar, y que diga quién ganará, eso sí, *oyendo sólo a una parte*. Se le pide que haga una determinación concreta, es decir, que genere “jurisprudencia cautelar”. Y se le pide, en medio del propio estrépito judicial, que consiga la satisfacción de una pretensión justa. Lo primero exige un previo saber a qué atenerse: seguridad jurídica. Lo segundo, conseguir que la pretensión justa sea acogida.

Cuando el letrado se halla ante una situación concreta donde la norma o combinación de normas generan un resultado injusto (es raro, pero acaece), el letrado, si sólo conoce la norma en su unidad, y no tiene una visión “*no en lugar de*”, sino “*también*” del *conjunto* (como diría FIGA al proyectar sobre el Derecho las teorías de los conjuntos), no puede elevarse, para justificar una interpretación que, lejos de poder ser entendida como contraria al sentido de la ley, sea congruente con ella y con el conjunto del ordenamiento jurídico (al que el título preliminar hace diversas llamadas directas o indirectas). Los grandes éxitos del letrado siempre han partido de esta penetración en la misma intimidad del Derecho, concebido *estática y dinámicamente* (como dice IHERING y se expresa en el libro), con visión, pues, anatómica y fisiológica, es decir, como está concebido y como funciona (en sentido funcional). Sólo así se alcanza eruditamente la eficaz praxis misma. Y es esto lo que la obra proporciona. Y este tomo que comentamos –insisto– es pues aún más que una metodología de la Ciencia del Derecho, pues el autor, para explicar la metodología de la Ciencia, vierte la misma Ciencia, de forma tal que agota humanamente la misma Ciencia del Derecho.

Efectuando el esfuerzo de asimilación de la obra, está el letrado en condiciones de ser *genial* servidor de la justicia del caso concreto; porque, esto, la justicia del caso concreto, es la misma Justicia encaminada a aquello y formándose así, y preparándose así, es *capaz de conocer tan perfectamente el conjunto hasta tal punto que podrá entender bien el caso*, asimilarlo, tratarlo y justificar jurídicamente la solución justa, y en su caso alcanzar, gracias a la casación, y mediante la jurisprudencia, a *complementar* así (2) el ordenamiento jurídico.

Claro que el profesional letrado está inmerso en la vida misma. Pero esta vida, su riqueza, sus matices, su sentido, no se perciben, ni asimilan, ni permiten construcciones con sentido jurídico útil, si no se tiene una am-

(2) Vid. artículo 1.º CC. Como dijera HERNÁNDEZ GIL, el artículo 1.º dice “complementar”, no “completar”. Vid. *Ciclo de Conferencias sobre el nuevo título preliminar del CC*, edición de los Ilustres Colegios Notarial y de Abogados de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación, Barcelona, 1975. Sobre la génesis del nuevo título preliminar del CC, vid. VALLET DE GOYTISOLO, contestación al discurso de ingreso de PINTÓ RUIZ en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1999, p. 209.

plia visión panorámica del Derecho que permita observar que la disfunción parte de aquel defecto que se otea y sitúa en el horizonte jurídico, porque se dispone de esta visión panorámica y pluridimensional que le conduce a indagar de nuevo el detalle y el argumento pertinente.

Con la asimilación y redigestión de la obra cobra sentido la eficacia de este *vigía interno* que todo jurista lleva dentro (que es más que intuición, correcta asimilación de datos, informaciones, conocimientos científicos –ciencia del derecho– y experiencia) y que –repito– CASTÁN llamó *sentimiento jurídico*, que difícilmente debemos contrariar.

La obra está en las *antípodas* de conducir hacia una ilógica antítesis entre ciencia y práctica. La Ciencia del Derecho sirve, está encaminada, marcha hacia –nos lo dice el autor– la misma práctica. Claro que la práctica real opera si es una práctica docta y erudita. La erudición, más que sólo hacerle bien, es la misma causa configurante de los especiales resortes jurídicos necesarios ante una especial singularidad, sobre todo si la Ciencia del Derecho se *concibe, entiende, estudia y comprende* con el método que la obra patrocina.

Finalmente, el letrado ha de tener siempre presente aquella admonición que aparece en la página 940 de la obra de VALLET cuando añade a una definición del Derecho Civil (evidentemente alusiva al derecho natural) de DE CASTRO el siguiente párrafo:

“... dentro del orden que para determinar sus fines resulta de la naturaleza de las cosas, por la que debe guiarse la intelección y la delimitación de sus elementos mediadores al servicio del bien común (general, local y de cada cuerpo social) y del propio de cada familia y cada persona estimados EN UN PONDERADO EQUILIBRIO.”

Aunque la definición alude al Estado como sancionador del Derecho Positivo, resalta aquí la llamada a este *ponderado equilibrio*, que ha de vivir en cualquier solución que se proponga, o en la perfección de cualquier contrato que se redacte (ley entre las partes). *La experiencia enseña que, cuando se configura una relación jurídica con grave lesión a este equilibrio, siempre termina mal. Es la voz silenciosa (cuyo sentido se advierte en las consecuencias) de la potencia de la naturaleza de las cosas. Quien la contraría, de una u otra forma lo paga.*

Y esto también lo aprende el letrado en el libro. Al fin y al cabo, la consideración misma del caso concreto, de la vida, la equidad, generó el derecho honorario de los romanos: “QUOD PRETORES INTRODUXERUNT ADIUVANDI, VEL SUPLENDI, VEL CORRIGENDI IURIS CIVILIS GRATIA, PROPTER UTILITATEM PUBLICAM” (D.I,1,7,1 PAPINIANO). Y este derecho honorario es

nada menos, según dijera MARCIANO: “VIVA VOX EST IURIS CIVILIS” (D.I,1,8 MARCIANO).

La obra es indispensable para el letrado. Le introduce en el instrumento erudito de la Ciencia del Derecho y le hace ver que esta ósmosis bilateral recibe y da a la vida aquella riqueza tan varia y heterogénea que es ínsita en su misma naturaleza, la naturaleza de las cosas.

IV. Visión enunciativa de su contenido específico

Penetra en el estudio de las RELACIONES JURÍDICAS descendiendo de una visión *panorámica*, que permite ver el lugar del sector incidente que es de interés, y DESCENDER a él rápida y certeramente, no a ciegas, para obtener ya *in situ* una acertada visión *microscópica*.

Estudia diversas clases de relaciones, con profundidad filosófica, jurídica y real en sí mismas y bajo objetos formales diferentes, puntos de vista diversos, “lentes”, como dice el autor, distintos, que proporcionan una visión poliédrica completa en función de las diferentes disciplinas jurídicas. El libro, en cada una de tales disciplinas, desciende –repito– de la citada visión panorámica hasta la citada microscópica. Así, *ad exemplum*, advierte con minucia y detalle el problema de los límites del Derecho mercantil, y la permeabilidad de sus fronteras (3), captando la incidencia e in-

(3) Como dice el autor del libro –pp. 1077 y ss.–, GARRIGUES, después de echar una ojeada a la que él denomina crisis del derecho mercantil, a los límites del derecho civil y del derecho mercantil, al derecho mercantil como categoría histórica y a la autonomía del derecho mercantil, constata que se produce el doble fenómeno concurrente de la generalización del derecho mercantil y de la comercialización del derecho civil.

También cita a FIGA FAURA (p. 1079) diciendo: “Observa que el *quid* de la cuestión está en la pretendida identificación de las expresiones «operación comercial» y «acto de comercio», y, en consecuencia, en la falsa consideración de que todo acto considerado de comercio es una operación comercial, y viceversa, siendo así que «la única razón que puede justificar una normativa especial distinta de la civil» es el hecho de que algo sea una «operación comercial» en sentido económico. Lo cual conlleva un carácter «subjetivamente relativo del acto de comercio». Razón por la cual precisa que «tanto el criterio objetivo necesita de un complemento subjetivo como el criterio subjetivo exige un apoyo objetivo».

La regla general que Luis FIGA formula es que «cualquier contrato será mercantil si se realiza entre comerciantes con carácter principal o accesorio de su actividad personal», y que, en los supuestos no incluidos en la regla general, la ratio por la cual pueden considerarse de comercio unos actos en los que interviene un no comerciante es la de favorecer a éste. Recordemos que se trata de un consumidor que se halla frente a quien conoce su oficio y lleva la iniciativa.

Comerciante es un profesional del intercambio. Para él las cosas no son objeto de uso y disfrute para necesidades vitales, sino de negociación con su intercambio. El comerciante opera, no sólo sobre una ganancia ya obtenida, sino con el crédito para obtenerla, procedente de otra operación anterior. Para ello, el instrumento más adecuado es la letra de cambio, mediante la cual

vasión de normas diversas, que al proteger al consumidor o al servicio de la protección de otros intereses agranda el contenido, advirtiendo el autor *ad exemplum* el hecho real, del crecimiento de la edición de CIVITAS hasta un grosor notable, del Código de Comercio de su Biblioteca de Legislación, así como también la expansión *ad extra* íntimamente relacionada con el contenido u objeto del mismo derecho mercantil que analiza meticulosamente a la luz de las diversas teorías, aludiendo a FIGA, que no cesaba de defender que las singularidades del Derecho mercantil (que tienen su razón de ser en la necesidad de constituir un estatuto especial que los comerciantes precisan para ejercer el comercio) no se extendieran a regulaciones sitas fuera del mismo comercio, aunque formalmente se utilizaran instrumentos propios de los actos mercantiles, y así se lamentaba de que una letra de cambio aceptada en pago del precio aplazado por el comprador de un piso para usarlo él mismo, para quedárselo o retenerlo, obstara a que tal comprador (si la letra fuera endosada válidamente) pudiera oponer excepciones causales, como por ejemplo si el piso en cuestión no llegara a construirse. Es bien patente la destacada actualidad de la obra y la extrema minuciosidad expositiva de ella. También contempla *ad exemplum* el problema nada baldío y de enorme trascendencia práctica acer-

puede ser cedido a tercero el crédito, convertido en abstracto, en el que juega el mecanismo solve et repete."

Y añade: *Lo que propugna FIGA es que, en la vida civil, no se impongan normas mercantiles en perjuicio de los no comerciantes. Ésta sería –repito– la mejor defensa del consumidor, hoy tan puesta de moda, tal vez como reacción contrapuesta a los efectos de aquella evasión, pero olvidando cuáles son sus causas, y la necesaria corrección de éstas, que probablemente evitaría la consiguiente invasión, que se produce, de la intervención estatal que conlleva la Ley sobre condiciones generales de la contratación de 13 de abril de 1998.*

La relación derecho civil-derecho mercantil, más concretamente derecho de obligaciones (o si se quiere Derecho de contratos – Derecho mercantil), constituye un persistente problema de delimitación que incluso ahora es de evidente actualidad. Véase si no en el número de diciembre de 2003 del *Anuario de Derecho Civil (ADC)* el artículo de Díez-PICAZO titulado "Reforma de los Códigos y Derecho Europeo". Como allí se dice: "*Para contar las cosas tal como fueron, tengo que situar el motor de lo que luego han sido los trabajos de reforma en la sobresaliente personalidad del presidente de la Sección Tercera –mercantil–, el profesor A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, quien con el voto favorable de la Sección propuso hará ahora unos seis años una reforma que comenzará a aproximar entre nosotros en materia de Derecho de Contratos la legislación civil y mercantil. Según esto, toda materia de obligaciones y contratos pasará a ser objeto de Código Civil y el Código de Comercio, si alguna vez se rehace, contendrá una regulación del Derecho de sociedades, del estatuto jurídico del comerciante o empresario, el Derecho de títulos-valores y el Derecho concursal. La propuesta fue empezar por una regulación unitaria del contrato de compraventa para lo que ofrecía un marco especialmente idóneo el Convenio de Viena, de 1980*".

Finalmente, VALLET advierte con GARRIGUES que la delimitación hay que buscarla en la misma *esencia del derecho mercantil*, la cual se descubrirá analizando las peculiares esencias vitales que reclaman un derecho especial. Sólo una *diversidad* de exigencias vitales puede *justificar* una diversidad de *ordenamientos jurídicos*.

ca de si cuando el artículo 7 de la LSA de 22 de diciembre de 1989 dice: “con la inscripción adquirirá la Sociedad Anónima su personalidad jurídica”, resulta que antes de inscribirse NO existe como tal persona jurídica, o si, por el contrario, sólo significa que con la inscripción nace su cualidad de SOCIEDAD ANÓNIMA, SU PERSONALIDAD COMO TAL, pero, desde su misma constitución al otorgarse la escritura, YA ES PERSONA JURÍDICA, ya existe como tal, con el carácter genérico referido en los artículos 35, 36 y a contrario sensu 1.669 del CC; preexistencia sostenida por FIGA y por el mismo VALLET.

Estos particulares se mencionan aquí sólo enunciativamente, como la *punta misma del iceberg*, pues el autor (precisamente hablando de relaciones de derecho público, pues a este sector pertenece la función registral) alude abundantemente a las opiniones de distintas escuelas, de tal manera que la erudición propia de ellas y la del mismo autor ponen a disposición del estudioso y del práctico un problema concreto, un medio respectivamente de investigación y concreción del Derecho extraordinario (4).

Seguidamente estudia las *instituciones jurídicas*, observadas en perspectivas diferentes, siendo de interés el estudio de su función práctica y su función teórica. VALLET observa la institución y su incidencia e influencia en el *legislador*, en la *interpretación* de la Ley, en la *formación de ju-*

(4) Vid., por ejemplo, la crítica de VALLET (p. 901) a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1997, que había rechazado la inscripción de unos bienes de una sociedad civil (y constituida en forma civil) por considerar a ésta sin personalidad jurídica, carente de inscripción en el Registro Mercantil. Dice VALLET: “Aparte de la ilegalidad de ese frustrado precepto reglamentario, la simplicidad de su contenido era propia de quienes cuadrículan todas las instituciones jurídicas, haciéndolas rígidas e incommunicables. Actitud que es metodológicamente regresiva, al retroceder a un superado conceptualismo dogmático, e ignorar el progreso científico que ha significado la configuración por tipos, flexibles, al admitir un más y un menos —y no sólo es o no es— y por permitir pasar insensiblemente de unos a otros tipos, formando series de tipos a su vez flexibles.

La referida Resolución y el indicado precepto reglamentario frustrado pretendían, además, afirmar el carácter constitutivo de la inscripción de las sociedades de toda clase y negar radicalmente personalidad a las que no lo estén. Por ello, trataban de impedir la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes pertenecientes a las sociedades civiles, a pesar de que, según el artículo 2 c., se pueden inscribir en el Registro Mercantil entidades que carecen de ella, como las comisiones de acreedores en quiebras y suspensiones de pago, los fondos, sean de inversión interior o exterior, o de titulación hipotecaria o de titulación de activos, y las anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal”. Otra vez luce la visión pragmática de VALLET, tan útil al profesional abogado.

El mismo VALLET expresaba que “Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, presidente de la sección de derecho mercantil de la Comisión codificadora, confesaba en su conferencia «Sociedad anónima e inscripción en el registro mercantil», I, AAMN, XXX-I, pp. 19-20: «antes de la inscripción podremos estar ante una sociedad en formación o ante una sociedad irregular, pero no ante una sociedad anónima nula»”.

risprudencia cautelar, en la propia *jurisprudencia* (jurisdiccional), y así en la formación de la complementación consiguiente y acaso, a través de ella, de nuevo en la legislación.

La función *del sistema* y el ordenamiento jurídico son a su vez estudiados profusamente. El sistema surge de la realidad estructural formada por el conjunto de las instituciones jurídicas vividas (5).

No puedo extenderme, pero sí hacer constar la fuerza de las instituciones “vividas”: la escuela histórica, la cita de Gregorio ALTABA, “El paisaje como fuente del Derecho” (6). Diversas instituciones, su normativa, sus respectivos problemas, son analizados con la minucia y precisión habituales.

Estudia también, bajo un aspecto funcional, el sistema institucional como propio de cada país.

(5) VALLET, en la p. 1307, dice: “Parece que fue SAVIGNY quien primero explicó –en el texto antes referido, al que volveremos después– lo que se entiende por sistema jurídico, enfocándolo como una construcción teórica sistemática, explicativa de la realidad estructural, formada por las instituciones jurídicas vividas.

