



REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

ENERO~MARZO 1992

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**

Fundada en 1953 por
Rafael Núñez-Lagos

LA REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES QUE HAGAN
LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS

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

Depósito legal: GU-72/92

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

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

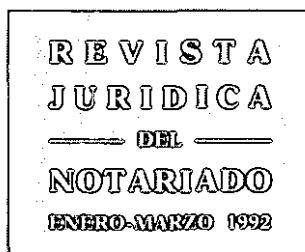
Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. Roberto Blanquer Uberos
D. José Luis Martínez Gil
D. Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radio
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Juan José López Burniol
D. Antonio Soto Bisquert
D. Victorio Magariños Blanco
D. Luis Rojas Montes
D. José María Segura Zurbano
D. Francisco M. Ordóñez Armán

COMITÉ EJECUTIVO

D. José Angel Martínez Sánchez (Director)
D. Juan Bolás Alfonso
D. Tomás Giménez Duart
D. José Manuel de la Cruz Lagunero
D. José María Madridejos Fernández



Dirección:
Ruiz de Alarcón, 3
28014 MADRID

Tfno.: 91-531.49.05
Fax: 91-521.15.53

SUMARIO

9

Estudios

BOLAS ALFONSO, Juan: "La adaptación de las sociedades de capital a la vigente normativa: La triple vertiente de la obligación de adaptación. Problemas prácticos"

63

83

D'ORS, Alvaro: "Imperplejidad jurídica"

MARTINEZ LAFUENTE, Antonio: "La Ley 29/1991, de 16 de diciembre y su incidencia en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados" (I)

111

MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio: "Algunas reflexiones sobre la reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada"

135

Práctica jurídica

A) *Derecho Notarial*

— Derecho de información del accionista frente al interés legítimo para solicitar copia (Res. de la D.G.R.N. 17-10-1991).

— Circular de la Junta de Decanos sobre petición de copias por Autoridades tributarias.

143

B) *Derecho Fiscal*

— Notas sobre la diferente transcendencia fiscal de los inmuebles en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por Miguel Tarragona Coromina.

151

Jurisprudencia

A) *Comunitaria*

- La entrega de bienes sujeta a IVA y la inscripción constitutiva de las transmisiones inmobiliarias entre vivos. (Sentencia del T.S. de las CCEE de 8 de febrero de 1990), por Roberto Blanquer Uberos.

B) *Tribunal Supremo*

- El arrendamiento y la ejecución hipotecaria (comentario a las Sentencias del T.S. de 23 de febrero y 6 de mayo de 1991), por Enrique Marín López, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 32 de Madrid.

C) *Dirección General de los Registros y del Notariado*

RESOLUCIONES COMENTADAS

- "Distinción entre clases y series de acciones" (Res. 1 febrero 1991).
- "Estatutos y plenitud de determinaciones: Adaptación del objeto social y retribución alternativa" (Res. 18 y 20 de febrero 1991).
- "Sobre la delimitación temporal del órgano administrativo en las Sociedades Limitadas" (Res. 13 marzo 1991).
- "Compra: precio y distribución" (Res. 5 abril 1991).

Actualidad jurídica

A) *Informes y comunicaciones*

- MARTINEZ SARRION, Angel: "Renacimiento de la idea de la codificación: El Código civil holandés de 1992".
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: "Libertad y equilibrio en el contrato".
- MARTINEZ SANCHIZ, José Angel: "Protección al consumidor *Ius poenitendi* en ciertos documentos privados (Ley 21 noviembre 1991)".

B) *Notas bibliográficas*

- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms: "Metodología de las leyes", Madrid, Edersa, 1991, 715 págs.
- ANKUM, Hans; WAGNER, Herbert; D'ORS, Alvaro; SOETERMEER, Frank; NEVE, Paul; POLY, Jean Pierre; VAN PETEGHEM, P. P. J. L.; D. PHILLIPS jr., Williams; BUSSI, Emilio; WASOWICZ, Marek: "Historia del Derecho Privado". *Trabajos en Homenaje a Ferran Valls i Taberner*, Vol. X, Barcelona, PPU, 1989, 254 págs.

LA ADAPTACION DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL A LA VIGENTE NORMATIVA: LA TRIPLE VERTIENTE DE LA OBLIGACION DE ADAPTACION. PROBLEMAS PRACTICOS

9

JUAN BOLÁS ALFONSO

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN: LAS NORMAS TRANSITORIAS Y LA OBLIGACIÓN DE ADAPTACIÓN. **II.** LA TRIPLE VERTIENTE DE LA OBLIGACIÓN DE ADAPTACIÓN. **A)** La adaptación estatutaria: **1.** *Significado de la adaptación.* **2.** *La adaptación legal: su problemática global y su casuística.* **2.1** *Alcance de la exigencia legal de adaptación estatutaria: ¿Adaptación a la Ley de 1989 o al Ordenamiento jurídico? La Resolución de la D.G.R.N. de 18 de febrero de 1991.* **2.2.** *Régimen de la adaptación estatutaria:* **a)** *Modificaciones estatutarias no obligadas.* **b)** *Las Juntas "mixtas".* **c)** *Modificaciones estatutarias dirigidas al ajuste con la nueva normativa.* **a')** *Convocatoria:* **b')** *Quorums.* **c')** *Contenido de los acuerdos. El texto refundido.* **B)** El aumento de capital: **1.** *El mayor rigor*

de la exigencia legal. **2. Régimen del aumento de capital: especialidades.** **a)** Convocatoria, orden del día y quorums. **b)** El acuerdo. **c)** Suscripción y desembolso. **C)** La actualización del Organo de Administración. **III. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ADAPTACIÓN EN SU TRIPLE VERTIENTE.** **A)** La no adaptación de los Estatutos y la adaptación incompleta: **1. La ineficacia sustantiva de las normas no adaptadas. El respeto de los derechos adquiridos.** **a)** La Disposición Transitoria 2.^a **b)** La eficacia o ineficacia de las cláusulas limitativas de la transmisibilidad de las acciones al portador. **2. El cierre del Registro.** **3. La responsabilidad de los Administradores y liquidadores.** **a)** Delimitación de las deudas a que alcanza esta responsabilidad. **b)** La responsabilidad como sanción o como mecanismo de protección de terceros. **4. La multa administrativa.** **B)** La falta de adecuación de la cifra de capital: **1. El cierre del Registro.** **2. La disolución de pleno derecho y la cancelación de los asientos registrales.** **a)** La disolución de pleno derecho. **b)** La cancelación de los asientos registrales. **3. La responsabilidad personal y solidaria de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores.** **C)** La no actualización del Organo de Administración: **1. La multa.** **2. La fecha de caducidad de los cargos.** **3. La excepción al cierre del Registro.** **IV. EL PLAZO PARA LA ADAPTACIÓN.** **V. LAS ALTERNATIVAS PRÁCTICAS.** **a)** La alternativa de la transformación: Los anuncios (art. 224 LSA). La transformación y la causa de disolución del número 4.º del art. 260 LSA. **b)** Otras alternativas. **c)** Las alternativas prácticas de las sociedades en liquidación. **d)** Exenciones fiscales y bonificaciones arancelarias. **VI. LA ADAPTACIÓN LEGAL DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y COMANDITARIAS POR ACCIONES.**

I. Introducción: Las normas transitorias y la obligación de adaptación

Toda reforma legislativa conlleva la necesidad de adaptar la realidad jurídica precedente a la nueva ley.

Esta es la función que cumple el llamado Derecho Intertemporal o Transitorio que en nuestro Derecho está contenido en las normas transitorias del Código Civil, en cuanto que recogen principios y reglas generales (*cfr.* art. 2.º 3, art. 1.939 y, particularmente las trece disposiciones transitorias), y en las distintas disposiciones transitorias sancionadas, en su caso, por la nueva ley de reforma.

Pues bien, la Ley 19, de 25 de julio de 1989 —de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades—, contiene nueve Disposiciones Transitorias, que se transcriben casi en su totalidad —aunque en relación únicamente a las sociedades anónimas— en el Texto Refundido de la LSA de 22 de diciembre de 1989.

El sistema de Derecho Transitorio se completa con las veintiocho Disposiciones Transitorias del RRM de 29 de diciembre de 1989, de las que tienen especial interés, por su alcance general, la 1.ª, la 4.ª y la 5.ª

★ Las Disposiciones Transitorias, dictadas con cierta premura y precipitación, no escapan de la crítica por cuanto que adolecen de imprecisiones y lagunas que motivan importantes problemas prácticos. Y ello no deja de sorprender si se piensa que el legislador de 1989 ha tenido a la vista el sistema transitorio que sancionara la LSA de 1951.

En efecto, si hacemos un estudio comparativo entre estas normas y las veintiuna disposiciones transitorias de la derogada LSA de 17 de julio de 1951 podemos observar lo siguiente:

a) La LSA de 1951 sancionaba la no adaptación con una multa proporcional, equivalente al 1% del capital desembolsado de la entidad infractora en el momento de producirse el incumplimiento (D.T. 21, párrafo final).

b) La D.T. 1.^a de la LSA de 1951 hacía, en su apartado segundo, una referencia expresa al principio de respeto de los derechos adquiridos que dejaba a salvo de la sanción de ineficacia de la escritura y de los estatutos sociales en lo que se opusieran a la Ley.

c) Y, sin perjuicio de las sanciones previstas para caso de incumplimiento de la obligación de adaptación legal, el sistema transitorio contenía numerosas disposiciones dictadas para dar solución a los problemas concretos de derecho transitorio, tales como: situación de las acciones en cartera (D.T. 4.^a); desembolso de los dividendos pasivos (D.T. 6.^a); conservación de las acciones de voto plural (D.T. 7.^a); impugnación de los acuerdos sociales anteriores a la publicación de la Ley (D.T. 8.^a), etc...

Pues bien, en el nuevo sistema transitorio:

a) La sanción que se prevé para los casos de falta de adaptación, al menos aparentemente, es una sanción fija, lo que de ser así es criticable ya que el criterio de la proporcionalidad es más justo.

b) No contienen las Disposiciones Transitorias referencia alguna al principio de respeto de los derechos adquiridos. No obstante este principio será perfectamente aplicable al amparo del párrafo primero de las Disposiciones Transitorias del Código Civil.

c) Y el sistema transitorio olvida el tratamiento de los problemas concretos que todo cambio de norma provoca.

La ausencia de Disposiciones Transitorias reguladoras de estos aspectos concretos es criticable y plantea en la práctica problemas de gran transcendencia. Piénsese, por ejemplo, en la citada cuestión del ejercicio de las acciones de impugnación de los acuerdos sociales adoptados con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley —1 de enero de 1990— ya que según la Ley aplicable en el momento de la adopción de los acuerdos la acción de impugnación de acuerdos nulos era imprescriptible y, en cambio, en la nueva Ley, la acción caduca al año o a los cuarenta días, según que los acuerdos sean nulos o anulables (art. 116 LSA).

Al respecto, en nuestra opinión, la especialidad del tráfico mercantil y la seguridad jurídica inclinan por rechazar la imprescriptibilidad, por lo que, si la acción de impugnación no se entabló dentro del plazo de caducidad señalado por la nueva ley, computado no desde la fecha del acuerdo sino desde el uno de enero de 1990 —conforme al criterio general del art. 1.939 del Código Civil—, dichos acuerdos anteriores, no impugnados, hoy habrán quedado sanados por caducidad de la acción.

¿Cuál es la razón de estas imprevisiones? A mi juicio la respuesta es clara; la única preocupación del legislador de 1989, que es casi una obsesión, es la de conseguir que se lleve a cabo la adaptación dentro de los plazos previstos y a tal objeto exclusivo dicta las normas transitorias que, en rigor, son una auténtica lista de sanciones para el caso de que no se respete el mandato legal.

En efecto, de la lectura detenida de las nueve Disposiciones Transitorias resulta que —sin perjuicio de la inscripción obligatoria que la D.T. 7.^a de la Ley impone a las Cajas de Ahorro, Mutuas y Cooperativas de Seguros y Mutualidades de Previsión Social—, el objetivo prioritario de las Disposiciones Transitorias de la Ley y del Texto Refundido es regular la obligación de adaptación en una triple vertiente:

- ★ La adaptación estatutaria.
- ★ El aumento de capital, en su caso, o la transformación.
- ★ Y la actualización del Organo de Administración.

Analicemos los problemas que plantea esta triple actuación.

13

II. La triple vertiente de la obligación de adaptación

Ante todo debe quedar claro que se trata de tres actuaciones que funcionan con total autonomía, de manera que su cumplimiento está sujeto a distintos requisitos, pueden tener lugar en momentos distintos y su incumplimiento acarrea consecuencias distintas.

A) La adaptación estatutaria.

1. *Significado de la adaptación.*

Dado que el régimen jurídico aplicable a la adaptación es, como veremos, un régimen excepcional, que comporta importantes medidas facilitantes en comparación con el régimen general de la modificación estatutaria, es fundamental delimitar claramente cuando cabe hablar de adaptación y cuando se trata simplemente de una modificación estatutaria.

Según el Diccionario de la Lengua, adaptar es ajustar una cosa a otra. Por ello unos estatutos están adaptados a la Ley cuando su contenido responde a los criterios legales.

Así las cosas, en principio puede entenderse la adaptación en dos sentidos, uno amplio y otro más estricto:

- 14 a) En un sentido amplio hay adaptación estatutaria cuando se procede a una nueva redacción de los estatutos respetando las exigencias legales y aprovechando todas las nuevas posibilidades que ofrece la nueva Ley.

En este sentido, por ejemplo, la inclusión en los estatutos de determinados artículos reguladores de las prestaciones accesorias o de las acciones sin voto, o la nueva redacción de las limitaciones a la transmisión de las acciones nominativas aprovechando los nuevos criterios legales, sería adaptación estatutaria.

b) Pero en un sentido más estricto y exacto, hay adaptación cuando el contenido estatutario se ajusta a las exigencias imperativas de la Ley. Es decir, la adaptación legal se circunscribe a:

— La inclusión en los estatutos de determinadas previsiones impuestas por la Ley —vgr. el sistema de remuneración de los administradores—.

— La supresión de cláusulas hoy prohibidas —vgr. las de indeterminación del objeto social—.

— La elección entre diversas fórmulas alternativas —vgr. la concreción del sistema de administración, o la decisión de

mantener o no las restricciones a la transmisibilidad de las acciones y, por tanto, configurar las acciones como nominativas o mantener su naturaleza al portador—.

Fuera de ello, todo lo demás será modificación estatutaria y se sujetará al régimen general.

Este concepto estricto de la adaptación es el que sanciona el legislador como resulta claramente de la D.T. 3.^a.1 que limita la exigencia legal de adaptación al contenido de los estatutos que estuviera en contradicción con los preceptos de la Ley.

