

Sociedad Civil entre Farmacéuticos de Oficina: Análisis de la sentencia del TS de 1 de febrero de 1994, en relación con el Derecho sanitario del Estado

MIGUEL CERDÁ OLMEDO

Examen de la procedencia y legalidad de la sociedad civil existente, desde el día 1 de febrero de 1987, entre don M.G.B. y don A.E.M., y a la que aportaron sus oficinas de farmacia de la calle Las Cruces, y de la plaza de Alcudia, ambas de Puerto Alto, para la explotación, en copropiedad, de dichas oficinas de farmacia, previo traslado de la de la calle Las Cruces, a la calle Valdepeñas, torre I. Especial referencia a la legislación farmacéutica aplicable al convenio privado de creación y constitución de la sociedad civil referida.

Análisis sobre la viabilidad jurídica de una farmacia constituida y establecida en local ajeno, sobre el cual el farmacéutico titular de la oficina sólo ostenta, según parece, un mero derecho de precario, sujeto, por tanto, a la voluntad o capricho del propietario del local, y concedente de aquél, en lo concerniente a su disponibilidad o uso del referido local por parte del titular autorizado de la oficina de farmacia.

Análisis y comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1994 por la que se resuelve el litigio entre M.G.B. y A.E.M.

I

Examen de la procedencia y legalidad de la sociedad civil existente, desde el 1 de febrero de 1987, entre don M.G.B. y don A.E.M., y a la que aportaron sus oficinas de farmacia de la calle Las Cruces, y de la plaza Alcudia, ambas de Puerto Alto, para la explotación, en copropiedad, de ambas oficinas de farmacia, previo traslado de la de la calle Las Cruces, a la calle Valdepeñas, torre I. Especial referencia a la legislación farmacéutica aplicable al convenio privado de creación y constitución de la sociedad civil.

SOCIEDAD CIVIL EXISTENTE ENTRE LOS SRES. G.B. Y E.M., AMBOS FARMACÉUTICOS Y TITULARES DE OFICINA DE FARMACIA SITAS EN PUERTO ALTO

De la escueta exposición doctrinal de la Sentencia del TS de 1 de febrero de 1994, confirmando las anteriores de instancia, resulta evidente la licitud y posibilidad jurídica de dicha sociedad, al afirmarse «la existencia de un contrato verbal de sociedad, por ello irregular, que se perfeccionó por el simple consentimiento, al ser consensual, y que si no surge a la vida civil con relación a terceros, surte sus efectos, como sociedad irregular o de hecho, entre las partes contratantes», abundando la referida Sentencia del TS que la normativa reguladora de las farmacias permite que «los farmacéuticos traten de obtener el máximo de beneficios, incluso asociándose con fin de lucro, para repartir entre sí las ganancias, con lo que ni dañan a otros compañeros ni a la clientela».

Por nuestra parte, dada la escasez doctrinal de la Sentencia sobre este punto, vamos enseguida a profundizar sobre la cuestión, que si bien en línea de principios, no admite controversia, sería conveniente señalar su alcance y exacta configuración, con la finalidad de establecer, en su caso, la legalidad o ilegalidad que trascendiendo al fallo referido, incida, sin embargo, en la situación jurídica en que se encuentran los socios de dicha sociedad civil, y que determinará su conducta y actuación posterior, en atención a la peculiaridad del objeto sobre el que versa dicha sociedad, fijando el ámbito de su respectiva responsabilidad.

A) SOCIEDAD CIVIL NO DOTADA DE PERSONALIDAD JURÍDICA

En primer lugar, la sociedad civil constituida entre los Sres. G. y E. no está dotada de personalidad jurídica, diferente o distinta de la propia de sus componentes o asociados, y a quien perteneciera las farmacias aportadas por ambos, deviniendo dicha sociedad nuevo propietario de las dos farmacias aportadas. Aparte de otros obstáculos de orden civil que lo impedirían, dada la forma de constituirse la sociedad civil entre los Sres. G. y E., el Derecho sanitario actualmente vigente en España, no consiente el asociacionismo farmacéutico organizado bajo el concepto técnico de persona jurídica, a semejanza de lo que ocurre en algunos Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

La sociedad civil dotada de personalidad jurídica, constituída para la explotación farmacéutica, contravendría la regla básica del Derecho farmacéutico, de indivisibilidad de la propiedad y de la explotación de la oficina de farmacia, según la cual sólo los que posean título de farmacéutico pueden ser propietarios y gestores del establecimiento sanitario. La sociedad dotada de personalidad, por no ser farmacéutico, no podría

ni ser propietario ni podría gestionar la explotación de la farmacia. En consecuencia, no es instrumento idóneo para el ejercicio de la actividad sanitaria, por lo que parece ocioso discutir sobre este punto.

El Derecho farmacéutico español no ha autorizado nunca la posibilidad de aplicar el concepto de persona jurídica al ejercicio de la profesión farmacéutica; y en este sentido, en la actualidad, la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, señala, de modo taxativo, que «sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público» recogiendo la legislación anterior y la tradición española sobre este punto, que mantiene al farmacéutico, como único posible propietario de las oficinas de farmacia privadas, o particulares, es decir, abiertas al público, exceptuando únicamente las pertenecientes a Organismos estatales, que son propiedad del respectivo Organismo.