Sin embargo, los romanistas modernos han considerado que, en ese mismo significado dado por SAVIGNY, cabe decir que ya en el período clásico del derecho romano se elaboraron sistemas. Así WIEACKER, en su discurso de investidura de doctor honoris causa por la Universidad de Barcelona, habla de los «sistemas» de QUINTO MUCIO SCAEVOLA, de SERVIO y de SABINO, que dice se hallaban basados en «conexiones objetivas», aunque estuvieran vinculados al programa de las XII Tablas. Y añade que es notorio el empeño que, como tarde, desde QUINTO MUCIO hubo de aprovechar las enseñanzas de la filosofía y teoría de la ciencia griega, expuestas por PANECIO en el llamado círculo de los Escipiones, como se observa en la clasificación de los genera de MUCIO, de SERVIO y de todos los que les siguieron, dándoles una ubicación aunque quedasen como islas en el mar de la jurisprudencia”. Finalmente concluye: “Pero todos los sistemas antiguos y el plan del Code civil fueron modificados en el sistema de SAVIGNY, que ordenó el derecho civil en: parte general, derecho de obligaciones, derechos reales, derecho de familia y derecho de sucesiones. Este sistema de SAVIGNY se impuso en casi todos los tratados de derecho civil y en los planes de enseñanza de este derecho, salvando que el Código civil español, el primer Codice civile en Italia y la gran mayoría de los códigos continentales se aproximaron al de Francia”. Sobre el “derecho institucional”, *vid.* –con explícita mención de ROCA-SASTRE– pp. 1316 y ss.

(6) En la p. 1318 VALLET expresa que: “Por esa relación con la naturaleza física del país, Gregorio DE ALTUBE, contemplando la tierra llana de Vizcaya –donde la ley escrita no encorseta los hábitos y las costumbres–, pudo enunciar: «El paisaje como fuente del derecho», poniéndolo por título a una conferencia, lamentablemente inédita, que pronunció en la es así en esa tierra”. Esto sugiere, por ejemplo, que en Cataluña, en las comarcas más altas, montañosas y de tierra más ingrata, el hijo, para quedarse en el agro conviviendo y entregando su vida –y la de su esposa– a la dureza de la vida rural obtenía una donación de presente, o por lo menos una institución contractual (capitular) de heredero irrevocable; cuanto más hacia el sur, la tierra ya es más llana y un poco más fecunda, se conformaban con el anuncio y otorgamiento de un testamento revocable, y en las tierras más feraces y fecundas la confianza bastaba.

No hace falta decir todo el detalle, toda la información bibliográfica, toda la cita de jurisprudencia que abunda ordenada y sistemáticamente en la obra. No solamente sobre este tema, citado a título de ejemplo.

En el título IV (“Elementos funcionales o dinámicos contemplados por la ciencia del Derecho”) —no se aleja el autor de SAVIGNY, quien proclama la tripartición: hechos jurídicos instituciones de derecho y sistema de instituciones— incluye el estudio de los elementos funcionales o dinámicos contemplados por la Ciencia del Derecho, donde el Derecho, en conexión con la vida, en funcionamiento es *cinéticamente analizado*. Conforta la precisión con que *se trata el hecho, el hecho jurídico*, y el diálogo *osmótico hecho-derecho* en su profundidad, narrando a través de su propia visión y de la de diversos autores el relieve y lo mucho que se extrae de una norma jurídica en vigor. Cuando se la relaciona con hecho determinado y concreto se ven detalles, aristas, significaciones y a su vez el hecho enriquece osmóticamente la norma; y es que el hecho cobra relieve fáctico, muestra recovecos que la *lummens mentis* de quien tiene presente la norma le proporciona (7).

Actos y negocios jurídicos, con todos sus problemas y siempre bajo esta visión dualista-realista, presente la naturaleza de las cosas, siguen informando al lector.

La consideración de la *visión tipológica* de la realidad prosigue ilustradora. Otra vez la configuración legal y científica del tipo se pone en relación con la misma realidad para colegir la exigencia, al menos en el Derecho privado, de que los tipos deben ser fluidos y flexibles (8):

(7) En la p. 1718 dice VALLET: “Pero —según advirtió Antonio HERNÁNDEZ GIL, 104—, «la conexión hechos-derecho no es una nueva operación de ensamblaje de aquéllos, ya establecidos, y éste, el derecho, ya determinado». Es necesaria «una labor de aqulamiento y de precisión. Las piezas han de ser puestas en disposición de integrarse. La acomodación presupone el reajuste. El derecho no es un troquel uniforme. Los hechos han de ser condensados y definidos en su dimensión jurídica. Este ensamblaje o conexión (...) no es el primer encuentro de los hechos con las normas, aunque sea, ciertamente, el decisivo y no es un mero encuentro —un choque o una tangencia— porque la acomodación de los factores supone una última y definitiva decantación al nivel de la correspondencia que, a su vez, se desarrolla en diversas fases». Y continúa VALLET: “Aquí nos hallamos, ya, ante la fase final de calificación que requiere una previa formulación de la quaestio, que comprenderá normalmente varias preguntas para que, respondiendo a ellas, podamos establecer cuáles son las consecuencias jurídicas, tanto si se efectúa esta formulación para determinar negocialmente una res iusta o bien para decidir quod iustum est en el caso conflictualmente debatido”.

(8) En las pp. 1646 y 1647, dice VALLET: “Mientras que, en un sistema conceptual abstracto, el concepto «no conoce ningún más o menos», sino sólo un «o esto o aquello», en cambio —como indica LARENZ—, en la consideración tipológica, el giro «más o menos» hace referencia inequívocamente a esa variabilidad, pues los tipos son «fluidos» «a causa de la variabilidad de sus elementos», y, por ello, «pueden transformarse unos en otros», y esa transición entre los tipos es, «una vez más, fluida».

Como hemos dicho antes, tipificar las instituciones consiste en diseñarlas jurídicamente, explicar aquello que les es natural y habitual, de modo tal que no se las encierre en el tipo configurado, sino que éste quede abierto a variaciones, siempre posibles, mostrando aquello que les es natural y distintivo, tanto respecto de los tipos más generales como de los derivados de éstos,

Sigue con la interpretación que constituye una pieza maestra (9) SIEMPRE PRESIDIDA POR LA CONSIDERACIÓN de la finalidad perseguida que es la justicia del caso, la interpretación de la norma del mismo negocio jurídico y, penetrando en la función dinámica, reconsidera magistralmente la equidad. Esta finalidad (*quod justum*) es la estrella polar orientadora. Pero, entiéndase bien, no una, estrella polar, sino una especial para cada caso cuyos perfiles hay que determinar. VALLET, siguiendo a LARENZ, sostiene que es lícito “someter a la Ley a la tendencia de facilitar soluciones que satisfagan la justicia”, aunque fuere mediante un “rodeo” legitimador. Si se leen las SS del TS de 23-3-1950, 26-11-1929, 24-1-1970, 5-11-1985 (Sala de lo Social) y 24-6-1994 (Sala de lo Penal) puede sostenerse que en el fondo esta tesis –muy semejante a la que sostenían y practicaban los juristas del *mos italicus*– no está alejada de la doctrina jurisprudencial española.

Sigue bajo la óptica del sistema DINÁMICAMENTE considerado el estudio de la función notarial, de la del abogado, y de la función judicial, tan de actualidad que *ad exemplum* incluye el tema “la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*” expresados en la sentencia. Tema también tan vivo y significativo, tan de hoy, que hace escasos meses el magistrado Sr. MARINA MARTÍNEZ-PARDO hizo de esta cuestión el tema de su docto discurso de ingreso, discurso que muestra significativas resonancias con el espléndido tratamiento del libro (10).

Yo resumiría las profundas conclusiones finales del libro, pero no puedo sustituir la precisión y plenitud conseguida en su sobriedad final.

Pero no puedo dejar de insistir, atendido el particular punto de vista de ésta, mi modesta presentación, en lo siguiente:

- A) Que la Ciencia del Derecho es una ciencia *práctica*, al servicio de la realización de lo justo, es decir, “*el arte de lo justo*” (CELSE) y

e incluso de los más específicos. A modo de muestra, expongo allí, cómo se tipifica una serie de figuras de donaciones y de usufructos, comenzando por las que pueden denominarse puras; es decir, todas las respectivas variedades de éstas que cabe ir tipificando.

La tipificación de cada una de las instituciones y de cada serie de tipos institucionales –aun reconociendo su fluidez– tiene gran importancia, tanto teórica como práctica, para diferenciar debidamente las instituciones típicas y las atípicas que les son afines –genética, estructural o teleológicamente– y para su respectiva utilización.”

(9) Sabido es que la obra proporciona una valiosísima fuente de información bibliográfica, aunque en sí misma ya contiene la exposición precisa y completa. Lo mismo hace el autor con su propia obra, de tal manera que, además de su interesante exposición-extracto, siempre aparece la cita oportuna que permite al lector acudir a la obra específica del autor; y sabido es que toda la obra de VALLET es incidente plenamente en la que comentamos.

(10) MARINA MARTÍNEZ-PARDO: “Labor del juez: Precedente *Ratio Decidendi*, *Obiter Dictum*”. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 2004.

por esto la *metodología explicativa de la Ciencia del Derecho*, es la ciencia que estudia críticamente cómo debe hacerse ciencia del Derecho, y por qué caminos se debe avanzar, explicándola sistemáticamente, siempre con los ojos puestos en lo que en su práctica han ido construyendo los jurisperitos, sin olvidar el carácter informador de lo natural y los primeros (previos) principios.

- B) Debe construirse (además de ponderar los conceptos y conocimientos generales que nutren, pero no bastan, pues las premisas mayores son más que universales, sólo generales) observando los tipos que se dan *en la realidad social* en todos sus aspectos para así integrar la Ciencia del Derecho en su aspecto funcional y estructural.
- C) Y así en el libro no sólo se explica la metodología, sino que se aplica y ofrece una obra de vasta extensión horizontal, y también en la que aparece además estudiado, sistematizado y extraordinariamente clarificado el conocimiento práctico de la determinación del Derecho.

Este final espléndido y compendioso, CONCLUSIONES METODOLÓGICAS, da definitivo relieve a este monumento, que con unción y humildad me he atrevido a comentar, bajo el punto de vista pragmático, como visión propia del soldado de infantería, del abogado en ejercicio, o soldado desconocido de la jurisprudencia, como nos llamara SOTO NIETO (11).

(11) SOTO NIETO: "Meditaciones sobre la abogacía", *RJC*, Barcelona, 1969, p. 967.

**LA CIENCIA PRÁCTICA Y LA CIENCIA FORMAL
DEL DERECHO NOTARIAL A TRAVÉS
DE LOS CONCEPTOS CLAVE DE RELACIÓN
JURÍDICA, INSTITUCIÓN Y SISTEMA,
EN LA TERCERA PERSPECTIVA
DE LA METODOLOGÍA DEL DERECHO
DE JUAN VALLET**

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS
*Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación.
Notario Honorario*

1. Introducción

Hoy es un día grande para el Consejo General del Notariado y para el Colegio Notarial de Madrid, que han convocado este acto; para todos nosotros, que de una u otra manera participamos en él; y para los juristas en general. Porque con la presentación de este libro celebramos también la culminación de una empresa que Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO inició hace cerca de veinte años, cuando impartió un Curso de Doctorado (1987-1988) en la Universidad de Comillas sobre *Metodología Jurídica* que, desarrollado por escrito, publicó el mismo año 1988 en Monografías Civitas.

En esta obra formulaba VALLET una “triple perspectiva” para su Metodología del Derecho, que a manera de riguroso programa ha venido cumpliendo paso a paso: primera perspectiva, *Metodología de las Leyes* (1991); segunda perspectiva, de carácter central, *Metodología de la determinación del Derecho*, con un primer tomo de “Perspectiva Histórica” (1994) y un segundo de “Parte Sistemática” (1997); y tercera perspectiva, *Metodología de la Ciencia expositiva y explicativa del Derecho*, con un primer tomo, *La Ciencia del Derecho a lo largo de la Historia* (2000) y un segundo tomo de *Elaboración sistemática*, comprensivo de dos volúmenes, publicados en 2002 y en 2004.

Este tomo segundo, en sus dos volúmenes, constituye el concreto objeto de esta presentación; pero es evidente que también celebramos la “Metodología Jurídica” de VALLET en su conjunto, aunque la generalidad de los tomos precedentes fueran ya presentados en su día en esta misma Sala. *Finis coronat opus*; una interpretación malévola, maquiavélica –el fin justifica los medios–, ha monopolizado esta máxima; pero su sentido literal es muy otro; aunque la obra “imperfecta”, “inacabada”, también pueda tener su valor, e incluso su belleza, lo que realmente corona una obra es su terminación.

Especialmente me corresponde tratar de los aspectos notariales de esta *Elaboración sistemática* de la *Metodología de la Ciencia Expositiva y Explicativa del Derecho*, de Juan VALLET. Tales aspectos aparecen continuamente a todo lo largo y todo lo ancho de la obra; no en vano Juan VALLET es notario y ha vivido el Derecho desde la profesión de notario durante más de cuarenta años; pero tengo que limitarme, y no puedo tampoco repetir temas como la “Determinación negocial del Derecho” o la “Determinación notarial del Derecho”, que he abordado en anteriores presentaciones, ni apreciaciones que en ellas he formulado (1). Me voy a ocupar solamente, por ello, de la tensión en el Derecho notarial entre ciencia formal y ciencia práctica, desde la perspectiva de la Ciencia expositiva y explicativa del Derecho de Juan VALLET; lo que me servirá también para resaltar algunas líneas fundamentales de su construcción.

2. Los tres conceptos clave

El entronque de la ciencia del Derecho notarial en esta obra monumental no es único, sino que aparece en los tres conceptos clave que sustentan todo el edificio, los de relación jurídica, institución y sistema. Estos

(1) Publicadas en la *Revista Jurídica del Notariado*, números 12, octubre-diciembre 1994, pp. 327-32; 23, julio-septiembre 1997, pp. 247-55; y 38, abril-junio 2001, pp. 394-402.

conceptos habían sido ya depurados por VALLET en *La ciencia del derecho a lo largo de la historia* (núm. 93), y ahora en la *Elaboración sistemática*, persiste como es lógico en tal planteamiento (núm. 107), concediéndoles una gran transcendencia sistemática. Señalemos un carácter esencial, común a todos ellos; su fluidez, su elasticidad, exigidas por una metodología realista, como la de Juan VALLET, siempre orientada a la determinación de la *res iusta*, de lo que es justo en cada caso concreto, *id quod iustum est*.

a) Relación jurídica.

“Por mi parte –nos dice–, para enfocar el derecho vivido tomo por base la relación jurídica en lugar de partir de la noción de derecho subjetivo ... hablo de relaciones personales y relaciones reales, en lugar de derechos de crédito y derechos reales; empleo ... derecho ... de cosas en lugar de derechos ... reales; digo garantías reales en lugar de derechos de garantía ... La expresión *relación jurídica* resulta, por lo demás, suficientemente amplia y flexible y, como tal, comprensiva” (núm. 113, p. 586). “La amplitud, generalidad y flexibilidad de la locución relaciones jurídicas, no solamente da lugar a que no se aislen unas de otras al clasificarlas, sino de que, asimismo, permite comprender que puedan interpretarse, coexistir unidas, pasar flexiblemente de una clase a otra, y que, a su vez, unas clasificaciones se interfieran y superpongan con otras” (núm. 114, p. 586). Buen ejemplo de esta postura es su criterio de prescindir de la distinción entre *Derecho público* y *Derecho privado*, frente a la que cree conveniente comenzar por un análisis estructural que, como primera perspectiva, “trata de *diferenciar las relaciones jurídicas*, y atiende para ello a quiénes son sus sujetos y a cuál es el tipo de la relación” (núm. 116, p. 612), para llegar a la distinción, como luego veremos, entre relaciones jurídico-políticas (núms. 124 y ss.) y relaciones jurídicas civiles (núms. 136 y ss.). Y también su crítica, tan antigua, de la distinción radical y absoluta entre derechos reales y derechos personales, que debe sustituirse por la observación flexible de las relaciones de persona a cosa y las relaciones entre personas (núm. 113).

b) Institución.

“Las instituciones jurídicas constituyen el segundo de los elementos estructurales que, conforme a la metodología realista por la que hemos optado, según hemos visto y seguimos razonando, la ciencia del derecho debe estudiar” (núm. 147, p. 1233); aquí no nos ocupamos de las instituciones como elementos básicos en las metodologías de las leyes y de la

determinación del derecho, sino sólo de su función de elementos estructurales de una metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho, que para cumplir ambas funciones necesita contemplarlos. = Bajo esta perspectiva debemos comenzar por advertir que con la misma palabra, institución, se expresan los dos significados que, en italiano, se especifican respectivamente con los términos de *istituto* e *istituzione*. Este segundo corresponde al de institución que hallamos en HAURIUO y en RENARD (p. 1234). En cambio, el significado expuesto por SAVIGNY –que aquí seguimos– no enfoca la institución como una entidad u organismo social, sino más ampliamente, como una figura jurídica, según la empleó ROCA SASTRE (p. 1235).