2. *La adaptación legal: su problemática global y su casuística.*

La adaptación legal plantea dos órdenes de cuestiones distintas. En primer lugar plantea la problemática de su exigencia, régimen aplicable y consecuencias de su incumplimiento. En segundo lugar la adaptación provoca problemas concretos referidos a aquellos puntos o aspectos de los estatutos afectados por la adaptación, vgr. la denominación social, el domicilio, el objeto social, el capital y las acciones, órganos de administración, etc.

Nosotros estudiaremos fundamentalmente las cuestiones generales sin perjuicio de las inevitables referencias a algunas de las cuestiones concretas por la evidente interconexión existente entre ellas.

2.1 *Alcance de la exigencia legal de adaptación estatutaria. ¿Adaptación a la Ley de 1989 o al Ordenamiento jurídico? La resolución de la D.G.R.N. de 18 de febrero de 1991.*

La obligación de adaptación estatutaria resulta, implícitamente, de la D.T. 2.^a, según la cual “Las disposiciones de las escrituras y estatutos de sociedades anónimas que se opongan a lo prevenido en esta Ley quedarán sin efecto a partir de su entrada en vigor”.

La ineficacia afecta a las normas estatutarias que se opongan a preceptos imperativos de la nueva Ley.

La sanción de ineficacia parcial es motivo más que suficiente para realizar cuanto antes la adaptación estatutaria.

Pero la exigencia legal resulta explícitamente de la citada D.T. 3.^a-1 a cuyo tenor “Antes del 30 de junio de 1992, las sociedades anónimas deberán adaptar sus estatutos a lo dispuesto en esta Ley, si estuvieran en contradicción con sus preceptos”.

Es claro que las cláusulas estatutarias deberán adaptarse a la Ley de 1989. Unas veces la necesidad de adaptación resultará simplemente del tenor del precepto estatutario, por ejemplo, en lo tocante a la denominación social que esté en contradicción con las nuevas normas legales y reglamentarias. Así ocurre, por ejemplo, con las sociedades que, sin sujetarse a la legislación especial, tienen en su denominación la palabra “Banco”. (Cfr. res. DGRN de 22 de febrero de 1991 —BOE 1 de abril de 1991— y los arts. 367, 369 y 371 RRM). Igualmente, tratándose de denominaciones objetivas, deberá ponerse especial cuidado en la repercusión del objeto social y de sus cambios en la denominación objetiva pues ésta deberá ser también modificada si la actividad a que hace referencia se excluyó del objeto social.

Otras veces la necesidad de adaptarse escapa de calificaciones formales, como en el caso de la sociedad anónima que tenga un domicilio social que no responda a las exigencias del nuevo art. 6 LSA. Esta adaptación se hará a instancia de los socios y/o administradores pero revestirá la forma de cambio de domicilio y escapará de las sanciones legales previstas para la falta de adaptación dentro del plazo legal.

Pero la pregunta que surge ante el tenor literal de la D.T. 3.^a-1 es la siguiente ¿la adaptación es exclusivamente a la LSA o al Ordenamiento jurídico en general?

La cuestión tiene gran transcendencia práctica.

Piénsese, por ejemplo, en la adaptación estatutaria del artículo correspondiente al OBJETO SOCIAL. En efecto, la LSA

lo único que exige es que el objeto esté determinado de forma concreta. Puede suceder que la SA que se adapta tenga el objeto perfectamente determinado pero que entre las actividades enumeradas en el correspondiente artículo figuren actividades sujetas hoy a requisitos especiales exigidos por otras leyes. Es el caso frecuente de las sociedades en cuyo objeto figuran actividades propias de las sociedades sujetas a la Ley del Mercado de Valores.

El tenor literal de la norma da pie para sostener la tesis restrictiva y entender que la adaptación es sólo a la LSA. No obstante, la *ratio* de la reforma y la necesaria claridad de los asientos registrales abogan en favor de la tesis amplia, es decir, en favor de la necesidad de que la adaptación sea global, a la legislación vigente, aunque con ello, en este punto, como en tantos otros, la reforma ponga en entredicho, tal vez sin quererlo, el principio de legitimación, reiterado hoy en el art. 7 del RRM según el cual “Los asientos del Registro están
17
bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad”. La reforma pretende una adaptación plena y debe evitarse que subsistan sociedades con aspectos no acordes con las leyes vigentes.

Obviamente, las consecuencias que se siguen de una u otra tesis son distintas. Conforme a la primera tesis, restrictiva, si la adaptación estatutaria se hace de forma que se evite reformar, por ejemplo, el artículo del objeto social, la calificación del Registrador Mercantil, en principio, deberá limitarse a los artículos modificados y a aquellos no modificados cuyo contenido se oponga a la LSA. Por este camino, en el caso comentado del objeto social, la calificación registral no podría impedir el mantenimiento del artículo no reformado.

En cambio de aceptar la segunda tesis, amplia, la calificación registral podrá extenderse a los artículos no modificados y que no se oponen a lo dispuesto en la LSA pero sí al Ordenamiento jurídico vigente, y, por lo tanto, en el ejemplo

citado, el Registrador podrá denegar la inscripción de la adaptación en lo tocante al objeto social.

El problema fue abordado por la res. de la DGRN de 18 de febrero de 1991. Se trataba de una sociedad que, al adaptar sus estatutos a la nueva Ley, elaboró un texto refundido pero dejó intocado el objeto social en el que se incluían “actividades propias de las sociedades y agencias de valores, actividades propias de entidades bancarias” así como otras actividades que podían incidir en la legislación especial de Seguros o de Sociedades de Cartera.

El Registrador suspendió la inscripción por la razón apuntada de no cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación especial, alegando el recurrente que el objeto social era uno de los puntos de los estatutos que permanecía intocado y que, por tanto, su inscripción estaba bajo la salvaguardia de los Tribunales.

18 La DGRN confirma la nota del Registrador, afirmando que al tratarse de una refundición total de estatutos, la voluntad social se expande sobre todos los artículos y, por lo tanto, todos deben ser adaptados a las nuevas exigencias legales. Y en relación al argumento de que el artículo estatutario no reformado está bajo la salvaguarda de los Tribunales, la DGRN lo rebate afirmando que ello es cierto respecto de la legislación existente en su momento, pero que lo que impone la D.T. 3.^a de la Ley es “la revisión y depuración del contenido registral a la vista de la nueva normativa promulgada”.

En suma, la DGRN se inclina a favor de la tesis amplia, en cuya virtud la calificación registral se proyecta sobre el total contenido estatutario y debe tener en cuenta no sólo la LSA sino cualquier otra disposición legal aplicable a la materia.

En mi opinión, tiene razón José Angel García Valdecasas (“Adaptación de los estatutos de las sociedades actuales. Recomendaciones prácticas”. Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado, cedida amablemente por su autor y pendiente de publicación) cuando advierte que de aceptarse esta tesis la solución deberá ser la misma se lleve a cabo la

adaptación por el sistema de texto refundido o se modifiquen sólo determinados artículos estatutarios, en ambos casos las normas aplicables a la calificación registral deben ser las mismas por lo que dicha calificación se extenderá en todo caso al total texto estatutario sujeto a adaptación.

2.2. Régimen de la adaptación estatutaria.

Siendo coherentes con lo dicho anteriormente, los requisitos de la modificación estatutaria serán distintos según se trate de la propia adaptación legal o de una modificación estatutaria realizada al amparo de los nuevos preceptos legales, lo cual es no sólo posible sino incluso recomendable ya que puede aprovecharse la ocasión para efectuar distintas modificaciones estatutarias mejorando el contenido de los estatutos, generalmente un tanto anticuados, según la dimensión actual de la empresa, o aclarando el contenido de determinadas cláusulas estatutarias cuya interpretación pudiera haber originado problemas anteriormente.

19

a) Modificaciones estatutarias no obligadas.

Toda modificación que no venga impuesta por la Ley deberá sujetarse al régimen general de los arts. 144 y siguientes de la LSA y a las previsiones estatutarias que no se opongan a estas normas.

Por lo tanto se requerirá, en su caso, el informe escrito justificativo de la propuesta, la expresión en la convocatoria y en el orden del día de los puntos a modificar, la referencia expresa al derecho de los accionistas al examen y envío gratuito de la documentación, etc., salvo que los acuerdos se tomen en Junta Universal (art. 158.2 RRM).

Los quorums serán los del art. 103 o los estatutarios si son quorums reforzados pues los del art. 103 son un mínimo no un máximo, ya que, en mi opinión la D.T. 5.^a no es de aplicación a estas modificaciones estatutarias sino exclusivamen-

te a la adaptación legal. Alguna discusión ha suscitado la admisión y subsistencia del quorum de asistencia mixto o doble, en relación tanto al capital como al número de socios. Es cierto que la Ley ha suprimido el doble quorum para facilitar la válida constitución de las Juntas, pero de ello no se colige que al amparo del principio de autonomía de la voluntad no sea posible que los socios, para reforzar los quorums, no sólo aumenten el porcentaje del capital exigido por el art. 103 sino que además exijan la concurrencia de un determinado porcentaje del número de socios.

Además, si la modificación afecta a la denominación, objeto o domicilio social deberán publicarse anuncios en los dos periódicos a que se refiere el art. 150 LSA.

Por todo ello no hace falta insistir en la importancia que tiene delimitar cuándo la modificación es obligada y cuándo es voluntaria. Lo que ocurre es que tal delimitación en ocasiones no es clara.

★ Un primer caso problemático se plantea, de nuevo, en relación con el OBJETO SOCIAL. En efecto, tal como advertíamos anteriormente, la adecuación del objeto a la normativa vigente puede conllevar la supresión de algunas de las actividades que en el artículo estatutario correspondiente aparecían enumeradas.

Si la supresión lo es de las referencias vagas o indeterminadas a cualquier actividad de lícito comercio, o cualquier actividad que acuerde la Junta General, o cualquier actividad relacionada... etc., parece claro que no existe modificación sino mero ajuste (art. 117 RRM) pero ¿quid si se suprime una actividad concreta por las razones dichas, vgr. la negociación de valores en Bolsa? ¿Habrá modificación estatutaria del objeto social con la necesidad de publicar los anuncios, ex art. 150?

En mi opinión sólo hay sustitución del objeto cuando se cambia uno por otro.

En cuanto a la modificación, entiendo que habrá modificación del objeto cuando se añada a éste alguna actividad que la sociedad no podía realizar anteriormente o se suprima del

objeto alguna actividad que la sociedad podía realizar y que ya no podrá hacerlo. Por ello en los casos de supresión de actividades que la sociedad no puede realizar, aunque figurasen en su objeto, por no reunir los requisitos exigidos por la legislación especial, no hay en rigor ninguna alteración de hecho del objeto sino mero ajuste a las exigencias legales y por tanto no es necesario publicar los anuncios exigidos por el art. 150 LSA.

Refuerza esta tesis la res. DGRN de 20 de diciembre de 1990 (BOE de 2 de febrero de 1991) que, en su primer Fundamento de Derecho, a propósito del objeto social sujeto a la legislación especial en relación con la gestión de servicios para actividades comerciales y turísticas, nos dice que “es la definición estatutaria del objeto social y no el efectivo desenvolvimiento posterior de las actividades en él comprendidas lo que determina la aplicabilidad de aquellas disposiciones especiales que prevén el cumplimiento de ciertos requisitos por razón del ámbito de actuación delimitado, de modo que desde el momento fundacional la sociedad ha de reunir todos los requisitos que hagan viable el completo desarrollo de cualesquiera actividades que integran el objeto social (arts. 35.2, 36, 1.271, 1.666 y 1.700-2.º del Código Civil y 117 del Código de Comercio)”.

En conclusión, si como antes dijimos, la adaptación del objeto a la LSA y al ordenamiento jurídico vigente es obligada, la supresión de las referencias a actividades especiales que no encajan con los requisitos de la SA cuyos estatutos se adaptan, es un supuesto de adaptación legal y no le son de aplicación las normas generales de la modificación estatutaria del objeto social.

★ Un segundo caso es el de la supresión de las limitaciones a la libre transmisión de las acciones al portador y demás modificaciones estatutarias relacionadas con la misma cuestión.

En mi opinión el problema debe resolverse casuísticamente:

1. Sociedad con acciones nominativas:

— Si la modificación consiste en suprimir las limitaciones a

la transmisión, es claro que se trata de una modificación estatutaria sujeta a las reglas generales.

— Si la modificación consiste en alterar el contenido del artículo estatutario introduciendo *nuevas limitaciones al amparo* de lo dispuesto en el art. 63 LSA y en el art. 123 RRM, regirán también las reglas generales y, además, deberá publicarse el acuerdo en el BORME conforme al art. 146 LSA, gozando los socios que no hayan votado a favor del acuerdo del derecho a vender sus acciones, con sujeción a las limitaciones estatutarias anteriores, en el plazo de tres meses desde dicha publicación.

2. Sociedad con acciones al portador:

— Si se suprimen las limitaciones preexistentes se estará ajustando el artículo estatutario a la Ley, por lo que este caso es claramente de adaptación legal y estará sujeto a las reglas especiales aplicables a la misma.

22 — ¿Quid si se mantienen las limitaciones preexistentes alterando la naturaleza de las acciones que pasan a ser nominativas? A mi juicio éste es el supuesto de mayor complejidad.

Por una parte, si la sociedad había emitido los títulos, el cambio de acciones al portador a nominativas implicará el canje de las mismas y la anulación de los títulos antiguos, por lo que deberá respetarse la exigencia del art. 59 LSA relativa a la publicación del plazo para el canje en el BORME y en un diario, y a la misma publicación, de nuevo, anunciando la emisión de los nuevos títulos. De ahí la conveniencia de dejar constancia en el acuerdo del hecho de no existir títulos emitidos o, en caso de Junta Universal, de indicar expresamente que todos los títulos anteriores se han anulado y canjeado por los nuevos, en cuyo supuesto la exigencia legal de publicidad carecerá de sentido.

Por otra parte, podría entenderse que el cambio de la naturaleza de las acciones es una modificación estatutaria que excede de la mera adaptación legal y queda sujeta, por tanto, a las reglas generales de toda modificación estatutaria. Reconociendo lo discutible de la cuestión, en mi opinión, tal como

antes indicábamos al exponer el significado de la exigencia legal de adaptación, se trata de un supuesto de opción, es decir, la Ley no exige suprimir una norma estatutaria ni obliga a introducir determinadas previsiones, sino que atribuye a los socios la posibilidad de optar entre uno de dos caminos, mantener las acciones al portador suprimiendo las limitaciones, o mantener las limitaciones convirtiendo las acciones en nominativas. Y esta decisión es forzosa en cuanto a su realización aunque no en cuanto a su resultado definitivo, que será el querido por los socios. Por todo ello, y por la *ratio* de la reforma, favorable a la facilitación de la adaptación, entiendo que la hipótesis comentada puede encajar en los supuestos de adaptación legal.

b) Las Juntas “mixtas”.