B) APLICABILIDAD DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD, A LA SITUACIÓN CREADA POR LOS INTERESADOS

Las farmacias de propiedad del Sr. G. y del Sr. E., esta última previo traslado a la calle Valdepeñas de Puerto Alto, en la hipótesis que analizamos, «se ponen en común» (art. 1165 del CC) en cuanto masa patrimonial, entre los interesados, de forma voluntaria, al menos inicialmente, «mediante contrato verbal», al decir de la Sentencia del TS. O sea, los farmacéuticos G. y E. unidos por antiguos y sólidos vínculos de amistad, unieron legítimamente sus intereses profesionales mediante la *affectio societatis*, debiéndose regular la situación del modo más conforme a su voluntad —ciertamente nada expresiva sobre este punto— siempre que el Derecho farmacéutico no lo impidiere y con las debidas adaptaciones a los imperativos exigidos por éste.

En consecuencia, las normas reguladoras del contrato de sociedad civil y no las relativas a la comunidad de bienes serían, en principio, las aplicables a la situación jurídica creada por los farmacéuticos referidos.

Existen sólidos argumentos que fundamentan el aserto anterior. Las reglas del contrato de sociedad son más conformes a la voluntad de los interesados que las propias de la comunidad de bienes, dictadas para regular uniones de intereses que surgen, generalmente, de forma involuntaria o incidental. Lo que no ocurre en la situación que analizamos, según la Sentencia del TS. Además las reglas del contrato de sociedad son más adecuadas también, desde el punto de vista objetivo, para la reglamentación de la farmacia o farmacias de sujeto plural, por ser más conformes con la naturaleza de la situación, por cuanto la farmacia con pluralidad de sujetos, en cuanto entidad patrimonial, representa un patrimonio en transformación, concretamente renovado en cuanto a sus existencias, en estado activo, unido indefectiblemente a la idea de gestión

dinámica, de explotación coordinada, en definitiva, de empresa en común, con ánimo de lucro en las ganancias. La farmacia compartida, no es para *tenerla*, como patrimonio común de sus cotitulares, sino para que éstos puedan *ejercer su profesión de farmacéuticos* con dichos bienes, como algo vital y dinámico. En cambio, en la comunidad de bienes y en su correspondiente normativa reguladora, subyace, más bien, la idea de un patrimonio común, privado, de mera conservación, de mantenimiento del *statu quo* patrimonial, evitando su dispersión, respondiendo, más bien, a la idea de mera *tenencia estática* de bienes, en donde éstos son un fin, en sí mismos, y no un simple medio para satisfacer intereses supra individuales, y que los trascienden, y en donde la unión de intereses constituye algo poco deseado por los interesados. Por tanto, las reglas de la sociedad, como simple contrato que no engendra personalidad jurídica, parecen más conformes que las propias de la comunidad de bienes, para la regulación de la situación de la farmacia con pluralidad de sujetos titulares, y en especial, en el caso concreto que analizamos, al ser de creación voluntaria de los interesados.

C) APLICABILIDAD DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA COMUNIDAD DE BIENES A LA SITUACIÓN CREADA POR LOS SRES. G. Y E.

Sin negar el fondo de verdad que hay en todo lo anteriormente afirmado, la cuestión tiene, sin embargo, más de discusión teórica que de aplicabilidad práctica, en nuestro Derecho positivo.

Aplicar las reglas del contrato de sociedad a la situación de «puesta en común» de las farmacias del Sr. G. y E. no responde a la voluntad de los interesados, al menos, después de crearse la situación, dadas las desavenencias entre ellos.

En primer lugar, nada definitivo se deduce de dichas voluntades en lo relativo a la regulación específica de la situación creada por los partícipes. Únicamente se afirma en la Sentencia del TS de 1 de febrero de 1994 que dicha situación fue creada de propósito, de forma voluntaria, pero nada se pactó sobre el complicado funcionamiento de la sociedad civil irregular que se constituyó, y de la actuación posterior de los interesados cabe deducir una ausencia total de *affectio societatis* entre ellos.

En segundo lugar, aplicar las reglas del Código Civil, reguladora del contrato de sociedad, como supletoria, en defecto de voluntad expresa y contraria de los interesados, no conduce a algo muy diferente de lo que se obtendría de aplicarse las reglas propias de la comunidad de bienes, (arts. 392 ss. del Código Civil), porque la sociedad, sin personalidad jurídica, organizativa de intereses comunes, sigue en nuestro Código Civil un régimen muy parecido al de la comunidad de bienes, romana o por cuotas. Las *cuotas* equivalen a las *partes* del socio en la sociedad; la

sociedad puede *disolverse*, en equivalencia al ejercicio de la acción de división de la comunidad, cuando un término de duración no se hubiera establecido, como ocurre en la situación creada entre los Sres. G. y E. *por voluntad de cualquiera de los socios* (art. 1700,4.º del Código Civil), naciendo a favor del otro copartícipe el derecho que le atribuye la Sentencia del TS de 1 de febrero de 1994.

En tercer lugar, y por imperativo legal, no cabe sino aplicar a la situación que analizamos las reglas de la comunidad de bienes.

Por definición, la situación creada por los Sres. G. y E. en virtud del contrato verbal entre ellos representaría, en todo caso, una *sociedad* sin personalidad jurídica. Otra cosa no tolera el actual Derecho farmacéutico español, y que, además, por ser irregular, o de hecho, la sociedad constituida, carecería de personalidad, desde el punto de vista civil. Por ello establece imperativamente, el artículo 1169 del CC que la situación se regirá por las normas relativas a la comunidad de bienes (arts. 392 ss. del Código Civil), toda vez que, además, en virtud del deber personal e indelegable de gestión de cada uno de los partícipes en las farmacias, habrán de «contratar en su propio nombre con los terceros». O sea, que el contrato les liga a los otorgantes y a sus herederos pero no vincula a los terceros con los que aquellos contraten.

D) LA COPROPIEDAD DE LAS OFICINAS DE FARMACIA DE LOS FARMACÉUTICOS G. Y E.