La ciencia del derecho tiene una función tipificadora de las instituciones y ha de partir de una visión tipológica de la realidad (núm. 214, p. 1645) y no de un sistema conceptual abstracto (p. 1646): “tipificar las instituciones consiste en diseñarlas jurídicamente, explicar aquello que les es natural y habitual, de modo tal que no se las encierre en el tipo configurado, sino que éste quede abierto a variaciones, siempre posibles, mostrando aquello que les es natural y distintivo, tanto respecto de los tipos más generales como de los derivados de éstos, e incluso de los más específicos ... La tipificación de cada una de las instituciones y de cada serie de tipos institucionales –aun reconociendo su fluidez– tiene gran importancia tanto teórica como práctica, para diferenciar debidamente las instituciones típicas y las atípicas que les son afines –genética, estructural o teleológicamente–, y para su respectiva utilización” (p. 1647). También para su “ordenación orgánico-sistemática” (núm. 215, p. 1647); pero como las clasificaciones que expone “muestran perspectivas diferentes, resulta posible –y así es– que unas clasificaciones se entrecrucen con otras, de modo tal que no parece fácil agruparlas en un solo árbol, aunque, por otra parte, los troncos de unos se junten a los de otros y unas ramas con otras” (p. 1647). Pero siempre “debemos considerarlas en la vida jurídica, sin construcciones lógicas ni científicas, sino con una perspectiva crítica de su justa configuración negocial o conflictual” (p. 1651).

c) Sistema.

El tercero de los conceptos clave de la ciencia expositiva y explicativa del derecho es el de *sistema* interno del derecho de cada país, en sus aspectos estructural, estático, y funcional, dinámico, “como el entramado de las distintas instituciones que lo integran en cada una de las relaciones jurídicas que en él se contemplan” (núm. 107, p. 551); “sistema jurídico puede significar: 1. El conjunto de principios y reglas o normas sobre materia de derecho enlazados entre sí (*ordinatio* u ordenamiento...). 2. El

conjunto de instituciones que, relacionadas entre sí, contribuyen a mostrar el derecho de un determinado pueblo (sistema jurídico estructural). 3. El conjunto de organismos jurídicos por medio de los cuales se realizan las funciones jurídicas (sistema jurídico-funcional o dinámico). = Pues bien –conforme a una metodología realista–, el sistema estructural y el sistema funcional del derecho son previos y constituyen el fundamento de los sistemas de leyes o normas. Consiguientemente aquellos sirven para inspirar, primero, y para inteligir, después, al último” (núm. 158, p. 1290). Y observa: “Los significados estructural y funcional o dinámico de la palabra sistema ... no expresan dos sistemas distintos, sino dos aspectos o perspectivas del mismo sistema jurídico de instituciones. Desde el primer aspecto se observa la disposición estructural de las instituciones; y, desde el segundo, su funcionamiento, es decir, la dinámica funcional del organismo del derecho” (núm. 161, p. 1303).

3. La ciencia del derecho notarial: ¿formal o práctica?

La ciencia del derecho notarial se entronca en los tres conceptos claves de la ciencia expositiva y explicativa del derecho de Juan VALLET; pasemos a examinarlo respecto al punto fundamental de la esencia formal o práctica del Derecho notarial, según anunciábamos.

Durante muchos siglos la doctrina notarial estuvo dedicada a facilitar el conocimiento y aplicación por los notarios del Derecho sustantivo. Alcanzó paradójicamente su mayor esplendor a poco de su nacimiento en el *Ars Notariae*, que, como su nombre indica, no pretende ser ciencia; el estudio formal del instrumento público ocupaba en él un breve y marginal espacio; baste repasar las obras de SALATIEL y ROLANDINO, y en España las de los autores, especialmente catalanes, que cultivaron esta orientación, como GALÍ, COMES, GIBERT o FALGUERA. Más modestamente, los formularios de los territorios castellanos se fueron ilustrando poco a poco con anotaciones legales, prácticas o doctrinales, hasta llegar a los altos niveles de las *Escrituras y orden de partición* de Diego DE RIBERA; y se escribieron obras de práctica notarial, como la *Práctica* de MONTERROSO, y verdaderos tratados de Derecho civil, como la *Librería* de FEBRERO, en que los formularios ocupaban un lugar complementario; pero el estudio formal del documento seguía reducido a breves “Instrucciones a los Escribanos”, sin encontrar acomodo sistemático. Eran los doctores, los grandes comentaristas del Fuero Real, de las Partidas, de las Leyes de Toro, de las Recopilaciones (DÍAZ DE MONTALVO, Gregorio LÓPEZ, PÉREZ DE SALAMANCA, PALACIOS RUBIOS, SALÓN DE PAZ, ACEBEDO, MATIENZO, Antonio GÓMEZ, etc.), quienes estudiaban la teoría del instrumento público.

El cambio de rumbo comienza a raíz de la Ley del Notariado de 1862 y culmina en el segundo tercio del siglo XX, con las figuras señeras de Rafael NÚÑEZ-LAGOS y de José GONZÁLEZ PALOMINO; en una visión instrumentalista, el Derecho Notarial va a tener como objeto el estudio dogmático del instrumento público; sus excesos fueron prontamente corregidos, pero el estudio de los Derechos sustantivos quedaba al margen del Derecho notarial científico.

VALLET define claramente su postura: “la ciencia propiamente dicha del derecho notarial, en cuanto teoría de éste, puede ser dividida en tres ramas: *la historia del derecho notarial*; la *ciencia práctica sustantiva del derecho documental o notarial*, orientada a su *práctica*, y la *ciencia formal del derecho notarial*, que estudia y expone lo preciso para el dominio de la *técnica* concerniente a la documentación notarial” (núm. 134, pp. 858-59). Y más adelante insiste: “Entiendo que la ciencia expositiva y explicativa del derecho notarial, en cuanto teoría de éste ... puede ser dividida en tres ramas: *la historia del derecho notarial*; la *ciencia práctica, sustantiva, del derecho documental o notarial*, orientada a la *práctica*, y la *ciencia formal del derecho notarial*, que estudia y expone lo preciso para el conocimiento y dominio de la *técnica* concerniente a la documentación notarial” (núm. 239, p. 1807). Hay que distinguir, por tanto:

a) “La *ciencia histórica* del derecho notarial, (que) abordada en un enfoque general es bastante reciente si es considerada en el sentido estricto de la palabra «ciencia» referida a la historia completa del documento notarial. Se ocupa tanto de la historia del instrumento público como de la historia de los formularios y del arte notarial aplicado a las relaciones de derecho vividas en cada período” (núm. 239, p. 1807); la exposición que hace VALLET de la evolución en España de esta ciencia histórica es, como siempre, magistral; su diferenciación de las otras dos ciencias del Derecho notarial, las de índole jurídica, me parece evidente, por su misma naturaleza, sus fuentes y sus métodos.

b) “La *ciencia formal* del derecho documental y específicamente del derecho notarial al servicio de la técnica documental” (núm. 239, p. 1811) es estudiada al tratar de los dos primeros conceptos claves, las relaciones jurídicas (núm. 134, pp. 858-83) y las instituciones (núm. 154, pp. 1261-65).

Distingue VALLET, según veíamos, las relaciones jurídico-políticas (núms. 124-135, pp. 669-937) y las relaciones jurídicas civiles (núms. 136-146, pp. 939-1230). Atendiendo a “su etimología dimanante de la palabra griega *polis*” (“hoy el Estado”, p. 858), comprende “en las relaciones políticas las relaciones entre Estados y de cada Estado con sus súbditos, incluyendo tanto las que examinan las ciencias del derecho político y del

derecho constitucional como las que estudian las ciencias del derecho administrativo, del derecho financiero y fiscal, del derecho penal, del derecho procesal en sus diversas ramas, del registral, así como las ciencias de los derechos orgánicos de la función judicial y de la autenticadora” (núm. 124, p. 669). Y en las relaciones jurídicas civiles comprende las que continúa estudiando la ciencia del Derecho civil; y las que estudian los Derechos mercantil, agrario, urbanístico, del trabajo y sindical, interterritorial e internacional privado. Todas las disciplinas jurídicas y sus problemas son objeto, por tanto, de la observación pormenorizada, muy actual, de VALLET.

Nos encontramos, pues, entre las relaciones políticas, “en el sentido de organizadas por la *polis*, hoy el Estado” (p. 858), con la “función autenticadora de las relaciones jurídicas” (núm. 134, pp. 858-83), “encomendada al Notariado como remate de la suya jurídica genuina del *ars notariae*, arte que tiene una función eminentemente social, pero no estatal” (p. 858), que constituye el objeto de “la *ciencia formal* del derecho documental y, específicamente, del derecho notarial al servicio de la técnica documental” (p. 859). Existen, pues, “la ciencia notarial formal o técnica y la antes aludida ciencia notarial práctica del derecho, desarrollada con el *ars notariae*. No debemos confundirlas. = Mientras ésta constituye una ciencia prudencial desarrollada culturalmente en la denominada sociedad civil, en cambio, la ciencia notarial técnica, referente al modo instrumental de dotar de certeza y autenticidad al documento y demás actos notariales, como materia de elaboración científica, tiene unas normas instrumentales, con las cuales el poder político, hoy el Estado, regula la forma y el modo del quehacer notarial” (pp. 859-60).

Al tratar del segundo de los tres conceptos clave de la ciencia expositiva y explicativa del derecho, el de institución, volvemos a encontrarnos con la ciencia del Derecho notarial formal (núm. 154, pp. 1261-65). Entre las instituciones jurídicas están, en efecto, las “instituciones jurídicas formales”, que VALLET estudia junto a las “de publicidad y procedimentales”. “Se trata de instituciones adjetivas al servicio de las relaciones e instituciones sustantivas, que tienen por finalidad vigilar que se guarde a éstas el debido respeto y de proteger su adecuado funcionamiento. = Casi todas esas instituciones han sido elaboradas progresivamente por la práctica o, por lo menos, reclamadas por ella dada su necesidad, de modo tal que mientras las leyes no las proveen, la práctica trata de suplirlas en lo posible. Luego la ciencia del derecho las define, analiza, explica y clasifica; las leyes las establecen, aprovechando estas enseñanzas, y la doctrina vuelve a desenvolverlas científicamente, las desentraña, define, clasifica y explica” (p. 1261).

“Las *instituciones formales* tienen por objeto exteriorizar, dar seguridad y fijeza, a veces validez y otras valor, a las instituciones sustantivas que la requieren” (p. 1261). Sigue una referencia a las diversas clases de formas, a la prueba, y a la que puede denominarse “*forma externa del documento público* ... que a su vez le dota de autenticidad”, a cuyo lado existe la “*forma interna del acto o negocio documentado*”; “es de notar –concluye– que aquella forma externa del documento se halla de tal modo entreligada con la forma interna, que la función documental pública autenticadora se impuso en el Bajo Medievo sobre los demás medios técnicos que entonces se esbozaron y ensayaron para lograr la anhelada autenticidad. La solución consistió en encomendar a unos profesionales de la redacción de documentos jurídicos, del *ars notariae*, esa función pública de dotar de forma auténtica a los documentos” (p. 1263).

c) Llegamos así al tercer concepto clave de la ciencia expositiva y explicativa del derecho de Juan VALLET, el sistema. En su visión de conjunto sobre las funciones jurídicas en la dinámica del sistema interno (núm. 238, pp. 1803-1805), que la ciencia expositiva y explicativa del derecho debe hoy analizar –*legislare, ministrare, iudicare, postulare, cavere*–, está el “*cavere*, esto es, prevenir, precaver. Esta función concreta compete, hoy, específicamente al notario y a ciertos abogados consultores, en especial los *solicitors* ingleses y los *attorney und conseller at law* angloamericanos” (p. 1805). Y aquí entronca la “función notarial observada por su ciencia práctica” (núms. 239-243, pp. 1807-26).

Insiste VALLET en la necesidad de no confundir las dos ramas formal y práctica del Derecho notarial (p. 1812) y en su entronque histórico: “a la par de la necesidad del *ars notariae*, también se sintió la precisión de dotar de certeza, o sea, de autenticidad, a ciertos hechos y a los convenios públicos y privados que se otorgaran” (p. 1811). “Ambas ciencias notariales, práctica y técnica, responden al carácter integral del notario de tipo latino: profesional del derecho, dotado de la función pública de dar autenticidad a los instrumentos que redacta –según el I Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado Latino– o bien, a la par, funcionario público, dador de fe, y profesional del derecho, que asesora y configura jurídicamente los negocios que redacta conforme a derecho según el Reglamento Notarial español. = Es decir, una función es la de dar fe, que dimana de la *potestas*, de la cual le inviste el Estado; y la otra, fundada en la *auctoritas*, le es reconocida socialmente en el ejercicio de su tarea de profesional del derecho” (p. 1812).

Entre ambas funciones, esta última es la “genuina”, de la que sirvió de “remate” la primera: “la función autenticadora” fue “encomendada al Notariado como remate de la suya jurídica genuina del *ars notariae*”

(núm. 134, p. 858). “El arte y la ciencia práctica del derecho notarial precedió a las ciencias técnicas y teóricas del derecho notarial, del mismo modo que la función de *cavere*, prevenir, aconsejar, redactar contratos y testamentos, precedió a la función autenticadora” (núm. 134, p. 859). Por ello, “si bien es indudable la gran importancia de la función autenticadora del notario, no puede decirse en cambio (como sostuvo NAVARRO AZPEITIA), que sea «causa y origen de todas las demás». Históricamente no es así. Las funciones jurídicas asesoras y redactoras son anteriores a ella, y el buen desempeño de éstas constituyó precisamente la base por la que, en un momento histórico dado, fuera consagrada ... la facultad del notario de dar fe de los actos y negocios jurídicos que se realizasen en presencia suya” (p. 1815).

Desde la perspectiva de esta actividad notarial, debe contemplarse su función de determinar o concretar negocialmente el derecho, y su repercusión en la elaboración de las instituciones (núm. 243, pp. 1820-26).

4. La primacía de la Metodología de la determinación del Derecho

En el pensamiento de VALLET, las tres metodologías del Derecho pueden distinguirse, pero no separarse. “Lo cierto es –nos dice– que, si bien las tres metodologías jurídicas, a las que vengo refiriéndome, son fáciles de distinguir, repito que no son separables entre sí, pues no solamente se solapan, sino que se interfieren y, desde sus mismos presupuestos, se influyen recíprocamente” (*La Ciencia del Derecho a lo largo de su Historia*, núm. 2, p. 24).

Pues bien, la primacía entre las tres metodologías corresponde para VALLET, como consecuencia evidente de toda su doctrina, a la metodología de la determinación del Derecho. A ella se subordina, desde luego, esta tercera metodología de que ahora tratamos, la de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho; VALLET es terminante, al finalizar su Planteamiento Introductorio con estas palabras: “siendo la ciencia del derecho ... ante todo una ciencia práctica, la correlativa ciencia teórica de ella ha de tener por primordial objetivo el de servir a esa finalidad y facilitar su consecución, mediante el empleo de la terminología específica más adecuada y correcta, de una exposición sistemática que la clarifique, y de una labor crítica, orientada para observar si los logros obtenidos en la práctica se aproximan o alejan del objetivo de facilitar la consecución de la justicia: finalidad última del derecho” (ídem., p. 25).

Su postura no puede ser más acertada ni más importante para nosotros los juristas. La ciencia expositiva del Derecho tiene que acudir a sistemas, clasificaciones, conceptos, definiciones, reglas, etc., a abstracciones

cada vez mayores, para hacer comprensible y abarcable un Derecho dado; pero todo ello debe quedar limitado a esa finalidad que en un sentido amplio pudiéramos llamar pedagógica, y son inmensos los daños que se originan cuando de esos andamiajes se quieren deducir nuevas normas jurídicas. La cuestión es todavía más importante porque con frecuencia las Leyes, y sobre todo los Códigos, por razones de simplificación, o de economía normativa, se acogen a esos instrumentos, aunque la doctrina intente entonces reaccionar tardíamente, y afirme, por ejemplo, que lo propio de la ley no es definir, ni clasificar, sino mandar.

No olvidemos nunca aquella *regula iuris*, formulada por PAULO, con la que empieza el título 50.17 del Digesto, y que es igualmente aplicable a los principios jurídicos, aunque los principios no sean reglas: el Derecho no se deduce de la regla, sino que es la regla la que tiene que deducirse del Derecho preexistente, *non ex regula ius summat, sed ex iure quod est, regula fiat*. Por su parte, advirtió JAVOLENO que toda definición es peligrosa en el derecho civil, *Omnis definitio in iure civile periculosa est* (D, 50.17.202). La ciencia del derecho no puede prescindir de definiciones, con las que delimita, señala los confines de conceptos e instituciones, pero siempre de manera necesariamente aproximativa. Lo mismo ocurre con los conceptos, aunque puedan perfilarse mejor; todos conocemos los resultados a que conduce el método dogmático de inversión. Y nada digamos de las clasificaciones, muchas veces basadas en coincidencias meramente externas, y que apenas sirven de ayuda a la memoria o a la enseñanza jurídica elemental; y de la escalada de abstracciones, aunque estén tan cuidadas como las de la Parte General del Derecho Civil. En estos y otros supuestos, considero aplicable la solución prudencial que, respecto a las definiciones, nos da VALLET: “el científico jurídico no puede ni debe ocultar las deficiencias que la definición ofrece en su utilización práctica” (p. 39).