Dado el distinto régimen aplicable a la modificación estatutaria ordinaria y a la mera adaptación legal, surge la cuestión de cuál será el régimen si en la misma Junta se pretende efectuar la adaptación a la Ley y, al mismo tiempo, modificar otras cláusulas estatutarias, o adoptar otro tipo de acuerdos. El supuesto será muy frecuente si se espera a la Junta General de Junio para aprovechar la coyuntura y aprobar, de paso, la adaptación estatutaria.

No hay duda de que los requisitos previos de convocatoria e informes deberán ajustarse a las exigencias de los artículos 144 y siguientes. El problema surge en relación con los quorums necesarios. ¿El quorum exigido para la adaptación legal será prevalente en todo caso? ¿Serán válidos los acuerdos de adaptación estatutaria con independencia de que exista o no quorum para entrar a debatir los otros puntos del día?

Entiendo que no hay unos quorums que prevalezcan o absorban a los otros. Los acuerdos deberán ser adoptados con los quorums correspondientes según su contenido y naturaleza. Pero de ahí no se deduce que los socios presentes no puedan adoptar los acuerdos para los que sí que exista quorum sufi-

ciente. Tal vez la negativa podría sostenerse en base a la protección de los socios no asistentes que valoraron el acudir o no a la Junta en función de los puntos del Orden del día señalados en la convocatoria.

Y lo cierto es que en esta materia hay que partir de la idea de que la Junta es indivisible según reconoció la DGRN en sus res. de 12 de mayo de 1978, de modo que si no hay quorum para debatir alguno de los puntos del Orden del día no pueden aprobarse los puntos que no exijan el quorum reforzado. Por ello, de un lado, si los estatutos contienen un quorum reforzado para la modificación estatutaria, lo que es frecuente por la copia que se venía haciendo del art. 58 LSA, deberá ponerse exquisito cuidado en no modificar aspectos no obligatorios, pues ello podría dar pie a la impugnación de la Junta —si los acuerdos se aprobaron con los quorums del art. 103 LSA— y, de otro, es recomendable en la práctica dedicar en especial una Junta General a la adaptación legal estatutaria sin involucrarla con otras cuestiones.

24

El problema se difumina si el anterior artículo estatutario se remite genéricamente a los quorums legales pues en este caso se entiende hecha la remisión al art. 103 LSA (Cfr. res. DGRN de 4 de julio de 1991).

c) Modificaciones estatutarias dirigidas al ajuste con la nueva normativa.

Como venimos diciendo con reiteración, la mera adaptación estatutaria presenta importantes especialidades frente al régimen general de la modificación estatutaria, especialmente en lo relativo a la convocatoria, orden del día, quorum de asistencia y quorum de votación, especialidades que pierden interés en el supuesto frecuente de Junta Universal por aplicación del citado art. 158.2 del RRM.

a') Convocatoria:

★ El informe justificativo de la propuesta de modificación

estatutaria podrá ser breve y conciso, pues bastará hacer constar que la modificación tiende a dar cumplimiento a la exigencia legal.

★ El anuncio de la convocatoria deberá expresar el derecho al examen y envío gratuito del texto de la modificación propuesta y del informe. Los administradores deberán llevar a la Junta un texto concreto que será el sometido a votación, variándose o no según el resultado de las votaciones.

★ Orden del día: No será necesario que el orden del día de la convocatoria exprese concretamente los puntos a modificar sino que será suficiente con indicar que se trata de la adaptación estatutaria a la nueva ley.

b') Quorums.

El legislador tiende a facilitar la adaptación rebajando los quorums necesarios al decir en la D.T. 5.^a que “A los solos efectos de la adaptación de los estatutos a lo dispuesto en esta Ley, el quorum de constitución de las juntas generales de las sociedades anónimas será el de los apartados 1 y 2 del artículo 103 de esta Ley, cualquiera que sea el quorum estatutario. En todo caso, y cualquiera que sea la mayoría estatutaria, los acuerdos de adaptación se adoptarán con las mayorías a que se refiere dicho artículo”.

Consecuentemente los acuerdos requieren en primera convocatoria la concurrencia, al menos, del cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho a voto, y, en segunda, la concurrencia del veinticinco por ciento de dicho capital. Pero “Cuando concurren accionistas que representen menos del 50% del capital suscrito con derecho a voto los acuerdos sólo podrán adoptarse válidamente con el voto favorable de los 2/3 del capital presente o representado en la junta”.

La Ley ha eliminado las mayorías personales por lo que tratándose de acciones nominativas se facilita la válida constitución de la Junta. Pero, como pone de manifiesto José Angel García Valdecasas (*Loc. cit.*) la finalidad facilitadora de la Ley no siempre se cumplirá. Cabe pensar, por ejemplo, en que los

acuerdos deban adoptarse en una segunda convocatoria a la que asista el 49,5% del capital suscrito con derecho a voto. En este caso se precisará el voto de los 2/3, es decir, del 33% del capital, mientras que con la legislación anterior era suficiente con el voto del 25%, 1% (la mayoría del 50% necesario para la segunda convocatoria).

Por otra parte, en los casos de sociedades con un capital desembolsado del 25%, los quorums del antiguo art. 58 son también menores que los del art. 103 que atiende en todo caso al capital suscrito.

La excepcionalidad de la norma y su tenor literal abogan por su aplicación exclusivamente al supuesto de adaptación legal, comprensiva del aumento de capital, pero no a las modificaciones estatutarias que pudieran acordarse al calor de la nueva Ley.

26 El carácter imperativo de la norma en orden a la aplicación de los quorums del art. 103 LSA parece excluir la aplicación de los quorums estatutarios incluso en los supuestos comentados en los que tales quorums sean realmente menos rigurosos que los del citado art. 103.

c') *Contenido de los acuerdos. El texto refundido.*

Los acuerdos harán referencia a la nueva redacción de los artículos estatutarios cuyo contenido se reforme para su ajuste legal, vgr.: la concreción del objeto social, el nuevo capital social, el carácter de las acciones y la existencia o no de limitaciones a su transmisión, las menciones relativas a la Junta General, la concreción del Organo de Administración, su duración, remuneración o gratuidad, etc...

Pero lo que nos interesa destacar ahora es que si bien la adaptación legal puede concretarse a la modificación de determinados artículos estatutarios, dejando subsistentes e intocados los demás, no obstante es recomendable seguir el sistema de elaboración de un texto refundido pues así se facilita el manejo de los estatutos y su consulta en el Registro Mercantil. Al respecto, en la elaboración del texto del RRM se intentó que

este sistema de texto refundido fuera obligatorio. No obstante, el texto definitivo, recogido en la D.T. 5.^a sanciona no la obligación sino la facultad, diciendo que las escrituras de modificación de estatutos... “podrán contener una refundición total de los mismos...”.

Por otra parte, debe superarse la pereza de mantener la misma redacción originaria y mejorarla, en lo posible, para evitar problemas interpretativos. Un detalle de esa pereza es que en la mayoría de las ocasiones no se utiliza el verbo en el tiempo adecuado. Así, en la práctica se observa con mucha frecuencia que se respeta la redacción de los estatutos fundacionales con el resultado de incluir en los estatutos aprobados en 1992 frases tan pintorescas como la siguiente: “La sociedad iniciará sus actividades el 1 de enero de 1969”. ¿?

B) El aumento de capital.

27

1. *El mayor rigor de la exigencia legal.*

El aumento de capital es también una modificación estatutaria pero sus especialidades justifican que se trate como supuesto autónomo.

La D.T. 3.^a.3 y la D.T. 4.^a.4, como veremos al exponer detenidamente las consecuencias y sanciones por el incumplimiento de la obligación de adaptación, dan el mismo trato a la adaptación estatutaria y al aumento de capital.

Sin embargo la autonomía de los dos supuestos queda patente en la D.T. 3.^a.1 y 2 y en la D.T. 6.^a

A tenor de la D.T. 3.^a-2. “Las sociedades anónimas que tengan un capital inferior a 10.000.000 de pesetas deberán —antes del 30 de junio de 1992— haber aumentado efectivamente su capital hasta, al menos, esa cifra o TRANSFORMARSE en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada”.

La D.T. 6.^a, de gran importancia, establece las consecuencias derivadas especialmente de la falta de adecuación de la

cifra del capital social al mínimo legal, consecuencias —aplicables exclusivamente a este supuesto—, que analizaremos más adelante y que evidencian el mayor rigor de la exigencia legal en comparación con la adaptación estatutaria y la actualización del Organo de Administración.

2. *Régimen del aumento de capital: especialidades.*

a) *Convocatoria, orden del día y quorums.*

Son de aplicación las reglas generales de los arts. 151 y siguientes de la LSA completados por los arts. 144 y siguientes, y por las cláusulas estatutarias que no se opongan a éstos, con la misma salvedad indicada si se trata de Junta universal.

El orden del día deberá recoger el punto concreto del aumento de capital.

28 Respecto de los quorums de asistencia y de votación, surge la duda de la aplicabilidad a este supuesto de la regla favorable contenida en la D.T. 5.^a

En contra de la aplicación de la D.T. 5.^a al aumento de capital cabría alegar:

— La especial naturaleza del aumento de capital, como supuesto autónomo dentro de las modificaciones estatutarias, que se refleja también en la D.T. 6.^a

— La distinta transcendencia y gravedad que implica para los socios, que deberán suscribir y desembolsar en los términos legales.

— Y el tenor literal de la D.T. 5.^a dictada “A los solos efectos de la adaptación...”.

No obstante, a mi juicio, son más convincentes los argumentos que militan en favor de la aplicación de la D.T. 5.^a al aumento de capital, y que son los siguientes:

1.º Diversas Disposiciones Transitorias dan trato equivalente a la adaptación estatutaria y al aumento de capital, vgr.: la D.T. 3.^a.3 y, sobre todo, la D.T. 4.^a apartados 1, 3 y 4, que aplica la sanción de cinco millones de pesetas al caso de

no adaptación de estatutos entendida en sentido amplio, comprensivo de la modificación de la cifra de capital, pues si se siguiese una interpretación literalista la no adecuación de la cifra de capital no sería sancionable pecuniariamente.

2.º La D.T. 5.ª se remite a los apartados 1 y 2 del art. 103 y el apartado 1 de este art. 103 se refiere explícitamente al aumento de capital.

En suma, el legislador se refiere a la adaptación de los estatutos en un sentido amplio, comprensivo de la adecuación de la cifra de capital al mínimo legal exigido, tanto en la D.T. 4.ª como en la siguiente, la D.T. 5.ª Ahora bien, los quorums de la D.T. 5.ª únicamente serán de aplicación al acuerdo de aumento hasta la cifra mínima, si se aumenta por encima del capital legal mínimo el acuerdo deberá, en su caso, adoptarse conforme a los quorums estatutarios reforzados.

b) *El acuerdo.*

29

El aumento puede ser en cifra inferior al capital mínimo legal (10.000.000 de ptas.) en fases sucesivas hasta cubrir el mínimo; en la cifra exacta para cubrirlo; o, incluso, en cifra superior al capital mínimo legal, con la consecuencia, en este caso, vista anteriormente.

Y decimos que el aumento puede ser en cifra inferior al capital mínimo a pesar de la D.T. 1.ª según la cual no se autorizarán escrituras de modificación del capital social que lo dejen reducido por debajo de la cifra del capital social mínimo, pues es distinto que el capital se reduzca por debajo de dicha cifra a que el capital se aumente sin alcanzar dicha cifra.

No hay razón alguna para no permitir los aumentos de capital progresivos, según las posibilidades de los socios, siempre que a 30 de junio de 1992 se haya adecuado la cifra del capital al mínimo legal.

La DGRN en res. de 21 de febrero de 1991 (BOE 21 de mayo de 1991) rechazó la inscripción de una operación de aumento de capital y de simultánea reducción dejándolo en

8.512.000 ptas. El capital originario era de 912.000 ptas. La DGRN se apoya en el tenor literal de esta D.T. 1.^a lo que permite entender que habría admitido el aumento si no hubiese mediado una operación de reducción pues afirma que “sin desconocer la interdependencia y recíproco condicionamiento entre las dos operaciones realizadas, no cabe negar la autonomía jurídico-sustantiva de la reducción realizada en último lugar, lo que hace al supuesto vulnerar la prohibición aludida, incluso ateniéndose exclusivamente a una pura interpretación literal de ésta”.

c) Suscripción y desembolso.

El aumento deberá ser suscrito íntegramente y desembolsado, al menos, en un 25% conforme a las reglas generales.

30 El desembolso podrá hacerse en aportaciones dinerarias o no dinerarias con aplicación de sus reglas específicas.

En el acuerdo deberá indicarse, en su caso, la forma y plazo de los desembolsos pendientes, la nueva redacción del artículo correspondiente, y la circunstancia de que las acciones serán nominativas mientras que no estén totalmente desembolsadas.

Y si el acuerdo se adoptó en Junta no Universal deberá anunciarse la oferta de suscripción en el BORME o comunicarse a cada uno de los accionistas, si las acciones son nominativas, según lo dispuesto en el art. 158 LSA.

En suma, la exigencia de aumentar el capital al mínimo de 10.000.000 de pesetas no es excesivamente rigurosa ya que únicamente hay que efectuar el desembolso del 25%. Pero es que además, según ha venido a admitir la DGRN en res. de 18 y 19 de noviembre de 1991 (BOE de 13 y 18 de enero de 1992), es posible aumentar el capital social sin necesidad de efectuar desembolso alguno en el momento del aumento. En efecto, si el aumento del capital se hace mediante el aumento del valor nominal de las acciones, y por lo tanto con el consentimiento de todos los socios, puede imputarse el desem-

bolso anterior al importe de cada acción. Así, si una sociedad tiene un capital de 2.500.000 ptas., totalmente desembolsado, puede aumentarlo hasta 10.000.000 ptas. aumentando el valor nominal de cada acción que se considerará desembolsada en su 25%, con lo que queda cumplida la exigencia del art. 152.3 de la LSA, ya que según las citadas resoluciones el desembolso mínimo del 25% “no ha de referirse al importe de la variación experimentada en su valor por cada acción sino al valor total de cada una de ellas que resulte después de la ampliación”.