De cuanto venimos exponiendo la situación jurídica objeto de nuestro análisis se explica recurriendo a la figura de la copropiedad de oficinas de farmacia, como modalidad o especie de la comunidad de bienes regulada por nuestro Código Civil.

La copropiedad sobre la farmacia constituye una posibilidad que, de antiguo, admite la legislación farmacéutica siempre que reúna los requisitos siguientes: 1.º) que todos los copropietarios tengan la cualidad de farmacéuticos; 2.º) que estén debidamente autorizados para el ejercicio efectivo de su actividad profesional y 3.º) que con la copropiedad entre farmacéuticos no resulte violada la regla del Derecho farmacéutico, según la cual ningún farmacéutico puede tener más de una oficina de farmacia en la misma población o en poblaciones distintas y que rige en nuestro Derecho sanitario desde las Ordenanzas de Farmacia de 1860.

Todos los requisitos citados se cumplen en nuestro caso. Y con referencia al último, los Sres. G y E. son copropietarios por mitades indivisas de dos farmacias, con lo que el requisito también se cumple.

La copropiedad sobre la oficina de farmacia no deroga la regla esencial del Derecho sanitario actual de indivisibilidad de la propiedad y de la gestión en la persona del farmacéutico autorizado.

La farmacia, como cualquier otro negocio mercantil, puede pertenecer a varios titulares, sin división material del bien objeto de condominio, en régimen de propiedad común o indivisa, pero con el rasgo esen-

cial y diferenciador de otros supuestos, del deber de gestionar personalmente la empresa todos los copropietarios, y en virtud de éste sólo título de partícipe en la comunidad.

Dado que en el caso que analizamos existe copropiedad de oficinas de farmacia, el derecho de propiedad se ejerce por los farmacéuticos sobre ambas oficinas aportadas, aunque falte la división material de las empresas, teniendo ambos el deber de gestionarlas personalmente, por lo que la falta de transparencia en éste último punto, o su obstaculización por cualquier medio (no mostrar las cuentas de gastos y ganancias, pedidos a los almacenes, información sobre la clientela, etc.) constituyen faltas graves que atentan al propio Derecho farmacéutico, al impedir el deber de ejercer la profesión de ambos farmacéuticos.

Cada uno de los partícipes tiene un derecho *cualitativamente* igual al del otro y que en nuestro caso, al ser del 50 por 100 la cuota de cada comunero, es también *cuantitativamente* igual en cuanto a su atribución material indivisa.

Los Sres. G. y E. tienen un derecho de propiedad pleno cualitativa y cuantitativamente idéntico (al 50 por 100) al derecho de propiedad exclusivo, sobre ambas oficinas de farmacia.

El Derecho sanitario general admite, de antiguo, la copropiedad sobre las oficinas de farmacia. Así la Real Orden de 7 de diciembre de 1910 y la base 16 de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944. El Reglamento tipo de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, aprobado en el Pleno del Consejo General de 6 de diciembre de 1957, y que fue adoptado, con ligeras variantes, por la gran mayoría de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España. En dicho Reglamento tipo se habla de «plena propiedad o *porción alicuota*» de la oficina de farmacia. El Real Decreto de 15 de abril de 1978 recoge manifestaciones concretas de copropiedad sobre la farmacia en el artículo 8 (*Refundición* de farmacias), los artículos 6 y 103 de la Ley General de Sanidad de 26 de abril de 1986 declaran igualmente la posible *copropiedad* entre farmacéuticos.

El Tribunal Supremo, reiteradamente, ha admitido que, negocialmente, pueda el titular de la farmacia, transmitir a persona distinta, no la totalidad de la empresa, sino sólo una porción indivisa de la misma, originándose una copropiedad entre los interesados. Así, la Sentencia de dicho Tribunal de 9 de junio de 1987.

E) ADAPTACIÓN DE LAS NORMAS CIVILES DE LA COPROPIEDAD, COMO MODALIDAD DE LA COMUNIDAD DE BIENES, A LAS EXIGENCIAS PROPIAS DEL DERECHO SANITARIO

La regulación sanitaria del establecimiento y gestión del patrimonio sanitario-farmacéutico responde siempre a satisfacer intereses colectivos, no meramente patrimoniales y privados del propietario de la farma-

cia. Por ello, y en base a la naturaleza de la masa patrimonial en cuestión, las normas relativas a la comunidad de bienes (arts. 392 ss. del Código Civil) son de aplicación al caso, siempre que no contraríen los intereses colectivos y generales que tiene como finalidad suprema cualquier oficina de farmacia.

Así, no será de aplicación al caso, el principio de autonomía privada como principio rector de la comunidad de bienes, cuando con él se contraríe el Derecho sanitario. Así los copropietarios no pueden atribuirse sobre las farmacias comunes atribuciones que entrañen descomposición material de cualquiera de ellas, porque iría en contra de la función típica de la farmacia, que se superpone a los propios titulares. Las atribuciones de cualquiera de los copropietarios que desembocan en una división o fragmentación del establecimiento están prohibidas porque arruinaría la utilidad de la farmacia como organización sanitaria, descomponiéndose a una pluralidad de suborganizaciones parciales, fragmentarias e inoperantes. Por tanto, el derecho de los farmacéuticos copartícipes habrá de ser, como ya hemos señalado, cualitativamente igual sobre ambas oficinas de farmacia, con atribución de cuotas ideales, que no entrañen división material de la farmacia coparticipada.

Los copropietarios no podrán alterar, en ningún caso, en virtud de acuerdo o convenio, el contenido esencial del dominio sobre la farmacia, ni las peculiares cargas y deberes que la integran, o modificar el sistema de explotación de la oficina que habrá de ser del tenor que el Derecho sanitario exige.