5. Conclusión

He de confesar que cuando Juan VALLET, allá por los años de su jubilación, concedió a la *Metodología Jurídica* un privilegiado lugar entre sus dedicaciones, yo sufrí una contrariedad; temí que fuera a abandonar los estudios estrictamente jurídicos que le habían colocado a la cabeza de los juristas de todos los tiempos. Pero ahora he de reconocer que estaba equivocado, porque Juan VALLET nunca ha abandonado esos estudios, y además nos ha proporcionado esta monumental obra, una obra de inmensa importancia teórica y práctica que sólo él podía realizar y que empieza ya a tener repercusiones positivas fuera de nuestras fronteras; el artículo 6

de la Ley del Notariado de Méjico, DF, de 28-3-2000, describe “el tipo de ejercicio profesional del derecho como oficio jurídico” del notario, “en virtud de su asesoría y conformación imparcial de su documentación en lo justo concreto del caso...”; la inspiración de este texto en VALLET me parece evidente.

Querido Juan: nuestro agradecimiento por el esfuerzo que has realizado, y nuestra felicitación por el éxito que has obtenido.

“Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»), edición de Ole Lando y Hugh Beale”, BARRES BENLLOCH, Pilar, EMBID IRUJO, José Miguel, MARTÍNEZ SANZ, Fernando (eds.), Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, 767 páginas.

Los “Principios de Derecho contractual europeo”

A comienzos de 1980, el profesor danés Ole LANDO creó la *Commission of European Contract Law*, con juristas provenientes de diferentes países de la Unión Europea –incluida Escocia–, con la intención de crear principios generales (en realidad, reglas, ex artículo 1:101, “[...] *tienen por finalidad ser aplicados como reglas generales* [...]”) que pudieran servir de base para un Derecho común de contratos en los diferentes Estados de la Comunidad Europea. La labor se justificaría en base al argumento de que la diversidad jurídica es un riesgo que puede constituir un freno a la contratación y, no siendo suficiente la armonización de la norma de conflicto, se debía ir más allá y plantear la del derecho sustantivo (prólogo, p. XI).

Con la redacción de estas reglas o principios se pretende que éstos:

a) Puedan servir de modelo en la contratación entre privados (art. 1:101 [2]). En ese caso, la ventaja es que los contratantes pueden escoger como derecho aplicable unas normas que no llevan la impronta de ninguna nacionalidad concreta y, por tanto, no suponen *a priori* una clara ventaja para ninguno de ellos.

b) Puedan ser, además, una guía a seguir por el legislador en la tarea de integración (art. 1:101 [4]) y actualización de su derecho y/o de refacción de los códigos nacionales, como ha sucedido en Alemania y, en parte, también en Cataluña aunque, por razones fáciles de comprender, la influencia que en este derecho han tenido los Principios Lando es, de momento, menor (*vid. infra* a propósito de la buena fe y la honradez en los tratos preliminares).

c) Inspiren al árbitro que debe aplicar principios generales del Derecho o juzgar según la *lex mercatoria* (art. 1:101 [3]). Lo dicho encontraría aplicación concreta en

el artículo 34 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, *de arbitraje* (1), teniendo en cuenta que, según la Comisión “[...] se invita a los [...] árbitros a considerar que tales cláusulas [y, entre ellas, aquella mediante la cual los contratantes someten su contrato a la *lex mercatoria* o equivalentes] se refieren a los presentes Principios, dado que se formulan en ellos de manera específica y precisa los Principios generales de la normativa de contratos, basados en una amplia investigación comparada” (p. 123, pp. 126-127).

Su aplicación por parte de los tribunales es más discutida. La opinión general es que, tratándose de normas imperativas, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, obliga al juez a aplicar siempre la ley nacional, incluso cuando las partes hayan optado por la *lex mercatoria* (art. 1:101, 1:103, p. 127). Pero parte de la doctrina propugna un cambio en este planteamiento y de ello se hace eco ahora el Libro verde sobre la previsible conversión en Reglamento comunitario del citado Tratado de Roma, de 14 de enero de 2003 [COM (2002) 654 final] (2).

(1) BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.

(2) Vid. epígrafe 3.2.3: “Autonomía de la voluntad (ap. 1 del art. 3)” –Interrogantes en cuanto a la elección de normas no estatales. “Es práctica cada día más corriente en materia de comercio internacional que las partes se refieran no a la ley de tal o cual Estado, sino directamente a las normas de un convenio internacional, como el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, a los usos del comercio internacional, a los principios generales del Derecho, a la *lex mercatoria*, o, incluso, a recientes codificaciones privadas como los Principios Unidroit sobre los contratos del comercio internacional. Parecería que tal elección no es, en el espíritu de los redactores del Convenio, una elección de ley según lo dispuesto en el artículo 3, que sólo contemplaría la elección de una ley estatal: el contrato que estableciera tal elección estaría regido por la ley aplicable a falta de elección (art. 4), de modo que correspondería a esta ley definir el lugar que concede a las normas no estatales elegidas por las partes. [43] [En este sentido, véase LAGARDE, P.: «Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *RCDIP*, 1991, 287.] Tradicionalmente, la mayoría de los autores se han pronunciado asimismo en contra de dicha posibilidad de elección de normas no estatales, por la razón de que estas normas todavía no constituyen un cuerpo de normas coherente y completo. Otras opiniones, al contrario, propugnan que la elección de normas no estatales puede constituir una elección de ley según lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio de Roma. [44] [Véase, en particular, BOELE-WOELKI, K.: «Principles and Private International Law - The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply them to International Contracts», *Uniform Law Review*, 1996, 652.] Una de las razones alegadas en favor de una solución de este tipo es que no procede denegar esta práctica al juez ordinario cuando, en muchos Estados, se admite para los árbitros. Por lo que se refiere más específicamente a la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, la jurisprudencia holandesa ha declarado en dos ocasiones que las partes podían designar esta Convención como ley aplicable a su contrato, aunque se trataba en el supuesto de situaciones en las cuales esta Convención no se aplicaba en virtud de sus propias normas. [45] [El apartado 1 del artículo 1 de la Convención precisa que se aplicará «a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.»] Siguen pendientes de determinarse los efectos de una designación de este tipo. Parece imponerse una distinción entre los contratos de carácter interno, por una parte, y los contratos internacionales, por otra. Respecto de estos últimos, el Tribunal Supremo holandés admitió que la elección de la Convención descartaba las normas imperativas de la ley aplicable a falta de elección. [46] [Hooge Rad, 26-5-1989, NJ 1992.105 y 5-1-2001, NJ 2001.391.] Parece, pues, que la elección de las partes constituye ciertamente, a los ojos del «Hooge Rad», una elección de ley en el sentido del artículo 3.

Destaca, en todo caso, la función integradora de los Principios, de manera muy parecida a como los Tribunales recurren al derecho extranjero para cubrir las lagunas que presenta el propio (pp. 124-125).

d) Otras finalidades dignas de ser destacadas son la pretensión de superar la fragmentaria legislación europea y la de dar pautas interpretativas al TJCE para determinar lo que puedan ser los principios generales comunes a las legislaciones de todos los Estados miembros, tal y como, en materia de responsabilidad, exige el actual artículo 288 TCE (antes, art. 215) (notas *ad art.* 1:101, p. 126). El tema cobra renovada actualidad tras la publicación del Plan de Acción de la Comisión (COM [2003] 68 def. DOCE C 63, de 15 de marzo de 2003), en el que se propone aumentar la calidad y coherencia del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual a base de elaborar un “marco común de referencia” que establezca una terminología uniforme, una adaptación de las normas al contexto actual, y un contenido homogéneo (epíg. 4.1). Se pretende reformar la actual legislación y obtener una más coherente en el futuro y, si es posible, elaborar principios generalizables a todo el ámbito contractual. Aunque la Comisión no especifica si ese “marco común de referencia” sólo debe tomar por base la legislación comunitaria, o bien también otras propuestas, sin embargo, todo hace pensar que además del “*acquis communautaire*” también deberán ser tenidas en cuenta las propuestas del “*soft law*” (y, entre ellas, los Principios Lando), a pesar de que, como es sabido, no siempre unos y otros acogen las mismas ideas. La ventaja de tomar en consideración los Principios Lando es que, al menos, éstos proveen un lenguaje común que promueve y, sobre todo, facilita el debate sobre la armonización del Derecho en Europa (prólogo, p. xxv).

Los Principios Lando tienen la misma forma y estructura –comentarios al texto articulado con ejemplos que demuestran cómo funcionan en la práctica las normas y cuáles son sus fuentes– e incluso casi el mismo contenido que los Principios Unidroit, a pesar de tener ámbitos territoriales de vigencia distintos (Europa o el Mundo), y en su redacción también han participado académicos que pertenecían a la comisión que elaboraba estos últimos. El actual representante español en la Comisión Europea, precisamente uno de los traductores y editores de la versión castellana que ahora se presenta, es el profesor Fernando MARTÍNEZ SANZ, catedrático de Derecho mercantil de la Universitat Jaume I de Castelló.

La edición española de los Principios

Con la publicación de esta obra, el Consejo General del Notariado continúa con la labor de difusión del Derecho privado europeo (un catálogo de publicaciones en www.notariado.org) y, sobre todo, con la labor de traducción de obras tan conocidas y de tanto prestigio como el *Europäisches Privatrecht*, de Helmut COING (trad. 1996) o el *Atlante di diritto privato comparato*, de Francesco GALGANO (trad. 1999), publicadas por la Fundación Cultural del Notariado.

Esta vez, el Consejo General del Notariado ha asumido la labor de edición de los Principios Lando, partes I y II, en castellano. El primer volumen, publicado tras quince años de trabajo, y dedicado al cumplimiento e incumplimiento de los contratos, data del año 1995, y nunca fue traducido a nuestra lengua. El segundo, de más reciente aparición, contiene y modifica en parte el anterior [LANDO, Ole & BEALE, Hugh (eds.), *The Principles of European Contract Law, Parts I and II*, prepared by

the Commission of European Contract Law, Kluwer Law International, Hague, The Netherlands, 2000] y añade otras reglas relativas a la formación del contrato, su validez, contenido y efectos, interpretación y representación (“*authority of agents*”) además del pago, cumplimiento, incumplimiento y recursos. Ha sido traducido al italiano (Carlo CASTRONOVO, Guiffré ed., Milano, 2001), puede igualmente leerse en alemán (Christian von BAR & Reinhard ZIMMERMANN, München, Sellier European Law Publishers, 2002) y, recientemente, se ha dado a conocer también en francés, pero con la particularidad de que esta última edición francesa ya incluye la traducción de la parte III de los Principios [LANDO, Ole, CLIVE, Eric, PRÜM, André & ZIMMERMANN, Reinhard (eds.): *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague, London, Boston, Kluwer (ed.), 2003], comprensiva de las siguientes nuevas materias: régimen de las obligaciones con pluralidad de deudores y acreedores, cesión de crédito, cesión de contrato, cesión de deuda, compensación, prescripción, nulidad de contrato por contravención a la moral y el orden público, condiciones, capitalización de intereses [vid. Georges ROUHETTE, avec le concours d’Isabelle DE LAMBERTERIE, Denis TALLON, Claude WITZ, Paris, Société de législation comparée (ed.), 2003].

Aunque quizá con algo de retraso, ahora se publica en España en castellano el texto y comentarios a las partes I y II de los Principios, gracias a la magnífica y paciente labor realizada por Pilar BARRES BENLLOCH, Fernando MARTÍNEZ SANZ y José Miguel EMBID IRUJO, todos ellos especialistas en Derecho mercantil. Pero ya antes, a ruego de quien esto escribe y a sugerencia del doctor MARTÍNEZ SANZ, la doctora BARRES había tenido la amabilidad de ceder la traducción del texto articulado de los Principios para su publicación, sin notas, en SCHULZE, Reiner, ZIMMERMANN, Reinhard & ARROYO I AMAYUELAS, Esther: *Textos Básicos de Derecho privado europeo*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons (ed.), 2002, coordinado y anotado con el Derecho español.

1. Presentación formal. El libro se inicia con una nota preliminar a la edición española, en la que el profesor Fernando MARTÍNEZ SANZ explica la formación de los principios (pp. 5-8) [con más detalle, el propio autor en Área de Dret civil UdG (coord.), “*Los principios de derecho contractual europeo (Comisión Lando) en el marco de la armonización del derecho de contratos*”, XII Jornades de Dret català a Tossa de Mar, Girona, Documenta Universitaria (ed.), 2003, pp. 83-96]. Sigue un índice y luego el prefacio del profesor LANDO, datado en febrero de 1999 (pp. 15-21), manteniendo en todo la estructura del libro original publicado por la editorial Kluwer en el año 2000. A continuación, como en éste, se añade una relación (no actualizada) de miembros que integran la Comisión de Derecho europeo de contratos, la introducción, en la que se explica al lector español cuál es la finalidad y el propósito de la obra, qué fuentes se han utilizado, cuáles son los temas tratados, así como la estructura y el método del trabajo (pp. 27-35). La introducción finaliza con el análisis o visión general de los capítulos 1-9 (pp. 37-55) y con un listado de abreviaturas (pp. 57-62). A diferencia de lo que sucede con otras ediciones, la española incorpora a continuación el texto de los Principios en inglés y francés (pp. 63-118) precediendo al texto español con comentarios. El libro acaba con referencias a la legislación utilizada (pp. 709-738), a la jurisprudencia citada (pp. 738-753) y a las materias tratadas (pp. 755-767). No se está ante un índice, en el primer caso porque no es correcta la remisión a las páginas y, en los otros dos, porque, simplemente, no se hace remisión a ninguna de ellas. Efectivamente, el listado español de referencias legislativas envía a las páginas de la versión italiana de los Principios, cosa que, aunque sorprendente, se explica por el

hecho de que el índice italiano le fue amablemente cedido por el profesor CASTRO-NOVO a los traductores españoles. Ello explica también por qué los títulos de las publicaciones de autores griegos aparecen traducidos no sólo en inglés (como en el original) sino también en italiano. Es, desde luego, un error inadvertido que uno y otro aspecto no se haya modificado para adaptarlo a la edición española.

2. La traducción. El derecho de un país se expresa en la lengua que le es propia y ambos, derecho y lengua, reflejan la identidad cultural nacional. Ocurre frecuentemente que determinados términos no tienen traducción o, si la tienen, ésta no siempre hace justicia a la pluralidad de significados en el lenguaje originario. Ahí radica, pues, la dificultad del trabajo de los traductores. Éstos se enfrentan al dilema de tener que realizar o una “traducción” del texto o una “versión lingüística castellana” y, si esto último, tener que apartarse entonces de la fidelidad de la redacción original para aproximar el lenguaje a las expresiones equivalentes en el Código Civil u otras normas españolas. En este caso, la coherencia hubiera exigido traicionar el título de la obra, que más que *Derecho europeo de contratos* se debiera haber titulado en castellano “Derecho de obligaciones y contratos”, teniendo en cuenta que los capítulos 7-9 incluyen el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones (“*performance*” y “*non performance*”).

Naturalmente, los traductores han prescindido de tal fidelidad al Derecho español. En éste, como en otros casos, se ha seguido casi siempre la primera opción, esto es, la de “traducir” y no la de “versionar”, aunque a veces ello comporte ciertas rigideces lingüísticas que, en beneficio de la literalidad, sacrifican en parte la estética del texto. Sin embargo, es una opción deliberada y, por tanto, no hay nada que objetar más allá de aspectos puramente estilísticos –por lo demás, opinables– que no interfirieran ni en absoluto traicionan el significado de las expresiones traducidas. Porque cuando hay peligro de que ello sea así, los autores adaptan debidamente al castellano expresiones que, de otra manera, no se entenderían. Así, la “*baker's dozen*” para definir la docena de trece unidades, es convenientemente sustituida por la “docena de fraile” que, tal y como explican los autores, es la que se utiliza en algunas lonjas de pescadores (p. 423 en nota al art. 5:102).

El trabajo de los traductores es muy pulcro. Ello se aprecia con la frecuencia con la que advierte de las incorrecciones de los autores del texto original con un “[sic]” o una nota a pie de página con el texto o remisión que debe entenderse correcta (v. gr., pp. 27, 132, 141, 145, 149, 160, 168, 173, 272) y en el prurito de evitar los anglicismos. Optan incluso por traducir expresiones que ya están profundamente enraizadas e incluso aceptadas por el Diccionario de la Real Academia Española, como por ejemplo sucede con la palabra “*standart*” (“estándar” en castellano), que los traductores sustituyen por “niveles” (p. 169). Otro ejemplo lo proporciona la expresión “*hardship [clauses]*” que, incluso habiendo sido ya entrecomillada en el texto original, se ha preferido traducir. Las cláusulas “*hardship*” son, pues, las “cláusulas de especial dificultad” (p. 470 en comentario A al art. 6:111), lo cual en los Principios Lando incluye tanto la imposibilidad de cumplimiento debido a fuerza mayor como a onerosidad sobrevenida; en todo caso, un cambio de circunstancias que da como resultado o bien la renegociación de los términos del contrato o bien su extinción.