Respecto de la incidencia de este aumento sin desembolso, la DGRN recuerda que con este aumento se establece una nueva cifra de retención en garantía de acreedores, que comporta para la Sociedad obligaciones y restricciones esenciales (en relación con el contenido cuantitativo del patrimonio social —*cfr.* arts. 163 y 260.4 LSA—; con el reparto de beneficios —*cfr.* art. 213—; con la formación de la reserva legal —*cfr.* art. 214—, etc.) y cada uno de los socios asume, desde luego y frente a la Sociedad, una obligación anteriormente inexistente, cual es, la de realizar nuevas aportaciones al patrimonio social en la medida marcada por el aumento acordado, y aun cuando su cumplimiento se difiera en el tiempo dentro de los márgenes legales, tales obligaciones ya figuran en el balance de la Sociedad (art. 175 LSA) y sirven ya de garantía a los acreedores sociales (*cfr.* arts. 1.111, 1.911 del Código Civil y 272 e) de la LSA).

31

C) La actualización del Organo de Administración.

Según la D.T. 4.^a-2, antes del 30 de junio de 1992 las sociedades anónimas deberán presentar el acuerdo de reelección o cese de aquellos administradores que vinieran ejerciendo el cargo por período superior al de cinco años contados desde el nombramiento o desde la última reelección.

Es la obligación de ajuste o adaptación que se sanciona con menor rigor. En seguida veremos las consecuencias de incumplir esta obligación.

Ahora nos interesa hacer las siguientes puntualizaciones:

★ En materia de administradores el art. 124 del RRM exige la concreción del sistema de administración, sin que quepa establecer una fórmula alternativa. Y, por otra parte, la LSA ha venido a sancionar un plazo de duración máxima del cargo de cinco años (126 LSA).

★ Pero estas cuestiones, que exigen la debida adaptación, deben resolverse por separado:

a) La actualización del sistema de administración se hará al modificar los estatutos y adaptarlos a la nueva Ley.

b) La reelección o cese de los administradores puede hacerse con independencia de lo anterior. Es decir, pueden elegirse unos administradores sin tener adaptados los estatutos a lo dispuesto en el art. 124 RRM y sin que ello suponga modificación estatutaria. Así lo ha reconocido recientemente la DGRN en las res. de 13 y 14 de noviembre de 1991 (BOE 9 y 16 de enero de 1992). Se trataba de una escritura de cese de Administrador Unico y nombramiento de Consejo de Administración en una sociedad cuyos estatutos contenían la fórmula alternativa, tan frecuente antes de 1990.

El Registrador sostuvo que como consecuencia del cambio de órgano de administración debían adaptarse a la nueva Ley los arts. correspondientes a dicho órgano. La DGRN entiende que, según comentábamos a propósito de la interpretación de la D.T. 2.^a, debe interpretarse ésta de forma estricta y respetar los plazos que el legislador ha establecido para que se lleve a cabo la adaptación estatutaria.

Todo ello se entiende sin perjuicio de que en muchos casos estos nombramientos exigirán modificar el artículo estatutario que establezca la duración indefinida del cargo.

★ Y como resulta de la D.T. 4.^a RRM, que no de la D.T. 2.^a de la LSA, el legislador se refiere a los administradores que fueron elegidos por tiempo indefinido conforme a los estatutos sociales, pues si son administradores caducados con arreglo a las cláusulas estatutarias ya no están en ejercicio del cargo y no les son de aplicación las medidas de derecho transitorio.

Digamos para terminar este punto que como tiene declarado la DGRN en res. de 8 de marzo y 3 de diciembre de 1991, la omisión en el título de los datos identificadores de los administradores cesados no es obstáculo que impida su inscripción en el Registro Mercantil.

= = = = =

Dicho lo cual examinemos ahora las sanciones que el legislador establece para el caso de incumplimiento de la obligación de adaptación en la triple vertiente estudiada.

III. Consecuencias prácticas del incumplimiento de la obligación de adaptación en su triple vertiente

Como decíamos al comienzo, la obsesión del legislador es tal que sustancialmente las Disposiciones Transitorias se limitan a recoger todo un elenco de sanciones y medidas coactivas para lograr que se cumpla con la obligación de adaptación en el plazo legal.

Pero las sanciones son distintas según la obligación incumplida, por lo que es preciso su examen por separado.

A) La no adaptación de los estatutos y la adaptación incompleta.

Ante todo conviene tener en cuenta que la Ley exige la adaptación completa, por lo tanto la obligación de adaptación estatutaria queda incumplida tanto si no se acuerda la adaptación como si ésta se efectúa de forma incompleta (*Vide* D.T. 4.^a.3).

Las consecuencias de la falta de adaptación estatutaria son la ineficacia de las normas no adaptadas, el cierre del Registro Mercantil, la responsabilidad de administradores y liquidadores y la multa administrativa de cinco millones de pesetas.

1.^a *La ineficacia sustantiva de las normas no adaptadas. El respeto de los derechos adquiridos.*

a) *La Disposición Transitoria 2.^a*

Según vimos, conforme a la D.T. 2.^a las disposiciones de las escrituras y estatutos de sociedades anónimas que se opongan a lo prevenido en esta Ley quedarán sin efecto a partir de su entrada en vigor.

Consecuentemente, desde el uno de enero de 1990 parte de las cláusulas estatutarias serán ineficaces. Esto supone un elemento perturbador de importancia para la adecuada marcha de la sociedad, por la inseguridad y confusión que provoca.

El carácter excepcional de la norma y las graves consecuencias que acarrea aboga por su interpretación estricta.

34 Por ello, la ineficacia afecta sólo a las normas estatutarias que se opongan a preceptos imperativos de la nueva Ley. Y debe existir auténtica oposición no simples desajustes.

Pero, como dijimos al principio, a diferencia de la D.T. 1.^a de la Ley de 1951, la Ley actual no hace referencia a la eficacia de los estatutos, excepcionalmente, para la protección de los derechos adquiridos.

b) *La eficacia o ineficacia de las cláusulas limitativas de la transmisibilidad de las acciones al portador.*

El problema en la práctica se ha planteado respecto de la importante cuestión de la eficacia o ineficacia de las restricciones estatutarias de la libre transmisión de las acciones al portador.

La tesis de la ineficacia de dichas cláusulas, a partir del 1 de enero de 1990, cuenta a su favor con el argumento literal. En efecto, si tales restricciones —que ya antes de la reforma parte de la doctrina consideraba contrarias a la naturaleza de las acciones al portador— hoy son contrarias a la Ley (art. 52) hay que entender sin más, que a partir del 1 de enero

de 1990 tales restricciones son ineficaces, teniéndose por no puestas.

No obstante, a mi entender, la solución no es tan simplista sino que, por el contrario, la tesis favorable a la eficacia de estas cláusulas hasta el 30 de junio de 1992 cuenta con importantes argumentos que pasamos a exponer:

1.º En primer lugar debe partirse de la razón de ser de la norma. La D.T. 2.ª tiene como razón de fondo el evitar que las sociedades preexistentes sigan funcionando en base a unas reglas “opuestas” a las sancionadas por la nueva Ley. Por ello, al interpretar su alcance hay que tener en cuenta la distinción entre las normas estatutarias destinadas a regular el funcionamiento del ente corporativo —a las que se refiere como “reglas de funcionamiento” la D.T. 1.ª.3 del RRM— y las normas que atribuyen a los socios derechos subjetivos, de valor patrimonial sin regular aspectos relativos al funcionamiento corporativo.

35

La ineficacia debe predicarse exclusivamente de las normas relativas al funcionamiento de la sociedad que son ineficaces si se oponen a la Ley, pero no de las normas que regulan aspectos concretos de la posición de socio y de sus derechos subjetivos, que no son normas de funcionamiento, como es el caso precisamente de las cláusulas que establecen un derecho de tanteo o de retracto en caso de enajenación de acciones al portador.

Así resulta claramente del sistema transitorio de la LSA de 1951 que conteniendo la misma declaración de ineficacia en la D.T. 1.ª regula especialmente la subsistencia de las acciones de voto plural (*Cfr.* D.T. 7.ª).

2.º Estos derechos de adquisición preferente han podido ser la base del negocio, de manera que sin su reconocimiento el socio no hubiese aceptado formar parte de la sociedad.

La supresión de estos derechos supone, cuando menos, una alteración de la base del negocio celebrado “rebus sic stantibus” por lo que el socio tendría derecho a la declaración de ineficacia del contrato. La solución general de la ineficacia

del contrato no armoniza con la especial naturaleza del contrato de sociedad por lo que deben arbitrarse otras medidas como la de que por acuerdo social de la mayoría se mantengan las limitaciones convirtiendo las acciones en nominativas o se supriman dichas limitaciones manteniendo el carácter al portador de las acciones. Y ello dentro de los plazos que el legislador ha sancionado para la solución de los distintos problemas transitorios.

3.º El respeto a los derechos adquiridos, es un principio general sancionado por el C. Civil que debe ser de aplicación lo recoja o no explícitamente el legislador de 1989.

4.º La D.T. 2.ª, de interpretación restrictiva según dijimos, excepciona, a sensu contrario, de la ineficacia a aquellas cláusulas estatutarias que no estén en oposición con los nuevos preceptos imperativos sino que impliquen un mero desajuste ante diversas alternativas posibles.

36 5.º Y, finalmente, aunque referida a un supuesto distinto puede traerse a colación la res. de la DGRN de 13 de noviembre de 1991 (BOE 9 de enero de 1992) que en su segundo Fundamento de Derecho contiene las siguientes afirmaciones: — “El principio de respeto a las situaciones jurídicas creadas por acuerdo colectivo celebrado bajo la legislación anterior, el del favor negotii... son criterios, todos ellos, que inducen a una interpretación estricta de la disposición transitoria 2.ª de la Ley y a no llevar la declaración de ineficacia a aquellas causas... respecto de las cuales haya mero desajuste pero no oposición a las disposiciones de la Ley”.

En el supuesto de esta resolución, la Junta había nombrado un Consejo de Administración en lugar del Administrador único cesado. El Registrador exigió la modificación estatutaria haciendo constar la concreción del sistema de administración ante la alternativa que ofrece hoy la Ley.

La DGRN añade que “... no hay razón alguna para dar preferencia —en la alternativa dejada a la Junta— al sistema que de los dos previstos se hubiera aceptado, en función de las circunstancias, en un acuerdo de Junta anterior a la nueva Ley”.

En la hipótesis que comentamos no existe tampoco, según dijimos, una contradicción sino una simple falta de ajuste, puesto que lo que resulta de la nueva Ley es una opción, entre el mantenimiento de las limitaciones convirtiendo las acciones en nominativas o suprimir aquéllas manteniendo las acciones al portador. Y esta opción no puede presumirse sino que habrá que esperar a que se efectúe la adaptación legal antes del 30 de junio de 1992.

2) *El cierre del Registro.*

Como consecuencia de este principio de ineficacia, la D.T. 1.^a.3 del RRM, al referirse a la inscripción de las escrituras otorgadas con anterioridad al 1 de enero de 1990, dispone que no serán inscribibles las cláusulas estatutarias o reglas de funcionamiento contenidas en la escritura que resulten contrarias a las normas imperativas de la Ley 19/1989, de 25 de julio, y de la Ley de Sociedades Anónimas.

37

Pero el cierre del Registro no se extiende a los actos realizados en base a los estatutos no modificados en aquellos puntos en que no haya auténtica oposición sino mero desajuste con la Ley. Es el caso citado que dio lugar a las res. de 13 y 14 de noviembre de 1991. En la del 13 de noviembre el Registrador alegaba que “la nueva legislación ha regulado un sistema de derecho transitorio, en el que dando un plazo general de adaptación a la Ley, también exige que cuando la Sociedad realiza algún acto que deba tener acceso al Registro Mercantil, antes de la fecha límite de 30 de junio de 1992, no conculque los nuevos requisitos legales”. La DGRN, en base a los argumentos comentados, rechaza las alegaciones del Registrador.

3) *La responsabilidad de los Administradores y liquidadores.*

Según resulta de la D.T. 3.^a.3, transcurrido el plazo del 30 de junio de 1992 sin haberse adoptado e inscrito las medidas

previstas, de adaptación estatutaria y aumento de capital, los administradores y, en su caso, los liquidadores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales.

★ La norma habla de adoptado e “inscrito” cuando, como veremos luego, la responsabilidad de estas personas no puede hacerse depender de la práctica de la inscripción.

★ La responsabilidad recae sobre los administradores y, si la sociedad están en liquidación, sobre los liquidadores. Obsérvese que queda fuera de duda que las medidas de adaptación afectan por igual a las sociedades en funcionamiento como a las disueltas en fase de liquidación, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

★ Es una responsabilidad personal y solidaria entre los miembros del órgano de administración o de liquidación y la sociedad. Pero como la responsabilidad es por las deudas sociales habrá que admitir en la relación interna, entre administradores y sociedad, el derecho de aquéllos a repetir contra el patrimonio social.

a) Delimitación de las deudas a que alcanza esta responsabilidad.

Es criticable que el legislador no especifique si la responsabilidad es por las deudas existentes al 30 de junio de 1992 o también por las posteriores:

1.º Según una primera interpretación, la responsabilidad de los administradores es tanto por las deudas sociales anteriores como por las futuras, ya que:

— La Ley no distingue.

— La ratio de la norma es forzar al cumplimiento de la obligación de adaptación.

— Y la D.T. 6.^a en su último inciso así lo establece al imponer la misma sanción de responsabilidad personal y solidaria a administradores y liquidadores.

2.º Según una segunda interpretación la responsabilidad es sólo por las deudas anteriores, no por las posteriores a 30 de junio de 1992, porque:

— El efecto más débil es sujetar a los administradores a la responsabilidad de las deudas que conocen y ya se han generado, no de las futuras, y tratándose de una norma excepcional debe interpretarse restrictivamente por lo que la responsabilidad será por las deudas existentes al 30 de junio de 1992.

— A la misma conclusión lleva la comparación de esta norma con la del inciso final de la D.T. 6.ª que se refiere expresamente a las deudas contraídas o que se contraigan pero en un supuesto distinto y de mayor gravedad, como es el de la disolución de la sociedad por no haberse aumentado el capital hasta la cifra mínima, llegado el 31 de diciembre de 1995, por lo que la responsabilidad establecida en la D.T. 3.ª.3 debe tener menor alcance.

— Por otra parte, si bien podría alegarse que tratándose del incumplimiento de la obligación de aumentar el capital la sanción debe abarcar a las deudas futuras que contraiga la sociedad con un capital menor al mínimo legal, en beneficio de terceros acreedores que contraten con la sociedad que no tiene el capital mínimo, este argumento aparentemente convincente decae cuando se observa que la sanción de responsabilidad se impone con el mismo alcance para el caso de falta de adaptación estatutaria.

3.º Pero cabe también defender una tercera interpretación, a mi juicio la más acertada, según la cual la responsabilidad se limitaría a las deudas posteriores al 30 de junio de 1992 en base a que:

— Hasta el 30 de junio de 1992 no ha habido incumplimiento y el régimen de responsabilidad deberá ser el general de las S.A.