En conclusión, los acuerdos o convenios de los copartícipes no constituyen la base fundamental de la disciplina aplicable a la copropiedad farmacéutica, en contra de lo dispuesto en el artículo 392, párrafo 2.º del Código Civil. La peculiaridad propia de la oficina de farmacia y su adscripción a satisfacer fines colectivos y generales impiden que la voluntad de los interesados puedan establecer los pactos que les serían permitidos cuando la copropiedad versase sobre cualquier otro bien de naturaleza estrictamente patrimonial.

La regla del Código contenida en el artículo 393, según la cual, el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios, como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas, sufre igualmente, una importante restricción. La cuota de participación, del 50 por 100 en nuestro caso, se ciñe a los denominados aprovechamientos o utilidades obtenidos del ejercicio profesional de ambas farmacias, pero nunca puede aplicarse en lo que atañe a los deberes y obligaciones que incumben al farmacéutico copropietario, en el ejercicio de su profesión. Ambos copropietarios, cualquiera que sea su cuota de participación, y con independencia de ella, se considera que ejerce su profesión a título individual, y con carácter pleno, a todos los efectos legales, como cualquier otro profesional individual de la farmacia.

El artículo 398 del Código Civil sufre, igualmente, una importante quiebra cuando se trate de la administración de las farmacias coparticipadas. Los acuerdos de la mayoría de los partícipes para la administra-

ción, del citado precepto legal, no son aplicables a la farmacia de titularidad plural, en atención a que el Derecho farmacéutico impone como *deber* ineludible de cada farmacéutico, titular de aquélla, su gestión y explotación personal y directa, sin la cual no sería ni siquiera concebible que pudiera ejercer su profesión.

La copropiedad de la farmacia entre el Sr. G. y el Sr. E. se les atribuye a los interesados para que cada uno de ellos, cumpliendo con su deber de gestión y explotación profesional, puedan desarrollar la actividad sanitaria, que se verá robustecida en su prestación a la sociedad, al ser varios los profesionales que deben intervenir.

Por tanto, la administración de las farmacias en copropiedad, en contra de lo previsto en el artículo 398 con carácter general, se torna de ejercicio conjunto o mancomunado, por todos los partícipes. De donde deriva la capital obligación de utilizar, y tener a la vista, constantemente, por ambos interesados, las cuentas relativas a las farmacias coparticipadas, pudiendo entenderse que el incumplimiento de esa obligación, sin la cual la administración conjunta no podría efectuarse, es causa de disolución de la comunidad, hecha de mala fe, e imputable al incumplidor, surgiendo, en el otro copartícipe el derecho de elegir farmacia, en la forma que se establece en la Sentencia del TS de 1 de febrero de 1994, tantas veces aludida.

Las extraordinarias dificultades y molestias que derivan de la administración conjunta de las farmacias coparticipadas, en nuestro caso, se ven paliadas por las siguientes consideraciones que entendemos son de aplicación en nuestro caso:

1.^a Que dicha exigencia de administración conjunta, despliega y agota su eficacia únicamente en relación entre los Sres. G. y E., no afectando, en modo alguno, a los terceros que con ellos contraten y se surtan de medicinas o perciban los servicios farmacéuticos (clientela y proveedores). Frente a éstos, cada uno de dichos farmacéuticos contrata en su propio nombre, sin intervención del otro copartícipe.

2.^a Que incluso, dentro ya de la relación interna que liga a ambos farmacéuticos, por aplicación analógica de preceptos sobre la gestión de negocios, y pese a la necesidad de administrar conjuntamente ambas farmacias, como hemos señalado, será válida también la actuación individual o aislada de cualquiera de ellos, vinculando al copartícipe que no intervino en ella, cuando dicha administración se hubiere consentido en su utilidad o redunde en su beneficio o provecho.

3.^a Que la necesaria coparticipación de ambos farmacéuticos se ciñe exclusivamente a lo que podría denominarse administración estricta, no afectando a los acuerdos de los partícipes en lo relativo a «un mejor disfrute» de las oficinas coparticipadas. En este caso, las utilidades, disfrutes y ventajas no se atribuirán por igual a los partícipes sino, en la medida de su respectiva cuota de participación, si bien, en nuestro supuesto, al ser del 50 por 100, se impondrá una distribución igualitaria, pero dicha cuota puede ser alterada por nuevo convenio en los interesa-

dos, si éstos lo tuviesen por conveniente. Así, por vía de ejemplo, corresponderían por mitad a los Sres. G. y E. los beneficios netos obtenidos por ambas farmacias, su participación en el pago de impuestos, su contribución a los gastos de explotación, etc., teniendo cada condueño la libre disposición de su cuota, siempre que se cumplan y se observen las limitaciones que establece la legislación sanitaria (que el adquirente de la cuota sea farmacéutico, debidamente autorizado, etc.).

Por último, expondremos unas breves consideraciones en lo relativo al ejercicio de la libertad individual del comunero y que el Código Civil establece en el artículo 394, al determinar los límites de la lícita utilización por el comunero de la cosa común, que habrá de ser, según dicho precepto, conforme a su destino, de manera que no perjudique el interés de la comunidad, y con el debido respeto al mismo derecho de los demás comuneros.

1.^a La destinación de la cosa no debe entenderse como adscripción a una finalidad exclusivamente económica o utilitarista de la farmacia, orientado a satisfacer intereses económicos y particulares del que utiliza la farmacia coparticipada. Se trata aquí de un destino orientado a satisfacer intereses colectivos, generales y vitales, cual es cooperar a la consecución de la salud pública, y en la medida que dicha destinación superior lo consienta, a obtener el máximo de lucro de ganancia económica, de forma subordinada y dependiente.