La coherencia de los traductores es total. Por eso en ocasiones dejan el término inglés entrecomillado si consideran que la traducción puede traicionar el sentido de las palabras. Acaso sea discutible con términos como “*revocation*” y “*withdrawal*” (p. 229)

porque nada del sentido originario se hubiera perdido con la traducción “revocación” y “retirada” referida a la comunicación o declaración de voluntad; pero es totalmente adecuado en relación con la expresión “[C]ommon law” que no traducen o no, al menos, con carácter general (la excepción, en p. 143: “derecho común no escrito”). La expresión no equivale a “Derecho común” (= “[D]roit commun”, “general or ordinary law”, ex art. 1.725.1 CC Québec) ni tampoco equivale a *ius commune* (= Derecho romano según la interpretación de los juristas medievales). Como se ve, estas dos últimas expresiones tampoco son sinónimas aunque como tal aparezcan en la disposición preliminar del CC Québec, tal como demuestra la comparación entre la versión francesa (“[L]e Code [...] établi, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun”) e inglesa (“[T]he Code [...] lays down the jus commune, expressly or by implication”) (3). Por lo demás, los traductores optan, creo que con acierto, por presentar el “[C]ommon law” en masculino, esto es, “el Derecho” y no “la Ley” común (pp. 131, 143).

Más problemas plantea la traducción de expresiones como “good faith and fair dealing” o “material”.

a) “Good faith and fair dealing” es una expresión típicamente inglesa que, según el comentario al artículo 1:201 (p. 151) no encuentra traducción específica ni en el Derecho francés (“bonne foi”), ni en el alemán (“[T]reu und Glaube”) y, según los traductores, que siguen la opinión generalmente admitida, tampoco en el español. De ahí que se prescinda de la idea de “lealtad” u “honradez” a la que se refiere expresamente el “fair dealing” y se traduzcan los artículos 1:102 y 1:201, que literalmente se refieren al deber de las partes de actuar de acuerdo con los “requirements of good faith and fair dealing” o “in accordance with good faith and fair dealing”, por “dentro del respeto a la buena fe” o “conforme a las exigencias de la buena fe”, extrapoliando así la idea del artículo 1.7 CC (pp. 127, 141, 147, 325, 438, 565). En concreto, los traductores señalan: “[...] El sentido del «fair dealing» como transparencia en los negocios, lealtad de las transacciones, honradez, confianza en los tratos... no creemos que tenga un equivalente exacto en el lenguaje jurídico en castellano. Por eso, al traducir, nos hemos permitido limitar la expresión a la idea de la buena fe contractual o a «las exigencias de la buena fe», en paralelo al artículo 1.7 CC español [...]” (p. 127).

Siendo ello cierto, sin embargo, vale la pena traer ahora a colación el artículo 111-7 CC Cataluña, que incorpora el principio de buena fe como principio de carácter general no limitado al ámbito contractual, y, a su vez, lo diferencia de la honradez de los tratos. Según destaca la Exposición de Motivos de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, *Primera Llei del Codi civil de Catalunya* (4), con la tipificación de la honradez de tratos se trata de destacar el aspecto objetivo, independiente del conocimiento o

(3) “In Québec, the «droit commun» –that’s the common law of the land– is the civil law” (Juez Beetz en *Laurentide Motels c. Beauport* [1989] RCS 705, 724,23 QAC 1). Sobre la diferencia entre las lenguas del Code, *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 RCS 862 conf. [1995] RJQ 1321 (CA). Crítico con la redacción inglesa de la Disposición Preliminar, en lo que concierne a la expresión *ius commune*, BRIERLEY, John E. C.: «Les langues du Code civil du Québec», dans *Le nouveau Code Civil, interprétation et application*, Montréal, Themis (ed.), 1993 [129-146], 142. Afirma ser un misterio cómo la expresión latina acabó siendo incorporada en la versión inglesa de la citada disposición, BISSON, Alain-François: “La disposition préliminaire du Code Civil du Québec”, 44 (1999), *McGill Law Journal* [539-565], 553.

(4) DOGC núm. 3798, de 13 de enero de 2003.

la ignorancia de los sujetos intervinientes en la relación jurídica. Es, pues, una forma de limitar la autonomía de la voluntad, de tomar en consideración los intereses de la contraparte y, en definitiva, de compensar la rigidez de determinadas normas. Así lo prevé el artículo 6:102, según el cual un contrato puede contener cláusulas implícitas, que derivan de la buena fe (o, en el original, del “*good faith o fair dealing*”). La diferencia viene igualmente señalada en la traducción italiana (“*buona fede e correttezza*”) y alemana (“*der Gebote von Treu und Glaube und des redlichen Geschäftsverkehrs*”), aunque no en la francesa (“*bonne foi*”). La actuación conforme a la buena fe, cooperativa y de acuerdo con las más elementales reglas de lealtad negocial, se manifiesta a través de la fijación de determinados deberes de comportamiento (deber de información, de confidencialidad, de mantenimiento de la confianza generada) y con la sanción de la infracción de tales deberes, estableciendo reglas de responsabilidad exigibles frente al contratante desleal (arts. 2:301, 2:302, 4:106).

b) “*Material*” (art. 1:301 [5]; art. 2:208, p. 250; art. 4:103, p. 327, nota 3) es lo que los autores traducen generalmente por “sustancial” (igual que el art. 19 de la Convención de Viena), teniendo en cuenta que esta última expresión pretende diferenciarla de “fundamental” (en inglés, “*fundamental*”) o “esencial” (en inglés, “*essencial*”), siguiendo en todo las explicaciones de los comentarios (pp. 164-165). Creo, sin embargo, que en castellano se podrían reputar todos ellos términos sinónimos –lo que en parte a veces hacen los mismos traductores cuando equiparan el inglés “*materially*” a la expresión castellana “de manera esencial” (art. 2:208)– y que, en todo caso, se podría haber añadido al repertorio la expresión “relevante”. Aunque una modificación “sustancial”, “esencial” o “relevante” no puede ser descrita abstractamente, seguramente lo será si afecta al precio, a la forma de pago, al lugar o al momento de cumplimiento, etc. (*vid.* art. 19.3 Convención de Viena).

Algunas opciones dignas de ser señaladas por su acierto son la traducción del inglés “*termination [of the Contract]*” como consecuencia del incumplimiento de uno de los contratantes (*vid.* sec. 3, cap. 9) por “resolución” (art. 1.124 CC) y no “terminación” (empero art. 8:105, “poner fin”) o “rescisión”, “revocación” o “desistimiento” que es, por el contrario, una terminología que frecuentemente se mezcla y confunde en las traducciones de los textos comunitarios.

Igualmente, se procura traducir la expresión “*to avoid a contract*” (especialmente a lo largo del capítulo 4, sobre la validez de los contratos y vicios del consentimiento) no como equivalente a “impugnar” sino como “derecho a anular” el contrato. La versión alemana, por el contrario, utiliza el verbo “*anfechten*”. Las razones se explican en la p. 325: “[...] No hemos optado por otras soluciones, como la de «impugnar», porque este término sugiere más bien la intervención de un órgano judicial o arbitral, o cualquier otra institución, ante los que el interesado reclame la anulabilidad del contrato. Y es importante tener en cuenta que los principios parten de la innecesariedad de la intervención de un órgano decisorio en estos casos. En tal sentido, artículo 4:112 y, específicamente, el comentario al mismo en LANDO-BEALE, *cit.*, p. 274: «*it is not necessary to seek a court order to avoid the contract*». O también en la p. 269 *op. cit.*, comentario al artículo 4:110: «*avoidance under the Principles does not require the interference of a judge or arbitrator*». La “*avoidance*” es término que califica lo que en castellano sería la nulidad o anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento (*vid.* nota de los traductores en p. 401).

Aun en sede de vicios, igualmente acertado ha sido traducir “*fraud*” por “dolo” y no por “fraude” (art. 4:107, 4:111, 4:117 [2], 4:118). Además, se ha optado siempre

por traducir “*thread*” como “intimidación” y se prescinde en todo caso de la “violencia”, aunque, seguramente, cabría reputar a ambos términos sinónimos en los Principios.

Los ejemplos podrían sucederse y con ellos serían seguramente interminables las discusiones en torno al mejor lenguaje para este nuevo “Derecho”, en esta nueva lengua que viene a añadirse a las anteriores. Basten, sin embargo, las ideas esbozadas para dar noticia de una obra de traducción meditada, madurada y contrastada gracias a la cual la difusión de los Principios es ahora más fácil y, por tanto, también su conocimiento para un mayor número de personas.

Conclusión

Es obvio que las traducciones brindan a más gente más posibilidades de utilizar unos textos que antes no eran accesibles por estar redactados en un idioma que no era el propio. Desde luego, en cada nueva traducción se corre el riesgo de perder uniformidad. Pero, sin duda, tal y como ha sido advertido (Martijn HESSELINK, “The Principles of European Contract Law: some Choices made by The Lando Commission”, en Martijn HESSELINK & GJP DE VRIES, *Principles of European Contract Law*, 37), el peligro de crear diferencias entre Principios en distintos idiomas no es superior a las ventajas que conlleva la circulación del modelo entre un número mayor de personas. Claro que la traducción castellana no va a impedir que, en el foro internacional, la versión inglesa continúe siendo la que tenga más adeptos; pero, sin duda, su existencia contribuye a normalizar en España una tendencia a la europeización del Derecho ya muy enraizada en otros países de nuestro mismo entorno. Por eso, sería bueno que no tardara en ser traducida al castellano la Parte III de los Principios y mejor todavía si de su edición continuara siendo responsable el Consejo General del Notariado. Me gustaría ahora simplemente apuntar que, por lo menos, las reglas o “black rules” (sin comentarios) han sido ya traducidas al catalán por un equipo de la Universitat de Lleida, integrado por Antoni VAQUER ALOY, Jordi BARÓ TARRUELLA y Mireia PUIG MARTÍNEZ, y recientemente publicadas en la *Revista Catalana de Dret Privat* 3, (2004), 113-129.

Esther Arroyo i Amayuelas
Universitat de Barcelona

“Código Europeo de los Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), volúmenes I y II. Comentarios en homenaje al profesor D. José Luis de los Mozos y de los Mozos.” VARIOS AUTORES. Dirigidos por C. Vattier, J. M. de la Cuesta y J. M. Caballero. Dykinson y Universidad de Burgos, Madrid, 2003.

Dentro del movimiento en favor de la unificación del Derecho contractual europeo, estos *Comentarios al Código Europeo de los Contratos* están realizados por un nutrido grupo de juristas, en dos volúmenes, a modo de homenaje al profesor don José Luis DE LOS MOZOS, presidente de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía. Desde luego no estamos ante una obra más sobre el tema, sino que hay que destacar en la misma la profunda reflexión realizada sobre una de las opciones que se barajan a la hora de conseguir la unificación, o al menos armonización, del Derecho contractual dentro de la Unión Europea: la elaboración de un Código de Contratos único para todos los países.

Es conocido que la idea de un Derecho privado común es anterior incluso a la Unión Europea, encontrándose precedentes en el Proyecto italo-francés de Código de las Obligaciones y los Contratos de 1927, así como en la Propuesta de redacción de unas reglas uniformes sobre la compraventa internacional de bienes muebles, que en 1929 efectuó E. RABEL al Consejo de Dirección de UNIDROIT. Dentro de lo que es la historia más cercana de la Codificación Europea del Derecho civil, habría que hablar de dos Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y de 1994, en las que simplemente se sugiere la necesidad de codificación, así como el Informe *Lehne*, de 6 de noviembre de 2000, de la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior, alentando la misma. Mucho más recientemente aparece la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo, de 11 de julio de 2001, que abrió un debate que ha desembocado en la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001, sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, así como en la publicación el 12 de febrero de 2003 de otra *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo*, por la que se establece un Plan de Acción sobre un “Derecho Contractual Europeo más coherente”.

La Comunicación de la Comisión de 11 de julio de 2001 tuvo diferentes comentarios, apostillas, sugerencias y respuestas, publicadas en Internet. En total fueron 88 las aportaciones de representantes de los gobiernos, de las empresas, de asociaciones de consumidores, de académicos, abogados, notarios y otros profesionales del Derecho. De las diversas opciones que se plantean en la Comunicación de la Comisión, casi todas las aportaciones consideran que es necesario partir de una mejora en la calidad de la legislación (opción III), e igualmente se puede considerar generalizado el rechazo a la opción I, referida a la no actuación de la Comunidad Europea, dejando que sea el propio mercado el que vaya definiendo las líneas de armonización. La mayoría de las posturas son favorables a utilizar las opciones II y IV, referidas respectivamente al fomento de la definición de principios comunes y a la elaboración de una nueva legislación exhaustiva a nivel comunitario. Estas opciones no se consideran como opciones contrapuestas sino complementarias, e incluso de aplicación sucesiva: así, hay bastantes propuestas de seguir el sistema de elaboración de una serie de principios comunes, de carácter no vinculante, que irían preparando a la ciencia jurídica para una futura elaboración posterior de un Código Uniforme Europeo. Existen igualmente propuestas de codificación del contenido de diferentes directivas, las relativas a protección de los consumidores, en las que aparecen conceptos que se reiteran en unas y otras (así se destaca en las sugerencias realizadas por asociaciones de consumidores). Puede decirse que en las respuestas publicadas, en general, a corto plazo no parece viable la redacción de una legislación unitaria impuesta coactivamente, aunque sí se aconseja de una u otra manera el fomento de la definición de principios comunes de Derecho contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales; y ello, fomentando la investigación en materias de Derecho comparado, la cooperación entre profesionales de la justicia, académicos, registradores, notarios, jueces, etc. En todo caso, creo que la contestación más extensa y que más ha influido en la posterior Resolución del Parlamento de 15 de noviembre de 2001, es la elaborada conjuntamente por las comisiones Lando y von Bar, cuya lectura es muy sugerente y desde luego partidaria de la elaboración de principios y no de codificar.

Frente a estos antecedentes, en el caso del *Código Europeo de los Contratos* se ha partido de la idea de que la codificación es el mejor de los caminos para conseguir la integración europea. Desde esta perspectiva, creo que pueden destacarse varias ideas que inspiran esta obra: a) No es posible avanzar en la integración europea sólo con Reglamentos y Directivas. b) La mejor manera de satisfacer las necesidades del mercado único europeo es conseguir un Código único para toda la Unión Europea. c) A la hora de elaborar este Código, lo ideal es tomar como base un modelo, considerándose que, entre todos los Códigos nacionales, el que mejor puede cumplir esta función es el *Codice civile* italiano de 1942, por hallarse a mitad de camino entre el *Code Civil* francés y el *BGB* alemán, por haberse inspirado en el Proyecto italo-francés de Código de las Obligaciones y los Contratos, y por considerar que es el que presenta una mayor facilidad para un diálogo abierto con el *Common Law*. d) Se tiene igualmente en cuenta el *Contract Code*, de H. McGregor, por representar una síntesis entre el Derecho inglés y el escocés; y ello teniendo en cuenta que el sistema escocés es mixto, al estar influenciado a la vez por el *Common Law* y por el Derecho Romano, constituyendo éste su fundamento teórico.

A pesar de la crítica de fondo que late en el Código Europeo de los Contratos a la noción de principios (en cuanto a que los principios sólo tienen sentido dentro de un sistema), lo cierto es que los jueces pueden acudir a los principios generales

sobre los que se estructura el ordenamiento jurídico comunitario, ya sea a partir de los principios generales del Derecho interno de los Estados miembros, o de los que actualmente se consideran principios comunitarios. Desde esta perspectiva la elaboración de los Principios LANDO y los de UNIDROIT pueden igualmente ayudar al juez en su labor de fijación de los principios generales del Derecho, y tienen además la ventaja de ser el resultado de una investigación de Derecho comparado y de su presentación de forma similar a los *restatements* americanos, con casos hipotéticos seguidos de un breve comentario. Por otro lado, los Principios LANDO, los de UNIDROIT, al igual que Leyes modelo sobre Derecho mercantil elaboradas en el seno de UNCITRAL, pueden servir también para conseguir una armonización lenta mediante su recepción espontánea, al estilo de las denominadas *soft law* o *normes douces*.