— Lo contrario sería dar efectos retroactivos al incumplimiento de la obligación de adaptación, en contra de la Constitución que en su art. 9.º garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras.

— Por otra parte, los acreedores, sean anteriores o posteriores al 30 de junio de 1992, cuando contrataron con la sociedad pudieron comprobar su solvencia a través de la cifra de capital debidamente inscrita en el Registro Mercantil, por lo que la no adaptación no les supone una burla o lesión de sus derechos.

— Así entendida, la medida además de su carácter coactivo, vendría a proteger los derechos de los terceros que contraten con la sociedad a partir del 30 de junio de 1992.

b) *La responsabilidad como sanción o como mecanismo de protección de terceros.*

Igual de complicada es la cuestión del carácter objetivo o subjetivo de esta responsabilidad.

40

La Ley parece partir de la configuración de una responsabilidad objetiva, derivada del cargo. Se incurre en responsabilidad automáticamente si se incumplen las medidas que las Disposiciones Transitorias imponen.

No obstante la cuestión no nos parece tan clara por las siguientes razones:

1. El principio general es el de la responsabilidad por culpa. Puede suceder que los administradores hayan actuado diligentemente y que los acuerdos no se hayan adoptado por culpa de los socios. Y puede suceder que los acuerdos no se puedan adoptar por tratarse de una sociedad sin actividad y cuyos socios son desconocidos. Los supuestos prácticos posibles son numerosos.

2. En materia de responsabilidad de los administradores el principio fundamental viene recogido en el art. 127 LSA según el cual “Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”. De donde resulta que si actúan con esta diligencia no incurrir en responsabilidad. Por ello el art. 133 exime de responsabilidad a los miembros del órgano de administración que prueben que no habiendo intervenido en la adopción y

ejecución del acto o del acuerdo lesivo, desconocían su existencia o conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

3. La nueva Ley es más rigurosa en materia de responsabilidad de los administradores por cuanto que ésta ya no se hace depender de la concurrencia de malicia, abuso de facultades o negligencia grave (*Cfr.* antiguo art. 79 LSA de 1951) pero, como resulta de los preceptos citados en el párrafo anterior, ello no quiere decir que su responsabilidad no siga siendo subjetiva.

Al respecto cabe traer también a colación la sentencia del T.S. de 11 de octubre de 1991 (La Ley, año XIII. Número 2.910) que aunque referida al antiguo art. 79 LSA hace una valoración subjetiva de la responsabilidad de los administradores, afirmando que el sistema regulador de la específica responsabilidad de éstos ha de permitirles un normal desenvolvimiento de su actividad, sin verse interferida por eventuales responsabilidades en casos —culpa leve o levísima— de difícil valoración en las operaciones mercantiles.

En suma, a mi juicio, la solución de la cuestión dependerá del fundamento de esta responsabilidad sancionada por la D.T. 3.^a. Si es una sanción, la responsabilidad será subjetiva y si, en cambio, es un mecanismo de protección de terceros, la responsabilidad será objetiva, y los administradores únicamente se liberarán de su responsabilidad dimitiendo de su cargo ante una actuación de los socios que imposibilite la adaptación legal. No obstante esta drástica solución puede ser muy perjudicial en los casos de sociedades integradas por dos grupos de socios enfrentados ostentando el cargo de administrador único la persona de confianza de uno de esos grupos, o, incluso, uno de los socios. Y lo cierto es que de sostener la responsabilidad objetiva del administrador la norma legal podría convertirse en un mecanismo para forzar la dimisión del socio administrador bloqueando los acuerdos de adaptación.

Analizando los supuestos de la D.T. 3.^a y de la 6.^a se

observa que en ésta la preocupación del legislador estriba en la situación de los contratantes con la sociedad disuelta, en cambio, en la D.T. 3.^a de lo que se trata es de sancionar a los administradores por su dejadez en el cumplimiento de la obligación de adaptación. Por ello, en mi opinión, la responsabilidad de los administradores y liquidadores en este supuesto es una responsabilidad subjetiva cuya exigencia queda sujeta a las reglas generales y, por tanto, si los administradores cumplieron su canon de diligencia no podrá serles exigida.

4. *La multa administrativa.*

El incumplimiento de la obligación de adaptación estatutaria se sanciona con una multa de 5.000.000 de ptas. sin perjuicio de los efectos sustantivos de la falta de acomodación, es decir, sin perjuicio de la ineficacia de la normas no adaptadas.

42

★ La multa se impondrá previa instrucción de expediente, por el Ministerio de Justicia, con audiencia de los interesados y conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo. A estos efectos, transcurrido el plazo legal de adaptación, los Registradores Mercantiles remitirán al Ministerio de Justicia relación de las sociedades que no conste hayan hecho la adaptación, debiendo hacerla o que, habiéndola realizado, fuera incompleta. (*Vide* D.T. 4.^a-3 y 4.)

★ Del tenor de la norma parece desprenderse que se trata de una multa de cuantía fija, no graduable. No obstante es más conforme con la naturaleza de las cosas el sistema de multa graduable y proporcional a la transcendencia de la infracción y al capital social, pues no se comprende cómo la falta absoluta de adaptación estatutaria puede sancionarse con la misma gravedad que la omisión de algún punto concreto. Tampoco es de recibo que una S.A. con un capital de 500.000 ptas. por ejemplo, se sancione con 5.000.000 de ptas. Recuérdesse que la Ley de 1951 multaba con el 1% del capital social desembolsado en el momento de la infracción.

La multa, dado el principio de responsabilidad solidaria ya

comentado, recaerá indistintamente sobre la sociedad y sobre los administradores.

El rigor del sistema legal debe suavizarse entendiendo que la cuantía de la multa es de 5.000.000 de ptas. como máximo y que precisamente el expediente previo es el instrumento para analizar las circunstancias de cada caso, oídos los interesados, y sancionar con una multa que puede llegar en el peor de los casos a los 5.000.000 de ptas.

Igualmente en el expediente podrá apreciarse la diligencia de los implicados en la adaptación y la existencia de las causas objetivas que la hayan hecho materialmente imposible.

Nos queda la esperanza de que las previsiones legales busquen más el efecto psicológico que la imposición efectiva de cientos de multas de la cuantía indicada.

B) La falta de adecuación de la cifra de capital:

43

Comentábamos anteriormente el mayor rigor que impone la Ley a la obligación de aumentar el capital hasta la cifra mínima de 10.000.000 de ptas.

Las consecuencias en orden a la responsabilidad de administradores y liquidadores y a la imposición de la multa son semejantes a las vistas respecto de la falta de adaptación estatutaria a 30 de junio de 1992.

Las especialidades se encuentran en la D.T. 6.^a, de aplicación exclusiva a la hipótesis de falta de adecuación de la cifra del capital social.

Estudiemos estas graves consecuencias.

1.^a El cierre del Registro.

A partir del 30 de junio de 1992 no se inscribirá en el Registro Mercantil escritura alguna de sociedad anónima que no hubiera procedido a dicha adecuación. Se exceptúan las escrituras de cese o de dimisión de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores, y de revocación de poderes,

así como la de disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores.

La sociedad queda así condenada a vivir fuera del Registro Mercantil, con las excepciones dichas que obedecen a actos tendentes a la paralización de la actividad social y a su disolución, con la salvedad del aumento de capital, según lo dispuesto en el apartado siguiente.

La consecuencia más importante de esta norma es que a partir del 30 de junio de 1992 la sociedad anónima no podrá transformarse sino únicamente aumentar su capital o disolverse.

2.^a La disolución de pleno derecho y la cancelación de los asientos registrales.

44

Si antes del 31 de diciembre de 1995 las sociedades anónimas no hubieran presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en las que consten el acuerdo de aumentar el capital social hasta el mínimo legal, la suscripción total de las acciones emitidas y el desembolso de una cuarta parte, por lo menos, del valor de cada una de sus acciones, QUEDARÁN DISUELTAS DE PLENO DERECHO, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la sociedad disuelta. No obstante la cancelación, subsistirá la responsabilidad personal y solidaria de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad (D.T. 6.^a.2).

Dado el tenor de la disposición podría decirse que en ella el legislador “echa el resto” para motivar a las sociedades a aumentar el capital, como tarde antes del 31 de diciembre de 1995. Si no lo hacen la sociedad quedará automáticamente, de pleno derecho, disuelta y será expulsada del Registro “inmediatamente” mediante la cancelación de oficio de los asientos.

En la práctica, de llevarse a cabo estas medidas, los problemas que se plantearán a 1 de enero de 1996 serán graves y de difícil solución.

a) *La disolución de pleno derecho.*

En efecto, el legislador regula la disolución de la sociedad como sanción. Es una disolución que viene impuesta por la Ley y opera de forma automática.

Podría pensarse que la Ley ha olvidado que la extinción de la sociedad se produce como consecuencia de un proceso con dos fases, la disolución y la liquidación, ya que como establece el art. 264 LSA la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante este tiempo deberá añadir a su nombre la frase “en liquidación”.

Pero lo que sucede es que la sanción, de evidente carácter coactivo, no puede llegar más lejos, pues es impensable hablar de que la liquidación de la sociedad se entiende efectuada de pleno derecho transcurrida determinada fecha. La liquidación, por su naturaleza, es una operación compleja, que rechaza automatismos. Lo único que puede el legislador es determinar la disolución de la sociedad y su pase a la fase de liquidación, que quedará sujeta a las normas generales de los arts. 266 y siguientes de la LSA.

El propio legislador es consciente que la sociedad puede seguir actuando en el tráfico en base a la apariencia creada en el ámbito comercial, pues de otra forma no tendría sentido hablar de las deudas “que se contraigan en nombre de la sociedad”.

b) *La cancelación de los asientos registrales.*

Pero es obvio que la D.T. 6.^a.2 —tal vez porque en su redacción prevalece el tono amenazante y sancionador sobre el rigor técnico— está en contradicción con la normativa general y, especialmente, con el citado art. 264, pues tras declarar su disolución automática sanciona a la sociedad con su expulsión del Registro Mercantil ordenando al Registrador que cancele inmediatamente de oficio los asientos correspondientes a la sociedad disuelta.

Bien puede decirse que en esta norma la pasión ha cegado la razón. Por clara que sea la dicción de la D.T. 6.^a.2 no podemos admitir que la sociedad quede extinguida. La sociedad quedará disuelta y entrará en fase de liquidación. Su expulsión del Registro no obedece a que se considere extinguida la sociedad, pues ésta conserva su personalidad y su patrimonio, sujeto a liquidación, sino que es una medida dirigida a paralizar la actividad social y a acelerar la extinción de la sociedad, impidiendo que la sociedad aparezca a los ojos de los terceros como una sociedad anónima regular.

La utilidad de la medida queda reducida a los supuestos de sociedades sin actividad, cuyo accionariado y órgano de administración ha desaparecido, pues en estos casos la D.T. 6.^a facilita la limpia del Registro Mercantil.

46 Respecto de las sociedades anónimas con actividad, la expulsión del Registro tiene una enorme importancia por cuanto que en nuestro Derecho el reconocimiento del tipo legal SA tiene como presupuesto inexcusable la inscripción de la sociedad en el Registro. Por ello la sociedad en liquidación subsistirá como sociedad, colectiva o civil —según su objeto social—, pero no será ya anónima y por lo tanto sus socios no gozarán del beneficio de la responsabilidad limitada.

3) *La responsabilidad personal y solidaria de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores.*

Y lo dicho nos lleva de la mano al art. 16 LSA relativo a la sociedad irregular. En la hipótesis del art. 16 existe una sociedad, fundada en escritura pública, que reúne todos los elementos subjetivos y objetivos para su correcto funcionamiento menos uno, esencial, su reflejo en el Registro Mercantil. En la hipótesis del párrafo 2.º de la D.T. 6.^a existe también una sociedad y un patrimonio, pero falta igualmente la inscripción puesto que se canceló.

Y la analogía no acaba aquí. En ambos supuestos la razón de la norma es la sanción, en el art. 16 por la dejadez en

inscribir la escritura de fundación, en la D.T. 6.^a.2 por la dejadez en aumentar el capital social hasta la cifra mínima legalmente impuesta. La idea de sanción aproxima la hipótesis que comentamos a la del art. 16 y la aleja de la del art. 15 LSA.

En la hipótesis de la D.T. 6.^a hay una sociedad anónima que no aumentó el capital social hasta el mínimo legal, pero que tiene un patrimonio y unos socios. Esa sociedad tiene unos gestores con facultades representativas. El legislador no puede aceptar la solución del art. 15 de la LSA por cuanto que la sociedad se ha disuelto y las facultades de los gestores deben dejar paso a las de los liquidadores (art. 267 LSA) y, por otra parte, los socios, que no son ajenos al incumplimiento de la obligación de aumentar el capital, no merecen conservar el privilegio de la responsabilidad limitada. Los intereses en juego, intereses de socios, sociedad, representantes y terceros acreedores y contratantes inspiran la solución legal consistente en proteger a los terceros ante actuaciones de esta sociedad no inscrita.

Es decir que en la hipótesis de la D.T. 6.^a la idea de protección de terceros es más fuerte que la de sanción, si bien ambas ideas se combinan pues la responsabilidad de los representantes no excluye la responsabilidad de los socios y de la sociedad.

Por ello entiendo que el tratamiento de los problemas planteados en esta hipótesis deben tener una solución análoga a la prevista para la hipótesis del art. 16 LSA en orden a la facultad de cualquier socio para pedir inmediatamente la liquidación social y a la posición de los socios como socios colectivos o civiles.

A la responsabilidad de los socios únese, con carácter solidario, la responsabilidad de las personas a que se refiere el inciso final de la D.T. 6.^a, que, a diferencia del supuesto de la D.T. 3.^a.3, más que una sanción es una medida adoptada en beneficio y protección de los terceros que contraten con la sociedad, y, por tanto, tiene carácter objetivo.

En síntesis el régimen de esta responsabilidad será el siguiente:

— La acción de responsabilidad corresponde a los terceros y acreedores respecto de deudas contraídas o que se contraigan “en nombre de la sociedad”. Habrá que entender que las deudas anteriores son las contraídas desde el 30 de junio de 1992 pero no las anteriores a esta fecha, en coherencia con lo expuesto al comentar la D.T. 3.^a.3.

— La legitimación pasiva corresponde a todas las personas facultadas para contratar en nombre de la sociedad, por ostentar facultades representativas, sean socios o no, tales como los administradores, gerentes, directores generales y liquidadores. Aunque la expresión legal no es muy correcta, por la razón de ser de la norma y su carácter excepcional y, por tanto, restrictivo, deben quedar fuera todas aquellas personas que ostentan una simple relación de empleo, de carácter técnico no representativo.