2.^a La destinación de la farmacia, a la que habrá de acomodarse la actuación y utilización del farmacéutico copartícipe, está sustraída a la voluntad de los interesados y es inmodificable por ellos a virtud de pacto. Su contenido es intangible y, creado por obra del legislador, se superpone a los coparticipes, generando para ellos una serie de deberes y cargas a los que no pueden sustraerse.

F) CONSTANCIA Y PUBLICIDAD DE LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LOS FARMACÉUTICOS G. Y E.

Por nuestra parte, estimamos que la situación creada entre los Sres. G. y E. y plasmada en la Sentencia del TS de 1 de febrero de 1994, puede hacerse constar, fehacientemente, en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la provincia correspondiente, y en concreto, en el oportuno registro del mismo de las farmacias implicadas.

Con la presentación de la Sentencia aludida en el indicado Colegio Oficial se deberá hacer constar sobre las farmacias de los interesados la situación de condominio en que ambos se encuentran.

Igualmente en la rotulación de cada una de dichas farmacias, y en ejecución de la Sentencia aludida, podría hacerse constar el nombre y apellidos de ambos interesados en la copropiedad.

De ocurrir los hechos tal y como acabamos de relatar, cuya posibilidad jurídica nos parece incuestionable, la situación jurídica entre G. y E. se modifica, pues el pacto de sociedad civil irregular entre ellos, que hasta ahora sólo vinculaba a dichos interesados, de ser publicada en la forma expresada, afectaría también a terceros con los cuales aquéllos se relacionen. Así tanto G. como E., serían solidariamente responsables y por las dos farmacias, de su actuación profesional frente a la clientela y proveedores. El pacto, de constitución de sociedad que hasta ahora sólo liga a los contratantes, se le dotaría de trascendencia frente a terceros, al darle publicidad, deviniendo dichos terceros conocedores de la situación.

Sin embargo, la aludida agravación de la responsabilidad en el caso (responsabilidad solidaria de ambos farmacéuticos), unido al dato de que el Sr. E. es ya titular único, en el correspondiente Colegio Oficial, de la farmacia de mayor importancia económica en cuanto a ventas, hace desaconsejable que el referido Sr. E. se interese en reflejar en el Colegio la situación de copropiedad en que se encuentra, manteniendo la situación, sólo *ab intra*, entre las partes interesadas, sin repercusión frente a terceros, lo que constituye para él algo que lejos de perjudicarlo, le beneficia.

II

SITUACIÓN DE LA FARMACIA A NOMBRE DEL SR. E., SITA EN CALLE VALDEPEÑAS, ASENTADA SOBRE LOCAL DE PROPIEDAD DE G. Y SU REPERCUSIÓN EN LA SITUACIÓN DEL TITULAR DE LA FARMACIA

Según dice la Sentencia de la Audiencia, y el TS lo confirma, que «ha quedado probado y así lo reconoce el demandante (E.) que está ocupando de precario el local donde se encuentra ubicada la farmacia, sita en la calle Valdepeñas, torre I, de Puerto Alto».

Evidentemente el Sr. E. admitió ocupar de precario el local de su farmacia en congruencia con la tesis que él mantuvo, en su día, de inexistencia de sociedad entre él y G. y condicionando dicha situación precaria en que decía hallarse a la aludida inexistencia de sociedad que él mantuvo, pero que no prosperó. Después veremos cómo no puede entenderse su pretendida situación precaria del local, base física de su farmacia, con la existencia de una sociedad civil entre su titular y G., como ha quedado patente en la Sentencia del Tribunal Supremo, demostrando por nuestra parte, que la situación de precario como título de disponibilidad jurídica de E. sobre el local de la farmacia de que es

titular autorizado, viola la legislación sanitaria sobre este punto, es negada que existiera por la propia actuación del Colegio Oficial de Farmacéuticos al conceder a E. el traslado de su antigua farmacia de calle Las Cruces, contradice lo que establece la propia Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Puerto Alto, también confirmada en todas sus partes por la propia del TS y es, por último, contraria a la verdadera intención de los interesados.

G) ANÁLISIS DEL TÍTULO DE PRECARIO SOBRE EL LOCAL DE FARMACIA, A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN SANITARIA SOBRE ESTE PUNTO

Autorizada cualquier oficina de farmacia o concedido el solicitado traslado de la misma, ésta se establece en el correspondiente local abierto al público, constituyendo la base física de la empresa y elemento esencial de la misma, por lo que, a tenor de la legislación sanitaria, entre otros requisitos, se exige «título que acredite la disponibilidad jurídica del local», sin que sea necesario título de propiedad, bastando la posesión del mismo (art. 2 del Decreto de 1978); posesión que posibilita también cualquier otro título distinto del de propiedad, pero que establezca una relación jurídica duradera, de carácter estable, sobre el referido local, (arrendamiento, usufructo, etc.) como corresponde al concepto mismo de oficina de farmacia como «establecimiento sanitario donde se ejercen funciones, actividades y servicios asistenciales y farmacéuticos, así como de salud pública» (art. 1.1 Orden de 1980). Dichos servicios sólo pueden prestarse en situación de continuidad, estabilidad y reiteración. Por tanto, un título que atribuya una posesión efímera o claudicante del local no es idóneo para que sobre el local pueda establecerse una farmacia.

¿Puede considerarse a E. como inmerso en una mera situación posesoria, efímera o claudicante, del local en la que, como precarista detenta el local ajeno, sin pagar merced por ello, bien por la concesión o tolerancia del dueño del mismo, Sr. G., o bien, sin título alguno que justifique la posesión de E.? Este farmacéutico sería precarista del local, base de su farmacia, aplicando la jurisprudencia reiterada del TS, cuando tenga la posesión del local *concedida graciosamente* por G. y que se extinguiría por revocación del concedente, surgiendo entonces en E., la obligación de devolvérselo, o bien, sin previa concesión, cuando G. simplemente *tolere* la posesión de E. que implica en aquél una actitud de *condescendencia* o *beneplácito*, *revocable* en cualquier momento. Por último, igualmente, según el TS, E. sería precarista del local si lo posee sin título que justifique su posesión.