En todo caso, no hay duda de que a la hora de conseguir la ansiada armonización se presentan enormes problemas desde la perspectiva de la aplicación del Derecho por los Tribunales de Justicia. La cuestión se plantea ya en la actualidad, pues a pesar del grado mínimo de unificación que se consigue con el desarrollo de las Directivas por los diferentes Estados de la Unión Europea, lo cierto es que los Tribunales de Justicia siguen demasiado apegados a modos de interpretación y aplicación del Derecho excesivamente fieles a su tradición jurídica. Ello hace que, en realidad, aunque las leyes internas de desarrollo de las Directivas sean prácticamente idénticas (muchas veces mera transcripción literal de las mismas), su aplicación lleve a resultados muy diferentes en cada uno de los países. Ello se pone de relieve en la Comunicación de la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo de 11 de julio de 2001, e incluso se aborda en algunas de las respuestas al mismo. Parece criticable que la Resolución del Parlamento de 15 de noviembre de 2001 no aborde directamente este problema; pero no hay duda de que el mismo se tiene que afrontar si de verdad se quiere una verdadera unificación del Derecho Privado Europeo. Desde luego, desde esta perspectiva, sí que es cierto que el sistema de la elaboración de un Código Europeo tiene mayores ventajas, pues, como señala el profesor DE LOS MOZOS, "sólo las normas, es decir, un cuerpo de normas, son capaces de impedir, eficazmente, la arbitrariedad judicial".

La obra original sobre la que se basan estos Comentarios es el *Code Européen des Contrats (Livre Premier)*, publicado en francés por la editorial Giuffrè (Milano, 2001). En los Comentarios se incluye una traducción al castellano realizada por los profesores DE LOS MOZOS y LUNA SERRANO, traducción que ya había aparecido en el fascículo IV de 2001 de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. El Código de los Contratos consta de 173 artículos, repartidos en once títulos: I. Disposiciones Generales. II. Formación del contrato. III. Contenido del contrato. IV. Forma del contrato. V. Interpretación del contrato. VI. Efectos del contrato. VII. Cumplimiento del contrato. VIII. Incumplimiento del contrato. IX. Cesión del contrato y de las relaciones que nacen del mismo. X. Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo. XI. Otras anomalías del contrato y sus posibles remedios.

La ordenación sistemática es novedosa en un intento de conseguir una estructura unitaria en la que encajar categorías que pertenecen tanto a lo que en nuestro entorno denominamos teoría general del contrato, como a la parte general del Derecho de obligaciones. Se trata con ello de acercar los sistemas de *Civil Law* y *Common Law*, dado que en este último el concepto de obligación tiene un significado más lato. El profesor DE LOS MOZOS ya había divulgado con anterioridad las ideas que han inspirado esta labor codificadora (así, entre otros, "El Anteproyecto de Código Euro-

peo de Contratos de la Academia de Pavía”, en *La Ley*, núm. 5629, de 9 de octubre de 2002), poniendo de relieve que “más que un Código, parece la exposición condensada de una teoría general del contrato y de las obligaciones”.

En las disposiciones generales, que constan de sólo cinco artículos, se comienza definiendo el contrato, incluyendo en el mismo las relaciones contractuales de hecho. A los tradicionales efectos obligatorios, se deja abierta la posibilidad de que produzca también efectos reales (art. 46). El desarrollo sistemático de cada una de las materias comienza con el nacimiento del contrato, el estudio de su contenido y forma, y de los problemas de interpretación, para pasar después a tratar ampliamente los efectos de los contratos, las reglas sobre el cumplimiento e incumplimiento de los mismos, los mecanismos de cesión, y finalmente los diversos supuestos de extinción normal o anormal. Se puede decir que en los cinco primeros títulos se comprenden cuestiones tradicionales sobre la teoría general del contrato: capacidad de las partes, formación del consentimiento, contenido, forma e interpretación. A partir del título VI es donde aparecen las mayores novedades, pues se incorporan una serie de materias que, en Códigos como el español, se tratan fuera de la teoría general del contrato, como ocurre con los elementos accidentales o la representación. No voy a destacar aquí los comentarios que realizan los autores que participan en esta obra. Cada uno de ellos aporta ideas sugerentes sobre las materias de las que se ocupa, sin que pueda decirse que exista un único enfoque, dado que unos optan por una labor exegética de los preceptos correspondientes; otros por una visión de Derecho comparado, teniendo en cuenta las soluciones que a un mismo problema se ofrecen en las distintas legislaciones de los países de la Unión Europea; y otros ponen de relieve las semejanzas y diferencias con la regulación española. El orden de los comentarios sigue la sistemática de cada uno de los títulos, si bien ciertos temas son tratados de una manera mucho más amplia que otros.

El Código Europeo de los Contratos incluye aspectos positivos en pro de la armonización del Derecho Europeo. En ese intento de eliminar las diferencias entre el *Common Law* y el *Civil Law*, se suprime toda referencia a la *consideration* del Derecho inglés o a la causa de los Códigos que han seguido el modelo francés, como elemento esencial del negocio, incluyendo la problemática que gira en torno a la misma dentro del contenido del contrato. Se recoge con claridad la distinción entre obligaciones de medio y de resultado dentro de la regulación del incumplimiento del contrato (tít. VIII). Además, el concepto de incumplimiento es amplio, incluyendo todas aquellas conductas que se apartan del proyecto inicialmente establecido, lo que ha sido acogido también por los Principios Lando. Parece igualmente adecuado, a efectos de una futura unificación, el tratamiento de los efectos del contrato, incluyendo en el mismo los efectos reales, y pronunciándose de manera expresa sobre el espinoso problema de la transmisión de la propiedad en los contratos traslativos. Se distingue aquí entre bienes muebles no registrables y bienes registrables, muebles o inmuebles; aunque en este último caso se respetan las particularidades de cada Estado en materia de publicidad.

Frente a indudables aciertos, el Código Europeo de los Contratos contiene algunos aspectos que pueden ser objeto de discrepancias. Por lo que se refiere a la capacidad de los menores, el Grupo de Pavía se aleja de la más moderna doctrina que defiende un progresivo reconocimiento de su capacidad de obrar: frente a ello, en los artículos 5 (tít. I) y 150 (tít. XI) se viene a equiparar a los menores con los incapacitados. La protección de consumidores y usuarios aparece de una manera casi espo-

rádica: así, se incluye en el artículo 9 (tít. II) dentro de la fase precontractual una referencia a los tratos con consumidores celebrados fuera del establecimiento mercantil. Desde luego, se echa de menos un tratamiento unitario de las reglas aplicables a los consumidores; y además, el concepto de consumidor que se recoge en el artículo 9.2, entendido literalmente, incluye paradójicamente las relaciones jurídicas entre consumidores. Además de lo anterior, la regulación de la oferta y la aceptación es muy poco clara, especialmente en lo relativo a la irrevocabilidad de la oferta. Las reglas sobre interpretación del contrato, contempladas en el título V, me parecen claramente insuficientes; y por otro lado, llama poderosamente la atención que sólo se recoja un único criterio interpretativo de los contratos con condiciones generales en el artículo 40 (la regla *contra proferentem*). Ello supone un enfoque un tanto desfasado, teniendo en cuenta el fenómeno de la contratación en masa y la unificación que se pretende entre Derecho Civil y Mercantil. Se echa en falta en la regulación de las obligaciones pecuniarias (tít. VII) un tratamiento exhaustivo de los problemas que plantean los medios de pago electrónicos, tan habituales en la actualidad, especialmente en el caso de las tarjetas de débito, de crédito, o de tarjetas emitidas por establecimientos comerciales, así como de tarjetas monedero. En la regulación de las anomalías del contrato (tít. XI) se incluyen como figuras autónomas la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia y la inoponibilidad. Las fronteras entre cada una de ellas están muy desdibujadas e, incluso, un mismo supuesto puede encajar indistintamente en varias de estas categorías.

Las anteriores observaciones no suponen, sin embargo, una crítica, sino una manera diferente de contemplar las cosas. No obstante, sí que hay una cuestión que merece algún tipo de reparo. La traducción castellana es en algunas partes un tanto deficiente, e incluso en ocasiones contiene errores evidentes (v. gr., el art. 46.3), lo que hace aconsejable utilizar la versión francesa. Resulta, además, llamativo que algunos de los autores de estos Comentarios apelen a una diferente traducción castellana realizada por otro denominado grupo de investigación de Zaragoza, publicada en el número 44, de 2002, de la *Revista Jurídica del Notariado*. Ello no tendría mayor importancia si no fuera porque, en ocasiones, de la traducción utilizada depende que se adopten unas u otras posturas o interpretaciones. El tema de la diversidad de lenguas es algo a lo que no son ajenas las instituciones comunitarias y su problemática se pone de relieve ya en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo, de 11 de julio de 2001. En ella se destaca que “la utilización de términos abstractos en la legislación comunitaria puede dar lugar a una aplicación no uniforme del Derecho comunitario y de las medidas nacionales. Los términos abstractos pueden designar conceptos legales para los que existen normas diferentes en las distintas legislaciones nacionales” (se utiliza como ejemplo el concepto de “perjuicio”).

En todo caso, me parece que existe un esfuerzo meritorio por parte de todos los autores que comentan cada una de las partes de este *Código Europeo de los Contratos*, analizando problemas clásicos con otros de mayor actualidad, en un intento de ahondar en los puntos que unen a los diversos sistemas jurídicos, que muchas veces son mayores que los que nos separan. En definitiva, esta obra constituye, a mi juicio, una aportación imprescindible para el estudio de la propuesta de unificación del Derecho de los Contratos realizada por el Grupo de Pavía. Los estudiosos del Derecho pueden encontrar en sus páginas planteamientos sumamente novedosos, con ideas sugerentes sobre los extremos que nos acercan y separan a cada uno de los ordena-

mientos jurídicos de nuestro entorno cultural. La bibliografía utilizada, tanto española y extranjera, es muy completa, facilitando la posibilidad de profundizar en las diversas materias tratadas. Se trata, sin duda, de una nueva aportación que contribuye a esa búsqueda del núcleo común del Derecho contractual europeo en la que necesariamente tiene que apoyarse la futura unificación.

Andrés Domínguez Luelmo
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Valladolid

Comisión de Deontología Notarial

PRINCIPIOS DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL DE LA UINL

PREÁMBULO

Los Principios de Deontología Notarial de la UINL que a continuación se recogen tienen su origen sin duda alguna en las conclusiones del XXII Congreso Internacional de la UINL, celebrado en Buenos Aires en conmemoración del cincuenta aniversario de la creación de la Unión. Dichas conclusiones fueron aprobadas, junto a las demás del Congreso, por la Asamblea General el día 2 de octubre de 1998. En la conclusión número diez puede leerse: *“Para que los principios deontológicos queden salvaguardados en el seno de la Unión de cara a generaciones futuras, aprovechando la excepcional ocasión que representa celebrar en Buenos Aires el cincuenta aniversario de la creación de la UINL, se propone a ésta la elaboración de unos Principios Generales de Deontología Notarial y la asunción del compromiso, a través de los instrumentos que estime pertinentes, de asesorar en esta materia a los países que lo soliciten, ayudar a los respectivos notariados en la implantación de las reglas deontológicas y ofrecerse como árbitro imparcial para la solución de cuantos conflictos puedan suscitarse entre los notariados miembros”*.

Tras la creación de la Comisión de Deontología de la Unión, a los pocos meses de celebrado el Congreso, entre las cuatro Subcomisiones de trabajo que se constituyeron, una de ellas, la primera, se encargó de ela-

borar un borrador de dichos principios. Sobre el mismo se fue trabajando a lo largo de las ocho reuniones de la Comisión que tuvieron lugar en los últimos cuatro años. En la reunión celebrada el 8 de octubre de 2003, con ocasión de las sesiones del Consejo Permanente y Asamblea celebradas en Québec, se presentó ya el primer borrador definitivo del texto, que fue aprobado por unanimidad de todos los miembros de la Comisión asistentes a dicha reunión. Durante los meses siguientes el presidente y vicepresidente de la Comisión trabajaron sobre dicho proyecto a fin de que, respetando en todo momento su contenido, se le dotara de una redacción lo más clara y concisa posible y a la vez tuviera una articulación ordenada y precisa.

En enero de 2004 se envió el texto definitivo a la Comisión Consultiva, la cual sugirió algunas modificaciones, motivadas fundamentalmente por la posible coincidencia de algunos de los artículos con los Principios Generales de la UINL, que por entonces se estaban elaborando, modificaciones que fueron recogidas en toda su integridad en el nuevo texto que se presentó a la aprobación del Comité Ejecutivo en la reunión que tuvo lugar en Bucarest el 8 de mayo de 2004. El Comité Ejecutivo aprobó dichos principios por unanimidad y acordó presentarlos a la aprobación del Consejo Permanente y comunicarlos a la Asamblea de Notariados Miembros en las respectivas sesiones que tendrían lugar en México del 16 al 19 de octubre de 2004.

Como se desprende del texto recogido, se intenta con estos principios tres objetivos bien delimitados. Por un lado, ayudar de la manera más eficaz posible a los notariados que carecen actualmente de normas de deontología articuladas legalmente, de un fundamento expreso para las lagunas de su legislación. En segundo lugar, servir de orientación a los notariados que se incorporen en el futuro sobre el criterio que deben seguir en la elaboración de sus Códigos Deontológicos, y finalmente, servir a todos los notarios de recordatorio constante acerca de la vigencia inderogable de los criterios que siempre deben presidir el buen ejercicio de la profesión notarial.

PRINCIPIOS DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL

1. De la preparación profesional.

- 1.1. El notario debe ejercer su actividad profesional con competencia y una preparación adecuada y, particularmente, las funciones esenciales de interpretación y aplicación de la ley, adquiriendo conocimientos específicos en las materias que interesen al notariado y tomando diligentemente en consideración las indicaciones de sus órganos profesionales.
- 1.2. El notario debe, en particular, procurar constantemente estar al día en su preparación profesional, aplicándose a ello tanto personalmente como a través de la participación en las iniciativas previstas por los órganos colegiales.

2. De la oficina notarial.

- 2.1. El notario debe tener preparado, en el lugar donde ejerza su competencia territorial, una estructura capaz de asegurar, gracias también a la utilización de las tecnologías adecuadas, un funcionamiento regular y eficaz de la oficina notarial.
- 2.2. El notario debe ejercer su función en la oficina notarial de tal forma que asegure una efectiva disponibilidad en el servicio, estando personalmente presente y respetando un horario conforme con las exigencias de la clientela.

3. De las relaciones con los colegas y los órganos profesionales.

- 3.1. El notario debe comportarse con sus colegas siguiendo los principios de la corrección, de la colaboración y de la solidaridad, con un intercambio mutuo de ayudas, servicios y consejos.
- 3.2. El notario no debe atentar a la reputación de la profesión o de un colega denigrando su competencia, saber o servicios de otro notario.
- 3.3. El notario debe, en la medida de sus posibilidades, participar en el desarrollo de su profesión intercambiando sus conocimientos y su experiencia con sus colegas o con los estudiantes y colaborando en todo programa de formación profesional.
- 3.4. El notario debe prestar la más intensa colaboración a sus órganos colegiales para permitirles ejercer de manera eficaz sus funciones; debe además estar dispuesto a participar en la vida corporativa y cumplir los encargos que se le pidan.

- 3.5. El notario miembro de un órgano colegial debe cumplir su función con disponibilidad y objetividad, cooperando en el ejercicio continuo y electivo de los poderes-deberes conferidos y procurando al respecto el espíritu de unión entre los notarios.

4. De la competencia.

- 4.1. Al aceptar un encargo profesional el notario debe comportarse correctamente, respetando la libre elección de las partes y una leal competencia entre los notarios.
- 4.2. El notario debe abstenerse de buscar a la clientela con otros medios que no sean sus propias capacidades profesionales y, en todo caso, no debe recurrir a reducciones de honorarios, servirse de proveedores de clientela o, en general, de otros instrumentos no conformes a la dignidad y prestigio de la profesión.

5. De la publicidad.

- 5.1. Salvo disposición contraria de la ley, está prohibida tanto la publicidad individual del notario, haciendo ver sus cualidades personales o la actividad que ejerce, como cualquier otra forma de publicidad indirecta que, por sus modalidades concretas, produzca efectos análogos.
- 5.2. Están autorizadas las formas de publicidad colectiva, estrictamente de información, realizadas a iniciativa de los órganos corporativos o, en todo caso, reglamentadas por éstos, respetando la igualdad de trato entre todos los notarios.

6. De la designación.

- 6.1. La designación de notario se hará por libre decisión de los interesados, salvo los casos previstos por las leyes o reglamentos.
- 6.2. En el marco del deber de imparcialidad, el notario debe abstenerse de todo comportamiento que, aunque fuera de manera indirecta, pudiera influir sobre la libre elección de los interesados en cuanto al notario a designar.

7. De la intervención personal del notario.

- 7.1. La prestación profesional del notario está caracterizada por una relación de confianza y personal con los clientes. El notario puede servirse de auxiliares y colaboradores, a condición de que ello

no afecte en nada a la naturaleza personal de la prestación en su conjunto.

- 7.2. En todo caso, el notario debe comprobar la identificación personal de las partes y su legitimación para actuar así como indagar e interpretar la voluntad de las mismas y su cualificación jurídica, de la manera más adecuada.