Es una responsabilidad personal y solidaria de modo que siendo varios los miembros del órgano de administración o de liquidación afecta a todos solidariamente, incluso a los apoderados. Y es solidaria con la sociedad, lo que demuestra una vez más que en la mente del legislador está la subsistencia de la sociedad como sociedad en liquidación. La acción de repetición de los afectados por esta responsabilidad podrá ser dirigida contra el patrimonio social.

— Y, por lo dicho, es una responsabilidad objetiva, derivada del cargo, pues la *ratio* de la norma no es estrictamente la sanción sino la protección de terceros. El que la norma hable de que la responsabilidad “subsistirá” no quiere decir que tenga el mismo carácter que tenía anteriormente, conforme a la D.T. 3.^a.3. Precisamente lo que el legislador hace es prorrogar la responsabilidad impuesta como sanción por juzgarla conveniente como mecanismo de protección.

— Pero esta responsabilidad no exime de la suya a los socios, sino que, incluso, tratándose de sociedad no inscrita, la situación de los socios será la propia de la sociedad civil o

de la sociedad colectiva —según su objeto social— y, por lo tanto responderán personal e ilimitadamente de las deudas sociales, gozando los administradores y demás responsables de una acción de repetición frente a los socios por lo pagado por cuenta de la sociedad a consecuencia de la especial responsabilidad que les impone la D.T. que estamos comentando.

C) La no actualización del Organo de Administración.

Es la hipótesis en la que el legislador se muestra más benévolo, como se desprende de la cuantía de la multa, de la subsistencia del cargo y de la excepción al cierre del Registro.

1. *La multa.*

Conforme al apartado 4.º de la D.T. 4.ª si antes del 30 de junio no se presentan en el Registro Mercantil los acuerdos de reelección o cese de los administradores a que se refiere el apartado 2.º la multa será de 500.000 ptas.

49

2. *La fecha de caducidad de los cargos.*

A la vista de la D.T. 4.ª, en relación con el art. 126 LSA podría pensarse que con independencia de la multa, los administradores que vinieren ejerciendo su cargo por período superior al de cinco años desde su nombramiento o su última reelección, quedan caducados el 30 de junio de 1992.

No obstante ello no es así. En efecto la D.T. 4.ª del RRM aclara que los cargos no caducan hasta el 1 de enero de 1995. A tenor de esta importante D.T. “Los nombramientos de cargos por tiempo indefinido realizados al amparo de la legislación anterior y que no estén admitidos por la Ley de Sociedades Anónimas, caducarán a los cinco años de la entrada en vigor del presente Reglamento, cancelándose, de oficio o a instancia de cualquier interesado, mediante la oportuna nota

marginal. Queda a salvo la sanción prevista en el número 4 de la disposición transitoria cuarta de la citada Ley”.

3. *La excepción al cierre del Registro.*

Con el fin de facilitar el cumplimiento de la obligación de adaptación, aun fuera de plazo, la D.T. 6.^a.1 exceptúa del cierre del Registro respecto de las escrituras de sociedades que no hubieran aumentado el capital hasta el mínimo legal antes del 30 de junio de 1992, las escrituras de cese o de dimisión de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores, y de revocación de poderes.

= = = = =

50 IV. El plazo para la adaptación

De cuanto llevamos expuesto se colige que existe un plazo general, el 30 de junio de 1992 y otros plazos especiales como, el del 31 de diciembre de 1995 desencadenante de la disolución de pleno derecho, y el del 1 de enero de 1995 para la caducidad de los cargos no renovados.

Ello sin perjuicio de la especialidad relativa a las sociedades anónimas laborales a que se refiere la D.T. 3.^a.3 de la Ley de 25 de julio de 1989 y que dándose los supuestos previstos en esta transitoria tendrán de plazo hasta el 31 de diciembre de 1996 para aumentar el capital hasta la cifra de 10.000.000 de ptas.

Transcurridos estos plazos se producirán las consecuencias examinadas pero si aumentó el capital hasta el mínimo legal antes del 30 de junio de 1992, la sociedad podrá y deberá proceder a la adaptación estatutaria fuera de plazo. En este caso no parece aplicable la D.T. 5.^a pues los quorums facilitantes sólo tienen sentido como medida transitoria en favor de la adaptación dentro de plazo.

Y la sociedad, en el caso dicho, podrá y deberá renovar el órgano de administración.

Pero ¿cabrá aumentar el capital y reactivar la vida social fuera de plazo a pesar de la dicción de la D.T. 6.^a? Si admitimos que la sociedad no se ha extinguido sino que está en fase de liquidación podremos aplicar la doctrina favorable a la reactivación social de la sociedad en liquidación, que incluso puede ser objeto de una fusión (art. 251 LSA), que es la solución más conforme con el principio de conservación de la empresa y con la realidad de las cosas, pues subsistiendo la sociedad, como sociedad en liquidación, si los socios consiguen su revitalización no parece lógico exigirles que la consideren extinguida y otorguen una nueva escritura fundacional. No obstante, el tenor literal de la D.T. 6.^a será un grave obstáculo práctico hasta que los Tribunales resuelvan la cuestión en un sentido o en otro.

El plazo general del 30 de junio de 1992 es el desencadenante de las sanciones generales (D.T. 3.^a.1 y 4.^a.2).

Y es importante precisar qué tiene que haber sucedido antes del 30 de junio de 1992 para que no se produzcan las consecuencias examinadas.

Cabe aplicar diversos criterios:

1. Entender que basta con que a la fecha indicada se hayan adoptado válidamente los acuerdos precisos.
2. Entender que es necesario que a tal fecha los acuerdos se hayan elevado a escritura pública.
3. Entender que los acuerdos deben haberse presentado en el Registro Mercantil antes del 30 de junio de 1992.
4. Y, finalmente, puede entenderse que es preciso que los acuerdos se hayan inscrito en el Registro Mercantil.

Este último criterio es el que sanciona el apartado 3 de la D.T. 3.^a pero es inadmisibile ya que no se puede hacer depender la sanción de la rapidez o tardanza del Ilmo. Sr. Registrador en la práctica de la inscripción. Afortunadamente la D.T. 4.^a.2 y la D.T. 6.^a.2 dan pie para rechazar el criterio anterior y sostener que basta con que antes del 30 de junio de 1992 los acuerdos se hayan “presentado” en el Registro.

V. Las alternativas prácticas

a) *La alternativa de la transformación: Los anuncios (art. 224 LSA). La transformación y la causa de disolución del número 4.º del art. 260 LSA.*

La obligación de adecuación de la cifra del capital social al mínimo legal tiene como alternativa, conforme prevé la D.T. 3.ª.2, la transformación de la sociedad anónima en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada.

Esta alternativa es pues privativa de la obligación de aumento de capital.

Y llama la atención que tratando el legislador de dar facilidades para la adaptación dentro de plazo, no se haya reformado el art. 224 LSA que mantiene su anterior redacción, con lo cual resulta que parecen ser necesarios más anuncios para la transformación de S.A. en S.L. que para una fusión (respecto de la cual el art. 242 LSA exige tres anuncios en el BORME y dos en periódicos).

En aras de poder facilitar la transformación al menor coste posible, el art. 224 se ha interpretado en el sentido de que no exige tres anuncios en el BORME y tres anuncios en periódicos sino tan sólo tres anuncios en el BORME y dos en periódicos. Incluso podría sostenerse que son suficientes tres anuncios, uno en BORME y dos en periódicos si de lo que se trata es de dar al artículo el menor alcance posible, ya que una cosa es el número y otra el lugar en el que los anuncios deben publicarse.

También se ha sostenido la supresión de los anuncios si el acuerdo de transformación se adoptó en Junta Universal.

A mi juicio, el que los anuncios sean o no necesarios en esta última hipótesis dependerá de la razón de ser de su exigencia. Si los anuncios se exigen exclusivamente para facilitar a los socios ausentes el conocimiento del acuerdo de transformación y el comienzo del plazo de su derecho a vender sus participaciones sociales (art. 226 LSA) parece claro que tales anuncios están de más tratándose de Junta Universal. Pero

tengo mis dudas de que esa sea la única razón para los anuncios. Me explicaré. En el tratamiento que da el legislador en el art. 226 al problema de los socios disidentes hay tres elementos personales implicados: la sociedad, los socios y los terceros posibles compradores, pues sin comprador no cabe hacer uso de la solución legal. Además existen otros terceros interesados, como el propietario del inmueble arrendado, en su caso, a la sociedad, que podrá elevar un 15% la renta.

El interés de la sociedad estriba en que el acuerdo tenga validez y eficacia. El interés de los socios consiste en poder continuar en la sociedad transformada o vender sus derechos. La posición del socio le permite conocer la existencia de la Junta, para la que sin duda habrá sido citado, y el contenido de los acuerdos adoptados. El interés del comprador se centra en conocer lo que compra, si acciones o participaciones. ¿A quién protege realmente la publicidad del acuerdo? Creo que hay razones para pensar que realmente los anuncios deben hacerse para que los compradores tengan ocasión de conocer que, aunque se les exhiba títulos de acciones aún no anulados, lo que compren no son acciones sino participaciones y que si compren no podrán oponerse a la transformación que ha sido debidamente acordada en una Junta Universal que pertenece a la intimidad de la sociedad lo que, sin los anuncios, les deja en la más absoluta indefensión, sin perjuicio del penoso remedio de acudir a una resolución de la compraventa por razón de error en el objeto.

Recuérdese que en una hipótesis semejante en la que no se transforman acciones en participaciones pero se sustituyen unos títulos por otros, el art. 59 exige unos anuncios para el canje de títulos que se producen con posterioridad al acuerdo correspondiente y con independencia de que éste se haya adoptado o no en Junta Universal, pues únicamente no serán precisos dichos anuncios cuando en la misma Junta se canjeasen todos los títulos.

En suma estas cuestiones no se habrían suscitado si el legislador hubiese sido coherente con su intención genérica de

dar facilidades a las adaptaciones, reformando el art. 224 LSA a los efectos de exigir menor número de anuncios. Habrá que esperar a que los Tribunales aclaren si la exigencia de los anuncios responde a la protección de los socios o de terceros.

Otra cuestión práctica que puede suscitarse al proceder a la transformación es la derivada del juego de la causa de disolución prevista en el número 4.º del art. 260 de la LSA que es directamente aplicable a la S.L. por la remisión del art. 30 de la LSRL.

En efecto, la transformación de S.A. en S.L. exige la aprobación del balance cerrado el día anterior del acuerdo y del balance del día anterior al del otorgamiento de la correspondiente escritura pública de transformación (*Cfr.* art. 227 LSA). Estos balances quedan incorporados a la escritura y, además, un ejemplar de cada uno de ellos debe presentarse en el Registro Mercantil (art. 188 RRM).

54 Pues bien, puede suceder que de los citados balances resulte claramente que, a consecuencia de las pérdidas sociales, el patrimonio social haya quedado reducido a una cantidad inferior a la mitad del capital social.

¿Quid iuris? Si al tiempo del acuerdo de transformación se adopta el acuerdo de aumento de capital o de reducción en lo pertinente, teniendo en cuenta la cifra mínima de 500.000 ptas. exigida para las S.L., no habrá problema. De lo contrario, parece lógico que la Junta que aprobó los Balances para la transformación acuerde también la disolución de la sociedad. En su defecto, será de aplicación lo dispuesto en el art. 262 LSA y surgirá así un nuevo supuesto de responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones sociales, en los términos que resultan del precepto indicado.

b) Otras alternativas.

Las obligaciones de adaptación estatutaria y de actualización de los Organos de Administración se cumplen o se incumplen, dejando abocada la sociedad a una situación de paralización

de sus órganos y de ineficacia parcial de sus estatutos que la llevarán más tarde o más temprano a la disolución.

En concreto, en la práctica, las decisiones pueden ser las siguientes:

1.^a Adaptación estatutaria y actualización de los Organos de Administración en sociedades anónimas con capital igual o superior a los 10.000.000 de ptas.

2.^a Si el capital social es inferior a los 10.000.000 ptas.:

a. Mantenimiento del tipo social S.A. con la consiguiente adaptación estatutaria, aumento de capital y actualización de los Organos de Administración.

b. Transformación del tipo social en lugar de aumentar el capital, con la correspondiente aprobación de los nuevos estatutos y nombramiento de administradores.

3.^a Y cualquiera que sea el capital de la sociedad anónima, es claro que existe siempre la alternativa de acordar la disolución de la sociedad y su liquidación por no interesar la continuidad de la sociedad con las exigencias introducidas por la Ley de 1989.

Las Disposiciones Transitorias no contemplan expresamente esta alternativa aunque está en la mente del legislador como resulta de la D.T. 6.^a.1 que al enumerar las escrituras que se excepcionan del cierre del Registro por la falta de aumento del capital, cita expresamente la escritura de “disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores”.

c) *Las alternativas prácticas de las sociedades en liquidación.*

Tal como vimos, el legislador es consciente de que al entrar en vigor la nueva Ley, algunas S.A. pueden encontrarse en liquidación. La obsesión del legislador porque se cumpla con la obligación de adaptación le lleva a no dudar en aplicar a estas sociedades disueltas, en liquidación, el mismo régimen que a las demás S.A.

No obstante, una vez más, la previsión legislativa no parece que haya sido seriamente meditada ya que un análisis detenido

de la cuestión pone en evidencia la imposibilidad de respetar, sin más, la citada equiparación.

De la triple vertiente de la obligación genérica de adaptación parece claro que no afecta a estas sociedades la relativa a la actualización del Órgano de Administración, ya que, por hipótesis, en las sociedades en liquidación los administradores han cesado y actúan solamente los liquidadores que asumen las funciones previstas hoy en el art. 272 (*Cfr.* actual art. 267), sin perjuicio de que los antiguos administradores deban prestar su concurso para la práctica de las operaciones de liquidación, si fuesen requeridos al efecto.

¿Quid respecto de la obligación de adaptar estatutos y, en su caso, aumentar el capital o transformarse? El tenor literal de la D.T. 3.^a.3 es contundente, transcurrido el 30 de junio de 1992 sin haberse adoptado e inscrito las medidas previstas en los dos apartados anteriores —la adaptación legal de los estatutos y el aumento efectivo del capital hasta el mínimo legal, o la transformación— los administradores y, en su caso, los liquidadores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales.

Consecuentemente, de esta norma resulta que las sociedades en liquidación deben, antes del 30 de junio de 1992, adaptar sus estatutos y aumentar su capital o transformarse en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada. ¿Es ello así realmente?