Pues bien, en ésta última hipótesis, de *posesión sin título del local* se viola abiertamente y por definición, la legislación farmacéutica que, como ya hemos señalado, exige ineludiblemente el título justificativo

correspondiente de la posesión del local, por lo cual es la hipótesis sencillamente impensable cuando de una farmacia se trata. Nadie puede tener una farmacia asentada sobre local, del que se carece de título. Pero es más, tampoco la hipótesis de posesión de cosa ajena *concedida* o *tolerada* por su dueño en favor de E. cabe que pueda admitirse a la luz de la legislación sanitaria, que exigirá, en todo caso, las referidas notas de asiduidad, reiteración, estabilidad y duración en la prestación del servicio sanitario por parte del farmacéutico autorizado, y que contradice la libre revocación o el mero capricho del dueño del local que concede o tolera la posesión por otro, deviniendo poco serio y eficaz el servicio público sanitario que la farmacia está llamada a desplegar; el servicio sanitario no puede prestarse teniendo el farmacéutico una posesión claudicante o desfalleciente del local sobre el que la farmacia se asienta.

Por tanto, en este punto entendemos que el título de precario es inhábil para establecer, en base a él, una titularidad de oficina de farmacia. El Colegio no puede autorizar el establecimiento de una farmacia sobre un local que sólo se posee en precario.

Ahora bien, el problema no queda solucionado del todo, en méritos de que el precario, aparte de la acepción que del mismo hace el TS y que ha sido analizada por nosotros, admite otra concepción, llamada concepción clásica, en nuestro Derecho Positivo y, por tanto, se hace imprescindible que la analicemos también por nuestra parte. Me refiero, en concreto, al precario como variedad del *comodato* cuya regulación positiva se incardina, en nuestro Código Civil, en la regulación del comodato, caracterizándose el precario por no haberse pactado plazo de duración del comodato, ni el uso específico de la cosa, ni resulta éste determinable. Entonces el comodante puede, en cualquier momento, según dice el artículo 1570 del Código Civil, reclamar la cosa a su voluntad.

Ahora bien, si entendemos que G. prestó el local de su propiedad a E. para que lo usase o lo utilizase, pero sin pactar con él, ni plazo de duración del contrato, ni el uso a que E. habría de destinar el local prestado, no siendo tampoco determinable dicho uso, desembocamos en una situación idéntica a la anteriormente analizada. Al poder G. reclamar de E., en cualquier momento, el local que le prestó, la prestación del servicio sanitario quedaría al capricho de G., en contra de la legislación sanitaria, como hemos razonado. Pero es necesario dar un paso más, y entender, al menos en sede teórica, que la hipótesis que nosotros analizamos no es subsumible en el artículo 1750 del Código Civil, toda vez que si G. le prestó a E. el local de su propiedad, lo hizo –implícitamente– durante el tiempo que durase la sociedad constituida, y de acuerdo con el uso específico que reclama la actividad farmacéutica, careciendo de todo sentido mantener otra cosa, por lo cual no puede reclamar a su voluntad el local prestado, mientras la sociedad esté vigente entre ellos y se utilice el local de conformidad con las exigencias propias de la profesión farmacéutica debiendo entenderse que, queriendo los interesados explotar en común sus respectivas farmacias, el uso se concedió por todo el tiempo de dura-

ción de la sociedad, y siempre que su uso sea objetivamente lícito, y adecuado al ejercicio profesional que se pone en común.

Al concederse el préstamo de uso por tiempo determinado (duración de la sociedad) y que permite un ejercicio estable de la profesión por parte de E., la Ley sanitaria admite como posible este título de posesión sobre el local, sin que E. pueda ser inquietado en el ejercicio de su profesión en el local de propiedad de G., pues tiene derecho a ello durante el tiempo que dure la sociedad, y disuelta ésta, por acto de separación unilateral de G., tiene derecho a elegir farmacia.

La intención de los contratantes en orden a la utilización del local del Sr. G. por el Sr. E., no parece que responda al deseo de los contratantes a constituir un simple préstamo de uso sin contrapartida del local comercial de calle Valdepeñas.

Ahora bien, el hecho de que entendemos que la Ley sanitaria no impida el ejercicio de la farmacia en un local que se posea a título de préstamo irrevocable, por el tiempo de duración del contrato, no quiere decir que esa fuese necesariamente la voluntad de G. y E. en el caso.