8. Del secreto profesional.

- 8.1. En el ejercicio de su actividad, bajo cualquier tipo de relación, el notario está obligado a respetar el secreto profesional respecto a la materia de que haya tenido conocimiento en el curso de la intervención que le haya sido solicitada, tanto a lo largo de su intervención como después. Asimismo, está obligado a vigilar y tratar de que esta prescripción sea respetada igualmente por sus colaboradores y empleados.
- 8.2. Únicamente no está obligado el notario a guardar el secreto profesional por un deber de colaboración con la autoridad pública al que se encuentre obligado en virtud de una norma específica o por una orden de la autoridad judicial o administrativa, o en todo caso de la autoridad encargada de vigilar la transparencia de las transacciones económicas.

9. De la imparcialidad e independencia.

- 9.1. El notario debe comportarse con imparcialidad e independencia en cada manifestación de su profesión, evitando toda influencia de tipo personal sobre su actividad y toda forma de discriminación cara a sus clientes.
- 9.2. En la prestación de su ministerio, el notario debe mantener una posición equidistante respecto de los diferentes intereses de las partes y debe buscar una solución equilibrada e inequívoca que tenga como único objetivo preservar la seguridad común de éstas.
- 9.3. La imparcialidad e independencia del notario debe mantenerse tanto respecto a los particulares como frente al Estado.

10. De la diligencia y responsabilidad.

- 10.1. En el ejercicio de su función, el notario ha de actuar de una manera adecuada y constructiva: informar y aconsejar a las partes acerca de las posibles consecuencias de la prestación requerida, bajo todos los aspectos de la habitual actuación jurídica que le

ha sido confiada; debe elegir la forma jurídica más conforme a la voluntad de las partes, asegurándose de su legalidad y de su recíproca pertinencia; debe asesorar a las partes respecto a las aclaraciones solicitadas, necesarias para asegurarles la conformidad con las decisiones tomadas y la conciencia del valor jurídicamente relevante del acto.

- 10.2. El notario tiene la obligación de responder de manera adecuada a través de determinadas formas de seguro de aquellos riesgos que comporta el ejercicio de la profesión.

Consideración final

Los notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, de acuerdo con la legislación de cada país, cumplirán cuanto sea necesario para hacer aplicables y ejecutivas, merced a un apropiado sistema de sanciones, las reglas de deontología notarial recogidas en los artículos precedentes, instituyendo dentro de cada país una Comisión *ad hoc* encargada de vigilar su observancia.

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN EUROPEO EUROHIPOTECA: PUNTOS PARA LA DISCUSIÓN

Grupo de Investigación Eurohipoteca

A) Introducción

El Grupo de Investigación *The Eurohypotheq: a common mortgage for Europe* (1) hace públicas, mediante este documento, algunas de las reflexiones que fueron debatidas en su primer plenario, celebrado en Valladolid en junio de 2004, en torno a la figura de la Eurohipoteca (*Eurohypotheq*). El documento de trabajo contiene algunos rasgos que podrían caracterizar a una posible hipoteca común para Europa (2).

(1) Actualmente (agosto 2004) el Grupo de Investigación de la Eurohipoteca está compuesto por: Shaun Bond, Martin Dixon, Gerwyn Griffiths, Ulf Jensen, Esther Muñiz Espada, Sergio Nasarre Aznar, Elena Sánchez Jordán, Otmar Stöcker y Agnieszka Tulodziecka. En otoño de 2004 se incorpora a los trabajos Pedro del Pozo Carrascosa. Son colaboradores de los profesores españoles Fernando Canals Brage y Juan Francisco Delgado de Miguel. Esta versión española ha sido preparada por Esther Muñiz Espada, Sergio Nasarre Aznar y Elena Sánchez Jordán.

(2) Existen ya numerosas publicaciones relacionadas con la materia, que pueden encontrarse agrupadas en la página web del Grupo. Desde este momento pueden destacarse, en castellano y catalán, las siguientes: MUÑIZ ESPADA, Esther: *Bases para una propuesta de Eurohipoteca*, Tirant lo Blanch, en prensa; NASARRE AZNAR, Sergio: "La reforma del derecho registral inglés. Un modelo de Registro flexible para una Eurohipoteca", *RCDI*, número 683, mayo-junio 2004; NASARRE AZNAR, Sergio: *Securitisation and mortgage bonds. Legal aspects and harmonisation in Europe*, Saffron Walden, 2004, Ed. Gostick Hall; NASARRE AZNAR, Sergio: *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid y Barcelona, 2003, Ed. Marcial Pons; NASARRE AZNAR,

El principal objetivo de la publicación de este texto, que sólo es el comienzo de la investigación, es incentivar la discusión científica para la búsqueda de un nuevo instrumento de armonización de las garantías inmobiliarias que dinamice los créditos hipotecarios transnacionales, que actualmente representan apenas un 1 por 100 del total del negocio hipotecario. Existe, hoy por hoy, una necesidad de buscar un instrumento común, flexible pero seguro al mismo tiempo, que sea útil para hipotecante y acreedor hipotecario, no sólo en lo que se refiere a las operaciones activas sino también a las operaciones pasivas del mercado hipotecario.

Tanto académicos, como notarios, registradores, entidades de crédito, promotores inmobiliarios, operadores del mercado de valores, economistas, asociaciones de consumidores y demás expertos jurídico-económicos están llamados a esta reflexión, cuyas opiniones pueden dirigirse a la dirección de correo electrónico que aparece en la página web del Grupo (www.eurohypotheq.com).

Todo ello servirá para mejorar nuestra propuesta que, según los términos fundacionales del Grupo, deberá acabar en un proyecto de Directiva para la Unión Europea en materia de Eurohipoteca.

B) Texto

I. Objetivo.

El objetivo de este documento de trabajo es efectuar una propuesta para el diseño de una Eurohipoteca, cuya principal disyuntiva a la hora

Sergio: "La conveniència de la regulació d'un dret real de garantia immobiliària no accessori a Catalunya", *La Notaria*, número 11-12, diciembre 2001; NASARRE AZNAR, Sergio y STÖCKER, Otmar: "Models d'hipoteca independent en dret comparat. La regulació d'un dret real de garantia independent a Catalunya", *Revista catalana de Dret Privat*, vol. 2, diciembre 2003; NASARRE AZNAR, Sergio y STÖCKER, Otmar: "Un pas més en la «mobilització» de la hipoteca: la naturalesa i configuració jurídica d'una hipoteca independent", *Revista catalana de Dret Privat*, vol. 1, diciembre 2002; NASARRE AZNAR, Sergio y STÖCKER, Otmar: "Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de la Europa central", *RCDI*, número 671, junio 2002; NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: "El préstamo hipotecario transfronterizo: la eurohipoteca", *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, número 93, marzo-abril 2001; SÁNCHEZ JORDÁN, M.^a Elena: "Garantías sobre bienes inmuebles: la Eurohipoteca", en *Derecho privado europeo* (coord. Cámara Lapuente, S.), 2003, Colex; SÁNCHEZ JORDÁN, M.^a Elena: "La Eurohipoteca", *Libro-Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Thomson-Civitas, Madrid, 2003; STÖCKER, Otmar M.: "La «eurohipoteca»", *Revista Española de Financiación a la Vivienda*, número 18-19, abril 1992; STÖCKER, Otmar: "La Eurohipoteca: un medio para unificar el Derecho Hipotecario en Europa", *Anales I 1996/1997*, Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil (CIDDRIM), coord. Alfonso Hernández Moreno, Ed. Cedecs, Barcelona, 1998. Para más bibliografía sobre la materia, puede consultarse la página web del Grupo.

de su configuración es su carácter o bien accesorio o bien independiente de la obligación garantizada, pero que en cualquier caso pueda ser empleada para garantizar deudas.

Esta disyuntiva básica se fundamenta en que, si bien la hipoteca accesorio es la más común en Europa y la más conocida, utilizada y aceptada por los operadores (3), la hipoteca independiente es la que se ha venido proponiendo como modelo para la Eurohipoteca desde que surgió por primera vez esta idea en el Informe Segré en los años sesenta (4), además es una figura exitosa allí donde ya está presente (5).

(3) Esta es la opinión, por ejemplo, de WACHTER, Thomas: "La garantie de crédit transfrontalier sur les immeubles au sein de l'Union européenne. L'Eurohypothèque", *Notarius International*, vol. 4, 1999, pp. 183 a 185.

(4) Hace más de treinta años, la Comisión de la CEE encargó a un grupo de expertos, bajo la dirección del profesor *Claudio Segré*, la tarea de llevar a cabo una investigación relativa a los problemas surgidos por la liberalización de los movimientos de capitales y las implicaciones de la integración del mercado de capitales. En 1966, este grupo de expertos elaboró un informe titulado "Desarrollo de un Mercado Europeo de Capitales", conocido como Informe Segré, en el que se proponía, entre otras medidas, la armonización de las previsiones legales relativas a los derechos de garantía sobre bienes inmuebles existentes en cada uno de los Estados miembros, proponiendo como modelo la deuda territorial alemana (*Grundschuld*).

Esta iniciativa fue recuperada años después por la Unión Internacional del Notariado Latino, Comisión para Asuntos Europeos, que el 22 de mayo de 1987 envió al Consejo de Ministros de la UE la propuesta siguiente:

- Debe establecerse una hipoteca regulada de manera uniforme en todos los Estados miembros, susceptible de ser empleada por las instituciones financieras, que coexista con los derechos de garantía inmobiliaria ya existentes en los distintos estados.

- Este derecho uniforme debe ser construido sobre la base de la cédula hipotecaria suiza.

- En el seno de la UE, las instituciones financieras y los prestatarios tendrían acceso, de esta manera, a un derecho de garantía más flexible, como alternativa a los derechos de garantía ya existentes en cada estado miembro, y, por último,

- De esta manera, se evitarían los problemas de carácter jurídico, económico y práctico ligados a una hipoteca estrictamente accesorio.

Sobre la Eurohipoteca puede consultarse, además de la bibliografía citada anteriormente, la siguiente: UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO, *The Euromortgage*, 2.^a ed., Amsterdam, 1994 (con un ejemplo de contrato de garantía y de confirmación de rango); WEHRENS, Hans G.: "Überlegungen zu einer Eurohypothek", *Wertpapier Mitteilungen-Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, número 14, abril 1992; y STÖCKER, Otmar: *Die Eurohypothek*, Berlin, 1992.

El documento "A non-accessory security right over real property for Central Europe", elaborado por el Dr. Hans Wolfsteiner, Notary, Munich / Dr. Otmar Stöcker, Asociación de Bancos Hipotecarios Alemanes, publicado en la *ZBB [Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft = Journal of Banking Law and Banking]* 1998, 264) fue recuperado y reelaborado por un grupo de trabajo formado por las siguientes personas: Dr. Peter Ditzes, Frank Dresch, Leonhard Goebel, Hartwig Glatzki, Peter Heller, Albrecht Meyer, Ekkehard zur Megede, Dr. Sergio Nasarre Aznar, Dr. Otmar Stöcker, Tim Lassen, Andreas Luckow. Este segundo documento también ha sido utilizado para realizar el presente documento.

El Grupo "La Eurohipoteca: una hipoteca común para Europa" (www.eurohypothec.com) nació en 2004. Sus miembros son académicos e investigadores de cinco estados europeos diferentes y su principal objetivo es redactar un proyecto de Directiva para una eurohipoteca. Algunos de sus miembros ya han escrito diversas publicaciones sobre esta materia.

(5) La hipoteca independiente está presente en Suiza, Alemania, Hungría, Suecia, Esto-

El carácter independiente de la Eurohipoteca presenta las siguientes ventajas:

a) La Eurohipoteca ofrecería un amplio grado de flexibilidad, lo que es más difícil de conseguir con una hipoteca accesoria.

b) La Eurohipoteca podría existir ya antes de que se celebre el contrato de préstamo o antes de que se desembolse la cantidad prestada. El desembolso del préstamo resultaría, de este modo, más sencillo, puesto que el banco no tendría que correr con el riesgo de efectuar un desembolso sin que existiese previamente un derecho de garantía. En consecuencia, el prestatario podría constituir un derecho real de garantía sobre un bien inmueble antes o durante las negociaciones tendentes a la consecución del préstamo, de manera que el desembolso de la suma prestada, una vez concluido el contrato, podría acelerarse de forma considerable.

c) Cuando el crédito a garantizar ha sido total o parcialmente amortizado, la misma Eurohipoteca puede asegurar un nuevo crédito, sin necesidad de crear una nueva hipoteca. La Eurohipoteca puede emplearse, también, para garantizar obligaciones de cantidades variables; se trata de una importante ventaja para la financiación del desarrollo inmobiliario y de la construcción por fases, así como para asegurar obligaciones relacionadas con cuentas corrientes.

d) También es posible mantener la misma Eurohipoteca como garantía cuando la obligación actualmente garantizada sea sustituida por otra nueva (novación). Es posible ampliar o incluso sustituir un préstamo con un tipo de interés fijo, después de la finalización del período a interés fijo, por otro préstamo por el resto del plazo, conservando la garantía. Se puede aplicar la misma solución cuando varios créditos de escasa cuantía sean sustituidos por otros de gran entidad.

e) La Eurohipoteca podría ser empleada para garantizar varias obligaciones contraídas con el mismo acreedor.

f) La flexibilidad de la Eurohipoteca facilita el cambio de acreedor, lo que promueve la competencia entre prestamistas. Debido a su naturaleza no accesoria, puede ser transmitida a un nuevo acreedor para garantizar un nuevo préstamo.

g) La Eurohipoteca contribuye al desarrollo de nuevas técnicas de financiación por parte de las entidades bancarias. Así, la simplificación de los métodos de cesión hace posible que las entidades de crédito pue-

nia, Eslovenia y existe un Proyecto avanzado en Polonia. Como dato relevante, ha de indicarse que la mayoría de los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades de crédito alemanas están garantizados mediante hipoteca independiente (SCHWAB, Karl Heinz y PRÜTTING, Hanns: *Sachenrecht*, 27.^a edición, München, 1997, Ed. Verlag C.H. Beck, p. 344).

dan transmitir préstamos garantizados con Eurohipoteca a otras entidades financieras. También es más fácil que las entidades de crédito adquieran otros créditos garantizados con Eurohipotecas sin gastos elevados ni pérdida de tiempo con el fin de mejorar su estructura de riesgo. Además, ello ayuda a concentrar los préstamos en las instituciones financieras que tienen mejores posibilidades de financiación de manera que el mercado pueda ofrecer mejores condiciones. Esto es beneficioso para aumentar los mercados de cédulas hipotecarias (*covered/mortgage bonds*) y de bonos de titulización hipotecaria (*mortgage-backed securities, MBS*).

h) La independencia respecto a la obligación garantizada también permite ceder parte de préstamos hipotecarios entre instituciones financieras rápida y económicamente de una manera que no pueda verse afectada dicha cesión en caso de concurso (*insolvency-proof form*); ello es posible para la parte de préstamos sindicados realizados de este modo para diversificar riesgos y conceder préstamos a gran escala.

i) No es necesario para la Eurohipoteca que exista un modo de gestión electrónica de hipotecas, pero está claro que dicho sistema favorece el crédito transfronterizo. El simple registro de la Eurohipoteca la hace ser un adecuado instrumento para los registros electrónicos y para aplicaciones informáticas.

La carta hipotecaria es preferible en este contexto, dado que todas las nuevas transacciones que afectan a la Eurohipoteca, como las cesiones, pueden tener lugar sin necesidad de cambios en el Registro.

Las futuras reformas tendentes a lograr una negociación totalmente electrónica podrían ir dirigidas a emitir cartas electrónicas y créditos electrónicos. La Eurohipoteca está diseñada para adaptarse a este proceso.

j) La Eurohipoteca contiene (garantiza) un capital principal total, sin añadirle un determinado tipo de interés.

No somos ajenos a las dificultades teóricas y prácticas que puede plantear la introducción de una hipoteca no accesorio en ordenamientos donde ésta es desconocida, máxime con la idea de que ésta se convierta en el instrumento común para Europa. Entre ellas apuntamos los riesgos para el deudor de que garantía y obligación se cedan separadamente a dos terceros distintos; el funcionamiento de las excepciones; la falta de experiencia de las entidades de crédito con este tipo de hipotecas; posibles abusos de la figura que recomienden su uso limitado a instituciones controladas como las entidades de crédito; el riesgo de que el contrato de garantía se realice por contrato privado sin necesidad de elevarlo a público; cuestiones como la causa de la Eurohipoteca; su jurisdicción (posibilidad y proceso de ejecución); la Eurohipoteca sobre diversas fincas concebida como hipoteca solidaria; su innecesariedad porque algunas de las funciones de la

hipoteca independiente expuestas ya se realizan (p. ej., en España) mediante otras figuras (hipotecas de máximo, flexibilización en la refinanciación de la hipoteca por parte del deudor mediante leyes especiales, etc.); entre otras.