Respecto de la obligación de adaptar los estatutos, como quiera que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza y, de otra parte, no hay un plazo máximo para concluir la liquidación, la actuación de esta sociedad deberá ajustarse a las nuevas normas legales y a los estatutos que deberán adaptarse a éstas, en cuanto que sean imperativas. Así, por ejemplo, deberá adaptarse el artículo estatutario referente a los quorums de asistencia y de votación de las Juntas Generales y, estas normas adaptadas, serán las que se aplicarán para determinar la validez de la Junta General que deba aprobar el balance final (*Cfr.* arts. 274 y 275 LSA).

¿Quid respecto de la obligación alternativa de aumentar el capital o de transformarse?

Tal vez el legislador trata de evitar que una S.A. mantenga su tipo social sin aumentar el capital hasta el mínimo legal a través del expediente de acordar su disolución y continuar subsistiendo, indefinidamente, como S.A. en liquidación. Pero esta anómala hipótesis no puede justificar la exigencia general de que toda sociedad en liquidación aumente efectivamente su capital hasta los 10.000.000 de pesetas.

En efecto, parece evidente que el aumento de capital es una operación que no encaja en la situación de liquidación social. El aumento tiende a reforzar la situación financiera de la sociedad para el desarrollo de su objeto social y carece de sentido en una sociedad en liquidación cuya actividad se circunscribe a aquellos actos tendentes al reparto del haber social y la subsiguiente extinción de la sociedad.

De un análisis de las causas de disolución que han podido llevar a la sociedad a su liquidación se desprende lo absurdo de imponer el aumento del capital en esta situación. En efecto, si se ha cumplido el término fijado en los estatutos para la duración de la sociedad, o el objeto social se ha concluido, o es imposible realizarlo, o se han paralizado los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento, o la sociedad se encuentra en un estado de insolvencia, o su capital es inferior del mínimo legal, o su patrimonio ha quedado reducido, por pérdidas, a una cantidad inferior a la mitad del capital social, etc., no parece lógico exigir, bajo pena de sanción, el acuerdo de aumento del capital.

La Junta General que acordó la disolución tuvo ya la oportunidad de examinar la situación social y decidió lo más conveniente ante las circunstancias concretas de la sociedad y esa decisión fue la de disolver la sociedad.

Por el contrario, la obligación de aumentar el capital, aunque la sociedad esté en liquidación, puede apoyarse en la D.T. 6.^a2 que referida especialmente a las consecuencias de la falta de aumento del capital a 31 de diciembre de 1995

prevé la responsabilidad de los liquidadores. Sin embargo, este argumento puede desvirtuarse si entendemos que tal responsabilidad no es una responsabilidad “ex novo” impuesta para el caso de falta de aumento del capital sino que se trata de la misma responsabilidad que a los liquidadores impone la D.T. 3.^a.3 por la no adaptación estatutaria y, por ello, el legislador habla de que “subsistirá”.

¿Quiere ello decir que para estas sociedades la transformación se convierte, de hecho, en una alternativa forzosa si la liquidación social no concluye antes del 30 de junio de 1992? La respuesta afirmativa puede apoyarse en el mismo argumento que traíamos a colación respecto de la obligación de adaptar los estatutos de estas sociedades, ya que la permanencia de la sociedad en liquidación aconseja su ajuste a la legalidad vigente, mediante la adopción de otro tipo social con la consiguiente adaptación estatutaria al nuevo tipo elegido. Lo que ocurre es que el mecanismo legal previsto para la transformación es costoso y parte de unos presupuestos que difícilmente se darán en muchas de las sociedades disueltas. ¿Qué posibilidades hay de transformar una sociedad que se ha disuelto por paralización de sus órganos sociales? ¿Qué sentido tiene transformar una sociedad cuyo objeto social ha quedado concluido? ¿Cómo se alcanzará la cifra mínima de capital exigida para la S.L. si la sociedad es insolvente?

En la misma línea de pensamiento cabe preguntarse si acaso lo dicho respecto de las sociedades que a la entrada en vigor de la Ley estaban en situación de liquidación no debe ser también de aplicación a las sociedades que, entrada en vigor la Ley, y a la vista de las nuevas exigencias legales, deciden disolverse y liquidarse. En mi opinión el que la disolución se acordara antes del 1 de enero de 1990 o después no debe dar lugar a un distinto tratamiento del problema.

Así las cosas, si como decíamos anteriormente el acuerdo de disolución es una de las alternativas prácticas de toda sociedad, a pesar del silencio legal, debe entenderse que si la sociedad está disuelta o se disuelve para no acomodarse a las

nuevas exigencias legales, únicamente queda obligada a adaptar los estatutos sociales en lo pertinente al funcionamiento propio de las sociedades en liquidación.

Por la confusión que introduce la falta de precisión normativa y por la gravedad de las sanciones que impone la D.T. 6.^a es muy recomendable que las sociedades disueltas concluyan su proceso liquidatorio antes del 30 de junio de 1992. Si transcurre el plazo del 30 de junio de 1992 estas sociedades podrán ser sancionadas en los términos que resultan de la D.T. 3.^a.3 y de la D.T. 4.^a.4 pero, en mi opinión únicamente por la falta de adaptación estatutaria. Recuérdese que el cierre del Registro Mercantil que impone la D.T. 6.^a.1 no es de aplicación a las escrituras de disolución y nombramiento de liquidadores, lo cual es un argumento más en defensa de la no aplicación del régimen general previsto en las disposiciones transitorias a las sociedades disueltas o que se disuelvan después del 1 de enero de 1990.

59

d) *Exenciones fiscales y bonificaciones arancelarias.*

Los actos y documentos que se otorguen necesariamente, para ajustarse a las disposiciones legales, gozarán de la exención de impuestos y de la reducción de aranceles notariales y registrales a que se refiere la D.T. 7.^a (bonificación del 30%). Pero estas exenciones y bonificaciones no se aplicarán a aquellos actos que no sean estrictamente necesarios, como el aumento de capital por encima del mínimo legal, respecto del exceso, o la escritura de disolución y liquidación que, evidentemente, no tiende a “la adaptación de la sociedad existente a lo previsto en la Ley...” en palabras de la D.T. 7.^a

Además para que se reconozcan estos beneficios deberán otorgarse las escrituras dentro del plazo general del 30 de junio de 1992 pues, como indica José Angel García Valdecasas, el plazo de 31 de diciembre de 1995 es una moratoria a efectos sustantivos que no fiscales ni arancelarios.

VI. La adaptación legal de sociedades de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones

Digamos para terminar este breve estudio sobre la obligación de adaptación que las Disposiciones Transitorias de la Ley 19/1989, de 25 de julio, hacen referencia también a las sociedades de responsabilidad limitada y a las comanditarias por acciones a las que afectan también gran parte de las medidas estudiadas.

Así:

1.º Deben adaptar los estatutos en los términos vistos. Pero tratándose de S.L. será suficiente que vote a favor del acuerdo de adaptación la mitad del capital social, cualquiera que sea el régimen de constitución y proporción de socios y de capital exigida por la escritura social.

60 Las escrituras y estatutos son ineficaces en lo que se opongan a la Ley.

2.º Estas sociedades deben aumentar el capital hasta 10.000.000 ptas. o hasta 500.000 ptas. respectivamente o transformarse. La multa y la disolución de pleno derecho es la examinada a propósito de las sociedades anónimas, con la diferencia de que el inciso final de la D.T. 6.ª.2 de la Ley admite la transformación de la S.L. en colectiva o comanditaria simple antes del 31 de diciembre de 1995. Diferencia de trato con las anónimas y comanditarias por acciones cuya justificación no alcanzamos a comprender.

3.º Nada dicen las Disposiciones Transitorias en orden a la actualización del Órgano de Administración de la S.L. lo que es un argumento más en favor del carácter indefinido del cargo de administrador si así lo prevén los estatutos sociales, en contra de la tesis sustentada por la DGRN en las ress. de 6 y 13 de mayo de 1991 (BOE 12 y 22 de mayo de 1991). Es de advertir que, de momento, la duración indefinida del cargo de administrador en la S.L. figura sancionada en el art. 66 del Anteproyecto de LSRL.

Por cierto, y con esto terminamos, es claramente perturbador el tener que adaptar los estatutos de la S.L. imperativamente para tenerlos que volver a adaptar tan pronto como se publique la nueva Ley. Además, la decisión sobre la transformación o no del tipo social S.A. en S.L. está, obviamente, mediatizada por la inseguridad que entraña el desconocimiento del régimen que establecerá la futura LSRL.

IMPERPLEJIDAD JURIDICA

ALVARO D'ORS

63

Si la perplejidad es la situación del irresoluto, no veo dificultad en llamar imperplejidad a la del que sabe resolver las cuestiones, y ésa debe ser, creo yo, la primera virtud de un jurista: de ahí que me atreva a hablar de la “imperplejidad jurídica” como de una virtud.

El oficio de jurista consiste en decidir, y en eso se parece al de otras profesiones, principalmente a la del político.

Pero las decisiones no son siempre iguales. Pueden distinguirse tres tipos de decisión: la reglada, la discrecional y la arbitraria.

Como su nombre indica, la primera es la decisión que se ajusta a determinadas reglas generales, de las que se deduce una solución concreta: ésta es la propia de los juristas.

La decisión discrecional es aquella que, teniendo propuestas unas reglas, puede, sin embargo, resolver en contra de ellas por una razón superior a la de las mismas reglas: así ocurre, por ejemplo, en el derecho de la Iglesia, donde la “salus

animarum” puede justificar constantemente las excepciones a los “cánones”, término griego que significa reglas; así, por ejemplo, la misma ley canónica autoriza a los jueces eclesiásticos a castigar delitos no tipificados en ella, y tampoco conoce, por esa misma discrecionalidad, el recurso contencioso-administrativo; es más, también la misma “aequitas canonica” es una expresión de esa discrecionalidad, por cuanto consiste, al modo de la “epiqueya” griega, en relajar la exactitud de las reglas canónicas, a diferencia de la “aequitas” romana que, era un sinónimo de “iustitia”; término éste que no solían usar los juristas romanos, como tampoco el adjetivo “iustus”, que sí usaba, en cambio, el legislador para designar lo que era conforme al derecho o “ius”, sobre todo en la expresión “iustum ratumque esto”: “sea derecho efectivo”.

64

Por decisión arbitraria, en fin, se entiende a veces la injusta, pero no lo es necesariamente, pues el “árbitro”, aunque no se sujete a las leyes, no por eso ha de ser injusto; sería ingenuo pensar que sólo lo legal es justo, olvidando que la ley y el derecho, la ley y la justicia, son criterios distintos, que pueden coincidir o no. La decisión política pertenece sobre todo a este tercer tipo de decisión, aunque suele aparentar cierto respeto por reglas. Si la esencia de lo político, como dice Carl Schmitt, estriba en la discriminación del amigo-enemigo, es evidente que ésta es una decisión arbitraria, aunque no necesariamente injusta; tampoco en el “Estado de Derecho” las leyes prevalecen siempre sobre la razón de Estado, y los *mismos tribunales constitucionales lo demuestran con sus decisiones*, a pesar de sus apariencias judiciales; porque, una cosa es la Política y otra la Administración, que, ésta sí, debería ser reglada. Las decisiones políticas, al no ser regladas, tampoco se pueden juzgar conforme a reglas, sino con criterios de oportunidad y utilidad.

Así, pues, es propio del jurista el decidir conforme a reglas. Las reglas son el marco de su decisión, pero la necesidad de ésta es, para el jurista, más apremiante que las mismas reglas, que, muchas veces, son simples límites, y, otras muchas

también, son ambiguas e incluso arbitrariamente impuestas.

La ambigüedad es lo más contrario al derecho. Ambiguo significa, etimológicamente, lo que no va recto, sino por uno y otro lado a la vez, confuso. En derecho, la ambigüedad es un vicio propio de lo que se puede ofrecer como regla, es decir, las doctrinas, las leyes y las mismas decisiones judiciales, por cuanto también ellas constituyen reglas, por la fuerza de la cosa juzgada, en primer lugar, y luego, por la de valer como precedentes. En la medida en que el jurista participa en la constitución de reglas, también él puede incurrir en ambigüedad. Fue un rasgo muy característico de la pasión jurídica del emperador Justiniano, el de luchar indefectiblemente contra las “ambigüedades” de los antiguos, que eran, generalmente, no de los grandes juristas clásicos, sino la que resultaba de la corrupción de sus escritos y de la mediocridad vulgar de la decadencia romana; de ahí sus “50 decisiones”, leyes de los años en que se preparaba el Digesto, pero cuyo afán decisorio domina toda la legislación de aquel gran emperador. Sin embargo, este afán de eliminar ambigüedades no le impidió a veces dejar deliberadamente alternativas de interpretación, en previsión sobre todo de la diferencia entre romanos y griegos dentro de su Imperio; así, por ejemplo, la alternativa de adquirir o no la propiedad de lo comprado y no pagado, pues los griegos compraban pagando, o la alternativa de entender las arras de la compraventa como señal, a la romana, o como arras penitenciales, a la griega, que fueron, paradójicamente, las acogidas por nuestra ley, aunque no por la práctica de tradición romana.

En esta intolerancia por la ambigüedad vemos un rasgo que distingue a los juristas de los teólogos. Unos y otros han solido ir de la mano, y sus obras presentan gran similitud de formas, precisamente porque unos y otros se basan en textos de autoridad dogmática —o cuasidogmática para los juristas—, y se presentan como cadenas de esos textos de autoridad o como comentarios sobre ellos, o sobre anteriores comentarios. Pero los teólogos no muestran tan radical intolerancia frente a la

ambigüedad como los juristas. Es cierto que también ellos han procurado la univocidad terminológica, por estímulo de los errores heréticos —por ejemplo, “remisión de los pecados”, “consustancial” (pervertido ahora en la traducción “de la misma naturaleza”, algo, de nuevo, ambiguo), “transustanciación”, “presencia real”, “unión hipostática”, etc.— y que otras veces han recibido términos jurídicos —como “redención”, “culpa”, “intercesión”, “imputación”, etc.—; pero otras muchas veces toleran cierta ambigüedad por pluralidad y oscilación de acepciones —como “Reino de Dios”, “filiación divina” y “dignidad”, “incorporación a la Iglesia”, “limbo”, “pecado contra el Espíritu Santo”, etc.— La razón de esta diferencia respecto a los juristas estriba en que los juristas debemos resolver conflictos y no podemos darles una solución equívoca, en tanto ellos, los teólogos, deben predicar a los fieles, y no resolver las dudas teológicas que éstos puedan tener, siendo, como son, generalmente incultos en Teología. También los canonistas, como teólogos que deben ser, se muestran menos intolerantes con la ambigüedad que los juristas civiles.