Según se deduce de la Sentencia del TS y de las anteriores en el caso, se quiso entre los interesados la existencia de una sociedad civil a la que aportaron sus respectivas farmacias «para la explotación en *copropiedad de ambas...*» «previo traslado de la de la calle Las Cruces, a la calle Valdepeñas, torre I, local 3». O sea, se quiso se hicieran comunes la *totalidad* de lo que integran ambas farmacias: autorizaciones, titulación, medicinas, existencias, clientela y locales en que se asientan. De seguirse esta tesis, el Sr. E. dispone del local base de su farmacia, en calidad de copropietario, por mitad indivisa, como ocurre con los demás elementos de las dos oficinas de farmacia que los interesados quisieron se hiciesen comunes. De haber sido la voluntad del Sr. G. que el local de calle Valdepeñas no se hiciese común no se habría prestado al Sr. E. a título gratuito, sin contraprestación alguna a cargo de éste, a cambio de su utilización. No es presumible en quien desea obtener el máximo posible de ganancias, ceda gratuitamente a otro el uso de su propiedad. Tampoco se lo cedió «para tener cogido» a E., concediéndole una posesión desfalleciente, revocable mediante acto gracioso de su parte y que cesaría a su capricho, pues no es materia que se admite, como sabemos, por la legislación sanitaria, ni el Colegio Oficial correspondiente la habría consentido. En consecuencia se lo cedió mediante los dos únicos títulos que aquélla tolera: mediante *comodato* por el tiempo que durara la *comunidad de bienes* entre ambos o se dedujera del ejercicio profesional correspondiente, o mediante *aportación* de G. a la *sociedad civil* irregular que constituyó con E. En ambas hipótesis el Sr. E. tendría título sólido y legal para la explotación de la farmacia, sin tener que depender para ello, en ningún momento, del capricho o, si se quiere, de la voluntad del Sr. G., que no podría inquietarle en la posesión del local, como hemos visto. Pero por las razones apuntadas, hace creer, como más conforme a la voluntad de los interesados que el local que compró el Sr. G. lo hizo para aportarlo a

la sociedad, como otro más elemento común, para hacer posible la copropiedad de la farmacia de E., previo traslado de calle Las Cruces a la de Valdepeñas. De entenderse otra cosa G. se lo habría vendido a E., el local referido, o se lo habría arrendado, pero no cabe, en ningún supuesto, admitir que le hizo cesión del uso del mismo a título de generosidad, sin contrapartida alguna, y haciendo depender la utilización del local por E. de su exclusiva y libérrima voluntad, pues esa cesión, además de prohibida por normas imperativas reguladoras de la explotación de las farmacias, que nunca hubiera consentido el Colegio correspondiente, constituiría un supuesto de evidente mala fe de su parte, orientando la cesión claudicante concedida a privar, posteriormente, y de forma dolosa, de la farmacia al Sr. E., lo que constituiría claro supuesto de ruptura de la sociedad con evidente mala fe de su parte, contraviniendo el artículo 1705 del Código Civil. No podemos entender que ese fuese el designio de G., pues de serlo, no habría sociedad en la explotación sino acto de expoliación que el Derecho no permite. Si incurriese en ese supuesto, la sociedad se extinguiría por acto de separación de su parte, y de carácter doloso.

El Colegio Oficial de Farmacéuticos de la provincia intervino en el traslado de la farmacia de calle Las Cruces a calle Valdepeñas, actuación que se corroboró en tiempo posterior, conociendo y dando por supuesto dicha Corporación, la existencia de la sociedad que se constituyó entre los farmacéuticos G. y E. Vienen a demostrar dicho aserto las propias afirmaciones expresas de los responsables del Colegio, las propias de muchos de los colegiados que confirmaron la existencia de la sociedad y el dato de que no se le exigiera, como era preceptivo, que el Sr. E., para instalarse en calle Valdepeñas, acreditase la posesión y disponibilidad del local sito en dicha calle, torre I, pues ya lo tenía acreditado ante el propio Colegio, constándole este dato a la propia Corporación.

La propia Sentencia del Juzgado de Primera Instancia da pie para pensar que el local que compró el Sr. G. es de naturaleza común.

Dicha Sentencia admite la existencia de sociedad civil entre los litigantes por ser contrato consensual y siguiendo al Código Civil, establece que aquella sociedad puede constituirse de cualquier forma, salvo que se aporte a ella *bienes inmuebles*, en cuyo caso, será necesario la escritura pública; dando por supuesto, en el caso que a la sociedad constituida, se aportan bienes inmuebles, al aportar, los interesados, sus respectivas farmacias, por lo que, al no formalizarse la escritura pública correspondiente, la eficacia de la sociedad lo es sólo *inter partes*. Conviene que analicemos la *aportación de las farmacias como aportación inmobiliaria*, tal y como se establece y reconoce en la Sentencia que comentamos.

La farmacia, en sí misma considerada, como empresa mercantil y servicio público impropio, es susceptible de ser distinguida del local, de las existencias, de la clientela y de los demás elementos que la forman. En este sentido, la farmacia es una verdadera empresa mercantil y profesional sanitaria, como señala la Sentencia del TS de 26 de febrero

de 1979. La farmacia es, pues, un conjunto organizado de bienes corporales y elementos incorporeales que forman un todo unitario, dotada de una individualidad distinta de la de los elementos particulares que la componen, teniendo aquélla vida propia e independiente de éstos y siendo susceptible de ser objeto de un sólo y único contrato, con independencia de sus componentes. Al lado de la farmacia, configurada como empresa dotada de vida y consideración autónoma, está el local comercial, abierto al público, como elemento primordial y destacado de entre los que componen la farmacia; dicho local comercial es la base física de la empresa. No se confunde con ella, si bien no cabe concebir la existencia de la farmacia sin contemplar el local en que se asienta.

Ahora bien, debemos preguntarnos, cuando en la Sentencia aludida se dice que, en el caso, se aportan bienes inmuebles, si dicha calificación inmobiliaria se refiere a la farmacia en sí misma, o más bien al local comercial, pues es interrogante, no se resuelve expresamente en el fallo, pese a las distintas consecuencias a deducir en uno u otro caso. Y estamos autorizados a despejar esta duda en nuestro Derecho, a la vista del artículo 333 del Código Civil.