No obstante, las ventajas que aporta la flexibilización de la hipoteca independiente tanto para el acreedor hipotecario como para el deudor (en el ámbito de su respectiva refinanciación hipotecaria), la experiencia de funcionamiento exitoso de esta figura en otros ordenamientos y el hecho de que muchas de las fisuras planteadas pueden o bien explicarse o bien deberían ser analizadas en un segundo estadio de la investigación, nos conminan a realizar una exploración de cómo podría configurarse una Eurohipoteca de naturaleza independiente a la obligación garantizada en cada caso, puesto que, apriorísticamente y teniendo en cuenta las propuestas históricas en la materia desde los años sesenta, parece apuntarse como la solución más eficiente para dinamizar el préstamo transnacional en Europa.

II. Regulación general y constitución de una Eurohipoteca, entendida como garantía independiente.

1. El propietario es el único sujeto legitimado para crear una Eurohipoteca. La Eurohipoteca debe ser susceptible de ser creada tanto por el propietario para sí mismo como para el futuro tenedor de la Eurohipoteca, en función de los deseos de las partes contratantes o únicamente del propietario. La creación de la Eurohipoteca es útil para el propietario si, por ejemplo, éste está en tratos con varios bancos con el objeto de obtener un crédito y, una vez que la decisión ha sido adoptada, quiere obtener pronto los fondos del préstamo. De esta manera, el propietario ya no tiene que ocuparse de los requisitos formales para la creación de la Eurohipoteca y tiene un derecho de garantía "en reserva".
2. Debe existir un contrato de garantía que regule el uso de la Eurohipoteca y que establezca los requisitos para su ejecución y para su cancelación. La ley debería señalar el contenido mínimo de los contratos de garantía, en aras de la protección del deudor. Los perjuicios que se ocasionen al propietario (sujeto que ofrece la garantía) o al acreedor como consecuencia del incumplimiento de los pactos contenidos en el contrato de garantía habrán de ser indemnizados.

El contrato de garantía debe estar sujeto al requisito de forma escrita. No es preciso que sea elevado a escritura pública y no es necesario que se inscriba en el Registro de la Propiedad. La posi-

ble invalidez del contrato de garantía no afecta a la válida constitución de la Eurohipoteca. No obstante, en caso de invalidez del contrato de garantía, la Eurohipoteca tendrá que ser devuelta al propietario de la finca.

3. Debería ser posible tener una Eurohipoteca fiduciariamente. En este sentido, habrá que adoptar precauciones para que esta forma de fiducia siga existiendo incluso en el supuesto de la insolvencia del fiduciario, de manera que el derecho de garantía no se incluya entre la masa pasiva concursal. Estas estructuras cobran virtualidad en los supuestos de financiación puente y de préstamos sindicados, en relación con la adquisición de carteras de préstamos entre bancos con el fin de diversificar riesgos y de aumentar y mejorar la refinanciación, así como en relación con la transferencia de préstamos a vehículos titulizadores (*special-purpose vehicles, SPVs*) en el contexto de estructuras para la emisión de bonos de titulización hipotecaria (MBS).
4. La Eurohipoteca puede ser creada de dos maneras: como un derecho de vida registral y como un derecho incorporado a un certificado. Un derecho adjunto a un certificado (carta hipotecaria) facilita su transmisión. Esto presenta algunas ventajas para el prestatario en el caso de una reestructuración y permite la refinanciación por su tenedor en el mercado de capitales a través de una cesión de la Eurohipoteca a otro banco o, en el contexto de una transacción de MBS, a un SPV. Estas posibilidades mejoradas de cesión son también buenas para el prestatario. La transmisión de la carta/certificado a la que se incorpora la Eurohipoteca sigue las normas de la cesión de valores. En consecuencia, es también posible que la carta sea custodiada por un depositario en una forma inmaterial y, en caso de reclamación de devolución, para ser cedida en lugar del certificado/carta. Tales depositarios pueden ser sociedades privadas sometidas a la supervisión de los mercados de valores. Por esta vía puede transmitirse la Eurohipoteca entre distintos acreedores de manera simple y efectiva. La gestión electrónica de los derechos adheridos a una carta/certificado se encuentra regulada, por ejemplo, en Suecia, en relación con la *datapantbrev*. De forma parecida, el futuro Sistema Americano de Registro Electrónico de la Hipoteca (*American Mortgage Electronic Registration System, MERS*), permitirá la administración electrónica a los titulares de derechos.
5. La Eurohipoteca puede ser empleada para asegurar créditos transfronterizos pero también, y esto dependerá de la voluntad de las partes, para garantizar préstamos que sólo afecten a un país. Pue-

de ser creada en cualquier país de la UE, en relación con una o más propiedades situadas en uno o en distintos países de la UE. En este sentido, deben ser observados los requisitos que se exigen para la constitución de derechos reales en el lugar donde sea creada la Eurohipoteca.

6. Debería ser posible que a través de la Eurohipoteca se estipulase que, junto a la responsabilidad del inmueble, su propietario (quien lo sea en cada momento) sea responsable personalmente por la cantidad garantizada con la Eurohipoteca con su patrimonio personal. Esto tiene la ventaja de que solamente con el título ejecutivo de la Eurohipoteca se abre la vía de la ejecución del patrimonio personal del propietario. En el caso de que se plantearan dificultades de pago por parte del prestatario, el banco no necesitará exigir la ejecución del inmueble inmediatamente: podrá ser satisfecho, al menos temporalmente, con ejecuciones no tan gravosas sobre bienes personales (por ejemplo, embargo de salarios). En ningún caso será posible demandar doblemente en las dos vías.

Dicha responsabilidad personal sería subsidiaria respecto de la garantizada con la Eurohipoteca, como sucede en el caso de la hipoteca accesorio (siempre que en la constitución de hipoteca independiente, deudor y propietario del inmueble gravado fuesen los mismos). Salvo declaración en contrario, no resultará responsable personalmente el hipotecante no deudor.

7. La Eurohipoteca no devenga intereses. Los intereses y las cantidades accesorias en relación con el préstamo pueden ser garantizados a través de la creación de una Eurohipoteca por una cantidad suficiente. De esta forma, los titulares de derechos de menor rango pueden conocer, en cada momento, qué significado económico puede tener para ellos el rango superior que posee la Eurohipoteca. El propietario tiene derecho a la “devolución” de la hipoteca en relación con la parte de la Eurohipoteca de inferior rango que no sea necesaria para garantizar el préstamo; esta posibilidad podría ser restringida en la medida en que los intereses del préstamo se refieran a dos años.
8. El alcance de la Eurohipoteca es fijo y sólo puede ser modificado en virtud de un acuerdo entre el titular de la misma y el propietario. En la medida en que la Eurohipoteca no sea necesaria para garantizar el préstamo, el propietario tiene derecho a la recuperación de aquélla. Este derecho de devolución no puede quedar limitado, en virtud de acuerdo, a un derecho de extinción de la Eurohipoteca. En la distribución que se lleva a cabo después de la ejecución de la Eurohipoteca el derecho de recuperación es to-

mado en consideración en el lugar correspondiente a su rango. No obstante, el propietario puede ceder este derecho de recuperación/devolución al titular de una carga de rango inferior o a un tercero, por escrito. El cesionario recibe, pues, la cantidad correspondiente en la distribución.

9. Es posible crear e inscribir una Eurohipoteca en cualquier moneda de cualquier país del Área Económica Europea y, si los países en los que está la propiedad gravada lo permiten, también en otras divisas.
10. Se puede crear una Eurohipoteca que grave diversos inmuebles (hipoteca solidaria), que pueden estar situados en un mismo país o en distintos países de la UE. Todos los inmuebles responderán por la totalidad de la deuda. La Eurohipoteca nace desde que se crea en relación con un inmueble, y en primer lugar en relación con este inmueble. En caso de ejecución, el titular de la Eurohipoteca puede decidir contra cuál de los inmuebles va a dirigir la ejecución. El procedimiento de ejecución puede llevarse a cabo de forma separada en relación con cada uno de los inmuebles. En cualquier caso, si el titular de la Eurohipoteca ve satisfecho su crédito con la ejecución de un solo inmueble, el nivel de la Eurohipoteca se reduce en relación con las otras propiedades en la cuantía recuperada. Mediante esta Eurohipoteca solidaria, será posible financiar de manera efectiva carteras de propiedades en uno o más países; esto facilitará a las compañías la expansión de su patrimonio en otros países.
11. La Eurohipoteca grava tanto el inmueble en sí mismo como sus frutos y beneficios; en particular, las rentas, los accesorios y los derechos de crédito derivados de contratos de seguros por pérdidas sufridas en la finca, en los edificios y en otros bienes determinados. Los terceros solamente podrán hacer valer sus derechos en relación con estos bienes frente al titular de la Eurohipoteca si sus derechos están inscritos y poseen mejor rango en el Registro de la Propiedad.
12. La Eurohipoteca debe figurar en escritura pública en los países en que así se exija y debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad. Además, no se permite imponer tasas e impuestos más elevados a los que correspondan para crear derechos reales domésticos sobre inmuebles.

Así, cada país podrá decidir que, en el caso de que se constituya una Eurohipoteca sobre inmuebles situados en dicho país, será necesaria la intervención para su constitución de una determinada persona que sea competente, en función de la ley del país en el que la Eurohipoteca se cree (p. ej., el notario).

13. La Eurohipoteca tiene un rango fijo en relación con otros derechos de garantía sobre inmuebles y en relación con cualquier otro tipo de carga sobre el inmueble. El rango dependerá del orden de inscripción en el Registro. Sólo aquellos derechos, de naturaleza legal y no inscritos en el Registro relacionados con inmuebles, limitados en el tiempo y calculables son susceptibles de tener mejor rango que la Eurohipoteca. Esta relación en materia de rango también se aplica en los procedimientos de ejecución y en los supuestos de insolvencia del propietario.
14. Si se emite una carta hipotecaria, deberá ser expedida por la Oficina del Registro en forma documental o electrónica. Su emisión deberá hacerse constar en el Registro de la Propiedad. La carta hipotecaria reproduce los asientos en el Registro de la Propiedad en relación con la Eurohipoteca. La carta hipotecaria no contiene declaraciones en materia de rango.
15. El procedimiento que hace posible, en caso de pérdida de la carta hipotecaria, la exclusión del titular actual (sin título) de la garantía, y la declaración de nulidad del documento, está regulado por las normas aplicables en materia de valores.

III. Cesión de la Eurohipoteca.

1. Uno de los objetivos importantes que se persigue con la introducción de la Eurohipoteca es la facilidad a la hora de su cesión, manteniendo siempre a salvo la necesaria seguridad jurídica. Así, se concede al constituyente de la Eurohipoteca un amplio grado de flexibilidad en relación con el futuro uso de la garantía. En consecuencia, deberían admitirse distintas posibilidades de cesión.
2. El tipo de cesión depende de la concreta estructura de la Eurohipoteca. Se debe observar la forma legal del documento de cesión (a partir de aquí, simplemente, "la cesión").
 - a) En el supuesto de una Eurohipoteca de vida registral, la validez de la cesión exige la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad y, en los países donde así se requiera, hacer constar la cesión en escritura pública.
 - b) Si se ha emitido carta hipotecaria, la cesión debe llevarse a cabo de acuerdo con las reglas del derecho de transmisión de los valores (en soporte físico o anotado en cuenta, si la carta es electrónica). Además, podrá ser anunciada en el Registro de la Propiedad. La Eurohipoteca también puede ser cedida al margen del Registro. Un requisito para que ello suceda es que la creación de la carta pueda ser anotada en el Registro

de la Propiedad. En consecuencia, el tercero que consulte el Registro podrá saber inmediatamente que el que figura como titular en el Registro posiblemente no sea el actual titular.

Por esta vía se pueden alcanzar varios objetivos; así por ejemplo, las relaciones fiduciarias y sindicadas entre varias entidades crediticias que participan en una operación de financiación pueden completarse de forma práctica y sin retraso. Además, en caso de financiación puente temporal por parte de una tercera institución, sería posible ofrecer garantías legales a un prestamista, sin generar una carga por los desembolsos para el propietario o para el prestatario, por lo que posiblemente sólo será un corto período de tiempo. También cabe concebir que un acreedor pueda ceder la Eurohipoteca incorporada a la carta para sus propios intereses refinanciadores, ya sea de forma permanente o sólo de manera periódica.

3. La Eurohipoteca no está ligada a la deuda en cuya garantía se constituyó. Esto significa que debería ser posible transmitir la Eurohipoteca sin necesidad de transmitir, simultáneamente, el crédito garantizado. Así, cabría que el propietario celebrara un nuevo contrato de garantía con un nuevo acreedor con el fin de garantizar otro crédito con esta garantía, siempre que el antiguo crédito estuviera satisfecho. Si el crédito original no estuviera plenamente abonado, entonces quedaría sin garantía o debería quedar garantizado con una nueva garantía. Por lo tanto, se incrementa la flexibilidad del propietario a la hora de estructurar sus contratos de garantía. Debería ser posible excluir en el contrato de garantía la posibilidad de la transmisión aislada de la Eurohipoteca sin la cesión del crédito garantizado.
4. En el supuesto de que el crédito garantizado pase al nuevo acreedor junto con la Eurohipoteca, el deudor conservará todas las excepciones y medios de defensa relativos al contrato de garantía original, y habrá de permitirse que puedan ser opuestas al cesionario. En este punto debe prevalecer la protección al deudor.
5. En relación con los gastos de cesión, se propone la aplicación de los mismos principios que en relación con los costes de constitución.

IV. Extinción.

1. La Eurohipoteca se extingue cuando se libera con el consentimiento de su titular y del propietario del inmueble y cuando se cancela en el Registro de la Propiedad. No se extingue por el transcurso del tiempo.

2. La extinción o la prescripción de la deuda garantizada permite al deudor intentar la recuperación de la Eurohipoteca. En caso de que el crédito garantizado se extinga, la Eurohipoteca no se extingue automáticamente. Si así se ha estipulado en el contrato de garantía, el propietario del inmueble tiene una acción contra el titular de la Eurohipoteca para la recuperación de la misma. El propietario puede, según su voluntad, pedir o bien la restitución o bien la cancelación de la Eurohipoteca.
3. Debe establecerse un procedimiento para facilitar la cancelación de la Eurohipoteca en aquellos casos en los que su titular es desconocido o esté ausente.

V. Ejecución.

1. La calidad de un derecho real de garantía sobre inmuebles depende, esencialmente, de las posibilidades de ejecución. En consecuencia, tiene que existir un procedimiento de ejecución efectivo para la Eurohipoteca.
2. No es necesario un título independiente y separado para la ejecución de la Eurohipoteca, pues ésta es directamente ejecutable.
3. El titular de la Eurohipoteca puede llevar a cabo la ejecución sin necesidad de probar la existencia de la deuda; el procedimiento debe permitir que el deudor oponga las excepciones y los medios de defensa que surjan de la obligación garantizada. Si el propietario del inmueble gravado discute la cuantía o la existencia de la obligación, la carga de la prueba recae sobre el titular de la Eurohipoteca.
4. En principio, se prevé que el procedimiento de ejecución sea judicial o notarial.

Así, debe tenerse en cuenta la posibilidad de permitir y articular, además, un procedimiento alternativo de ejecución o de subasta controlado por el Estado (o notarialmente) o a través de un procedimiento de venta privada. En tal caso, deben establecerse mecanismos de protección del propietario.

5. En el procedimiento de ejecución/subasta estatal, o controlada por el Estado, todos los derechos con rango preferente al del acreedor ejecutante deberían subsistir, mientras que los del mismo o posterior rango, así como el derecho del acreedor ejecutante, deben extinguirse. Los derechos que se extinguen deberán ser satisfechos con las sumas obtenidas de acuerdo con el orden de prioridad de cada uno.

6. Debe concederse a todo acreedor que sufra la pérdida de algún derecho como consecuencia de la venta o subasta la posibilidad de sustituir al acreedor ejecutante.

La sustitución tiene lugar a través del pago al titular de la Eurohipoteca, ejecutante en el procedimiento de venta forzosa. El acreedor que sustituye al ejecutante paga la cantidad por cuya causa se sigue el procedimiento de ejecución. Para la Eurohipoteca, concebida como independiente del crédito garantizado, significa que el acreedor sustituto no paga el crédito garantizado, sino el derecho de garantía mismo. En consecuencia, la sustitución sólo supone la transmisión del derecho de garantía a los acreedores sustitutos. El crédito garantizado no se transmite, sino que permanece en manos del acreedor sustituido. Este último está obligado, de acuerdo con el contrato de garantía, a abonar la suma entregada (por el acreedor sustituto) en la cuenta del deudor y compensarla con el crédito garantizado.

VI. Procedimiento en caso de insolvencia.

1. La Eurohipoteca debe conferir a su titular la posibilidad de obtener plena satisfacción incluso en el supuesto de insolvencia del propietario. El orden de rango no debe resultar deteriorado como consecuencia del procedimiento de ejecución.
2. Sólo podrán tener prioridad de rango en relación con la Eurohipoteca aquellos derechos no inscritos en el Registro de la Propiedad, creados por disposiciones legales, relativos a bienes inmuebles, limitados en el tiempo y calculables.