La farmacia en cuanto tal, en el carácter que ya hemos apuntado, o sea, como cosa o bien independiente y distinto del local en que se asienta, es de naturaleza *mueble*. El Derecho subjetivo consistente en el ejercicio efectivo de la actividad sanitaria tiene la consideración de bien mueble. No tiene lugar la aplicación analógica del artículo 344.10, (que considera bienes inmuebles las concesiones administrativas de obras públicas, las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles), dada la desigualdad jurídica esencial entre la *concesión* y la *autorización*, como formas de intervención y actuación del Estado, perteneciendo la farmacia a lo que técnicamente se denomina autorización, alejándose tajantemente de la concesión. La autorización de la farmacia, requisito esencial, a diferencia de la concesión (de minas, carreteras, obras públicas, etc.), viene a completar una capacidad de obrar que el titulado farmacéutico ya posee y que está limitada por la norma en atención a razones de interés social, pero hace referencia a una actividad que pertenece, no al Estado, sino al individuo, reglando un derecho que es propio de éste; las facultades de la Administración, en sede de *autorización*, son de carácter reglado, no discrecionales, siendo únicamente de posible actuación, cuando una ley autorice la injerencia del Estado, en el ejercicio del derecho preexistente del particular, para hacerlo compatible con el interés general. En cambio, en una *concesión*, el Estado actúa en *nombre propio* y ejerciendo *funciones* que le son *propias*, siendo *responsable* civil subsidiario del funcionamiento normal o anormal del servicio. Ahora bien, si la farmacia, en sí misma, como empresa sanitaria, no tiene consideración de bien inmueble y la Sentencia del Juzgado, confirmada por las anteriores, dice que los interesados se obligan a aportar en el caso, bienes inmuebles, únicamente cabe entender que se está refiriendo a los *locales* en que se asientan las respectivas farmacias que se aportan a la

sociedad, por lo que es lícito concluir que ambos locales son de carácter común en nuestro caso, aunque se comprasen o adquiriesen a título individual, dada la vinculación *inter partes* que deriva de un contrato (de sociedad) que sin afectar a terceros, vincula a las partes. El comprador del local de calle Valdepeñas lo adquirió en nombre propio, pero al vincularse con E., en virtud de sociedad civil, éste puede obligarle a hacerlo común entre ellos. El comprador del local no era libre para destinar a otra finalidad el local comprado.

A la misma conclusión se llega cuando, como en nuestro caso, se afirma que los interesados aportan sus respectivas farmacias a la sociedad, sin restricción, ni distingos de ninguna clase: lo que debe aportarse es todo lo que compone la respectiva farmacia: autorización, título, *local*, existencias, e incluso, la clientela. De haberse querido otra cosa se habría especificado expresamente la exclusión que se pretendiere. El que afirma que aporta una cosa se entiende que lo aporta con *todos* sus componentes o accesorios.

Por virtud de todas las consideraciones expuestas, y para dar concreta resolución a las preguntas, concretando la satisfacción que la consulta pide, el Letrado que suscribe opina en

CONCLUSIÓN

Primero.—Que está reconocida, y en el orden práctico de la consulta no ofrece duda, la legalidad, la legitimidad y la posibilidad entre los farmacéuticos G. y E. de la sociedad civil constituida entre ellos, versando sobre farmacias, según se explica con detenimiento en el cuerpo de este dictamen.

Segundo.—Que tanto los interesados, como la Sentencia del TS y la conducta del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la provincia claramente admiten la eficacia y vigencia actual entre aquéllos de la referida sociedad en el orden jurídico, no contradicha por acto alguno en ninguna instancia o actuación, tanto de la autoridad como de los interesados.

Tercero.—Que la aludida sociedad civil entre los partícipes en ella, se rige por las normas y dentro de los límites que se establecen en el cuerpo del dictamen y por las razones que en el mismo se exponen, en atención a recaer sobre algo tan peculiar como son las oficinas de farmacia. En concreto por las normas relativas a la copropiedad, como variante de la comunidad de bienes (arts. 392 ss. del Código) con las adaptaciones y restricciones exigidas por la legislación sanitaria.

Cuarto.—Que la farmacia del Sr. E., de calle Valdepeñas, y aportada por él a la sociedad establecida con el Sr. G., si bien se asienta sobre local comercial que éste último compró, le permite a aquél su disponibilidad jurídica y posesión adecuada para el desempeño de su profesión, con absoluta libertad e independencia respecto de la voluntad de su socio,

siendo innecesario obtener concesión alguna diferente o por título distinto al que obstanta E. en la actualidad sobre dicho local, así como la búsqueda de otros posibles locales en sustitución del actual. En consecuencia, el Sr. E. es titular de una sólida y adecuada facultad de seguir poseyendo y disponiendo para fines farmacéuticos y asistenciales del referido local, de calle Valdepeñas, en cuanto local que también es objeto de aportación a la sociedad. Cualquier actuación del Sr. G. en sentido contrario, atenta a la sociedad, implicando acto de separación voluntaria y unilateral de la misma, y además de mala fe, con las consecuencias jurídicas previstas para tal hipótesis en la propia Ley, así como por la voluntad de los partícipes (derecho a elegir la farmacia, indemnizaciones, etc.).

Quinto.—Que las circunstancias del caso recomiendan la transigencia de los interesados en la copropiedad farmacéutica de las dos farmacias, así como la conciliación de los desacuerdos existentes entre sus titulares, tantos de los que ya están en curso, como las que se pudieran desarrollar en ejecución de sentencia, porque la continuidad de la comunidad es de especial conveniencia para los intereses del Sr. E.

Sexto.—Que los desacuerdos ya existentes entre los Sres. G. y E., así como las actuaciones de uno y otro, hasta la fecha, no pueden ser considerados como actos de separación y ruptura de la sociedad, que continúa entre los interesados, como reconoce, en relación con el Sr. E., la propia Sentencia del TS, que le condena a continuar en la misma.

Salvo el respeto a otro parecer mejor fundado, lo firmo en Málaga, a 17 de febrero de 1995.