Pero no es la ambigüedad el tema de este papel, sino la perplejidad, que puede producirse cuando las reglas son ambiguas, pero también cuando no lo son, y esto último es lo que ahora interesa ilustrar: aquella situación en que se encuentra el jurista cuando las reglas, sin ser ambiguas, le inducen a dejar sin resolver un caso: ésta es la perplejidad propiamente jurídica.

Así como la ambigüedad se puede dar en las reglas, que a veces pueden ser incluso contradictorias, la perplejidad se da en el juicio, cuando las razones parecen entrelazadas y por ello el caso que hay que juzgar parece irresoluble. Eso quiere decir propiamente la palabra perplejidad, del verbo “plecto” que vale como enlazar, y, con la preposición intensiva “per”, enredar. Una palabra ésta, “perplexitas”, que es tan extraña al vocabulario de los juristas romanos como lo mismo que significa, pues el oficio del jurista no admite la perplejidad. Pero no se trata, para un jurista, de cortar con una espada,

como hizo Alejandro Magno, el nudo que mantenía simbólicamente a Gordio, rey de Frigia, en su trono, sino de desatar cuidadosamente los cabos de la cuerda enredada: esa es la manera propia que debe tener un jurista para desatar los “nudos gordianos” que pueden presentar los casos que él debe resolver. Porque, para el jurista, todo consiste en saber resolver casos, como debe hacerlo sobre todo el que es juez. Y allí donde no se trata de resolver casos conforme a las reglas —o, como vamos a ver, a pesar de las reglas— cabe dudar de que se trate de derecho, como también cabría dudar de una ciencia médica que no consistiera en curar enfermos. Reglas que hay que conocer y observar, y casos que hay que resolver: en eso consiste el oficio del jurista, un oficio modesto, si se quiere, pero cuya dificultad requiere ingenio y hasta una “elegancia”, que consiste en saber desatar el nudo lógico sin violencia de la razón.

En el fondo, toda resolución de un caso depende de una intuición de justicia —que es aquello de dar a cada uno lo suyo—, pero, como la decisión debe ser reglada, hay que montar esa decisión intuitiva sobre una dialéctica; para ese “montaje” se requiere “arte” —es decir, “*techne*”—, y por eso a la ciencia propiamente dicha, que consiste en el conocimiento de las reglas y comprensión de los hechos del caso —el “supuesto de hecho”, “*Tatbestand*”, “*fattispecie*”—, debe seguir la técnica del “montaje” dialéctico. Esto permite hablar del derecho como ciencia y arte a la vez, y, en cuanto hay arte en ello, también de la elegancia, la “*elegantia iuris*” que alaban con frecuencia los juristas romanos, ellos mismos modelos de esa elegancia.

67

* *
*

Hallándome entre notarios, no tengo que justificar que hable de derecho romano. Ellos han sido los mejores defensores contra esos “iletrados” que consideran el derecho romano

como inútil para un jurista actual. Ellos comprenden también que los romanistas nos encontremos repelidos por el estilo farragoso de los “resultandos” y “considerandos” judiciales para resolver cuestiones que los juristas romanos eran capaces de deducir más elegantemente con pocas palabras. Mi intención de hoy es ilustrar cómo solían superar los juristas romanos la perplejidad causada por una exacta aplicación de las reglas que inducía a no resolver o a resolver absurdamente. Porque no resolver no es lo mismo que absolver, es decir, el dejar las cosas como están por falta de evidencia que justifique el cambio de la actual situación. Toda la defensa de la posesión, en su más amplio alcance, obedece a ese favor de las apariencias, y, en derecho penal, ya se sabe que, al no poder condenar por indicios, la falta de pruebas ciertas induce a la absolución: la mal llamada “presunción (que no es tal presunción) de inocencia”. También en los juicios civiles le pueden faltar las pruebas al demandante, y tener el juez por ello que absolver al demandado; sólo que, a diferencia del juicio penal, puede ese juez en materia civil, juzgar a veces por presunciones e incluso indicios, como hizo Salomón al decidir sobre la maternidad, y abstenerse, en cambio, de condenar a la otra mujer por el delito de apropiación del hijo ajeno, lo que los romanos llamaban “plagio”. También ante la oscuridad de los hechos debe el juez decidir, aunque sea absolviendo, pues lo que no puede hacer es abstenerse de decidir; sí lo podía hacer el antiguo juez romano, jurando que “la cosa no estaba clara para él”, pero eso era porque, aunque elegido por los litigantes, era un ciudadano particular que había sido nombrado imperativamente por el magistrado: no era un árbitro voluntario, ni mucho menos un funcionario de la “Administración de Justicia”.

No se trata ahora de eso, sino de la perplejidad en que puede encontrarse el jurista ante un caso que no puede resolverse según la lógica de las reglas; no porque éstas falten, pues entonces el jurista puede crear nuevas reglas congruentes —sobre todo por analogía— para llenar el vacío, sino por

el resultado inaceptable de la lógica de las mismas reglas.

Es muy conocido el dicho del jurista Salvio Juliano (Digesto 9,2,51,2) de que “en el derecho civil, se puede probar con innumerables datos al haberse aceptado muchas cosas contra la lógica (*ratio disputandi*), por exigencias del sentido común (*utilitas communis*)”.

Este Juliano es, en una visión total de la jurisprudencia romana, la primera figura, aunque no se le cuente entre aquellos cinco del “Tribunal de los Muertos”. De estos cinco, Modestino era un modestísimo predecadente; Paulo y Ulpiano, los mejor conservados por el Digesto, eran funcionarios y epígonos enciclopédicos; Gayo, un maestro provinciano desconocido hasta dos siglos después; queda Papiniano, éste sí muy respetable, y cuya superior inteligencia nos humilla a los pobres intérpretes de hoy, cuando nos encaramos con la prueba de sus textos, en los que nada falta, pero nada tampoco sobra, pues él no pensaba, cuando escribía, en lectores tan torpes como somos los modernos; Papiniano era muy inteligente, pero menos genial. Salvio Juliano es superior a todos ellos, y de su fecundo ingenio quedan vestigios en toda la jurisprudencia posterior. Es posible que uno tenga preferencia por Labeón, incluso por haber sido éste un republicano antigubernamental—contra Augusto—, en tanto Juliano fue un “Kronjurist” de Adriano, pero, desgraciadamente, los Compiladores bizantinos no le favorecieron, y conocemos mal su obra; por esa misma mengua, no podemos ver la superioridad del aún más antiguo Servio, que quizá hubiera sido, de ser mejor conocido, la primerísima figura de la historia jurídica romana.

Habrá quien se pregunte por qué esos cinco juristas seleccionados en la “Ley de Citas” no son precisamente los mejores. La respuesta es clara: porque son, excepto Gayo, los últimos, es decir, los más próximos al momento de esa ley del siglo v, un momento en el que no se conservaban en Occidente más que pocos libros de la antigua jurisprudencia, y se hacía difícil para el juez comprobar la autenticidad de las citas de autoridad que los abogados pudieran alegar ante él. El caso de Gayo es muy

especial: su fama, sólo desde el siglo iv, se debía a que sus “Instituciones” eran libro de texto para los estudiantes de derecho.

Juliano, al rendir ese obsequio a la necesaria falta de lógica, estaba tratando de la indemnización del año aquiliano por la muerte de un esclavo que había sido herido sucesivamente por distintas personas, y cuyo valor había variado entre uno y otro momento: el esclavo era el mismo, mas su valor había cambiado, y por ello su estimación penal. Pero, para justificar su dicho, pone Juliano otro ejemplo más claro: cuando varios ladrones roban una viga que no podía “sustraer” ninguno de ellos por sí solo, se entiende, sin embargo, que cada uno de ellos “se llevó” la viga, para poder dar contra él la acción de hurto. Esto podía entrar todavía en la tradicional cuestión de interpretación de las palabras, como cuando se entiende que el “impedir” la entrada en una finca equivale a una expulsión, a efectos del interdicto de expulsión violenta de un inmueble, pero lo que ahora nos interesa es algo distinto. Se trata de casos de una perplejidad por aplicación lógica de las reglas, que se supera por una clara intuición de justicia lógicamente “montada”. Porque el jurista, ante un caso concreto, empieza por comprender los hechos y calificarlos según categorías jurídicas, luego intuye cuál debe ser la solución, y, finalmente, hace el montaje dialéctico de la argumentación jurídica para justificar —es decir, acomodar al “ius” o derecho— su solución intuitiva: primero es la decisión y luego su argumentación lógica.

Me permitiré poner aquí algunos ejemplos en los que el jurista romano, con la simplicidad que le es habitual, sabe superar esa perplejidad a la que le inducen las reglas que él bien conoce, pero que deben plegarse a su intuición de justicia: soluciones pragmáticas, pero siempre elegantes, que pueden servirnos de modelo a los modernos. Tres de estos ejemplos muestran el ingenio de Juliano, pero no fue él el único en resolver nudos gordianos del derecho.

* *

*

Un primer ejemplo tenemos en el caso de perderse la acción de regreso del fiador contra el deudor al que aquél ha liberado de la deuda. Se da cuando el heredero del fiador ha vendido la herencia, y es el comprador quien paga al acreedor. Este caso es el que nos presenta Ulpiano en Digesto 17,1,14 pr.

En efecto, como acción de regreso se daba al fiador la acción de mandato contraria, que es la que tiene todo mandatario para resarcirse de lo que le costó la gestión encomendada. La jurisprudencia romana, dada la informal consensualidad del contrato de mandato, tendió a ver un mandato de salir fiador siempre que el deudor no ignorara la fianza o no se hubiera opuesto a ella, como un mandato tácito, si no lo había expreso. En la Compilación de Justiniano, eliminada la fianza por adpromisión, la fideyusión presupone una relación de mandato entre el deudor y el fiador.

Esta acción de regreso la tenía el fiador que había pagado, y, en nuestro caso, él, es decir, su heredero, no había pagado, sino que era el comprador quien pagó. A su vez, éste tampoco podía tener la acción de regreso, pues él no había pagado como fiador, ya que el comprador de una herencia no es “sucesor” del causante de ella. Así, lógicamente, el deudor quedaba liberado sin que nadie tuviera contra él una acción de regreso.

Este vacío no se había presentado en tanto la forma romana de fianza era la adpromisión, que no engendraba una deuda del fiador que fuera transmisible al heredero de éste. Pero desde que se introdujo la mencionada fideyusión, quizá por influjo del gran Labeón, en el siglo primero, el caso presentado por Ulpiano podía darse, pues la obligación del fiador sí era transmisible.

La palabra “yusión” es castellana y equivale a mandato. Sin embargo, el “iubere” latino no es exactamente “mandar”, aunque suele traducirse así, y pueda, es cierto, integrar un mandato.

El “iussum” o yusión, en Roma, es la autorización del que tiene poder dirigida a dos personas: la que va a actuar en su

lugar y un “tercero”, al que afectará el acto. Respecto al primero de estos dos, la yusión puede entenderse como mandato, pero no respecto al “tercero”, pues el mandato es sólo entre dos. Por eso el mandato de prestar, llamado “cualificado”, es distinto de la yusión de prestar (o “delegación”, en una de sus modalidades): en aquél, es el mandatario quien se hace acreedor, y en la yusión, es quien la ordena el que se hace directamente acreedor del “tercero”.

La “yusión por la fe” o “fideyusión” era del fiador respecto al acreedor, y en ella la estructura ternaria era especial: el “tercero” era, en esa figura, el deudor del que el fiador se hacía codeudor solidario; naturalmente, de acuerdo con el acreedor, sin cuya interrogación dirigida al fiador no podía éste serlo. Es claro, pues, que esa yusión del fiador no era un mandato, pero podía considerarse que el fiador era él mandatario del deudor, y que por eso tenía contra el deudor la acción de mandato contraria en función de acción de regreso.

72

Así pues, respecto a la fianza por fideyusión, podía presentarse nuestro caso de pérdida de la acción de regreso por la venta de la herencia causada por el fiador. Pero quizá por la lenta difusión de esa forma progresiva de fianza y por lo no muy frecuente de la venta de herencia, parece ser que sólo un siglo después, aproximadamente, vino el jurista Juliano a dar solución a la dificultad de nuestro caso.

Ulpiano, pues, nos refiere la solución que dio Juliano a nuestro caso. Fue una solución muy práctica y con un hábil montaje argumental: el comprador de herencia tiene derecho a que se le cedan todas las acciones del heredero (como tal heredero), y, por ello, puede exigir que se le ceda la de regreso que tendría el heredero de haber pagado él, puesto que la deuda fue pagada. Ya se sabe que cualquier persona puede pagar una cantidad en lugar del obligado a pagar, pero en este caso, el pago realizado por el comprador de la herencia no podía entenderse hecho por mandato del deudor: el mandatario era sólo el fiador difunto y, por sucesión, su heredero; por sucesión, porque, aunque el contrato de mandato se ex-

tinga por la muerte de cualquiera de los dos contratantes, las acciones recíprocas resultantes de la gestión realizada sí pasan a los respectivos herederos. No cabía pensar, por lo tanto, que el pago hecho por otra persona valiera como si lo hubiera hecho el mismo heredero. Pero, por otra vía —la de su obligación de ceder las acciones al comprador— se llega a reconocer al heredero la acción de regreso, que él no habría podido ejercitar, y se hace al solo fin de que sea posible la cesión de ella al comprador de la herencia. Algunos romanistas han tropezado con lo que les parecía una falta de lógica, pues se daba la acción para poder cederla, y se podía exigir la cesión porque ésta era posible. Pero ahí está la solución de Juliano, sin la cual resultaría el absurdo de que el deudor liberado quedase injustamente favorecido por la falta de una acción de regreso contra él. Que cada uno piense lo que quiera, pero partiendo de la regla de la acción de regreso por mandato, sería difícil encontrar mejor solución que la de Juliano.

73

* *
*

Un segundo ejemplo de este tipo de resolución ilógica pero práctica y “elegante” es el de la irreversibilidad de una manumisión hecha por el que compró el esclavo de un “menor”, a la vez que el peculio de ese esclavo, que engañó a su dueño para que lo vendiera. Lo presenta el mismo Ulpiano, en su comentario a la acción de dolo: Digesto, 4,3,7,pr.; un texto muy atormentado por los intérpretes. Volvemos a encontrar aquí a Juliano como inventor de la solución práctica.

No hay que perder de vista que los “menores”, en el auténtico derecho romano, no eran incapaces, pues la capacidad de obrar se alcanzaba en la pubertad, y esos “menores” son los ya púberes, ya capaces, pero menores de veinticinco años. Es una historia interesante esa de la capacidad de los

“menores”, y que conviene recordar a los juristas modernos, para que vean lo que enseña la experiencia histórica.

En un principio, la pubertad, dato fisiológico relacionado con el matrimonio, era declarada por los mismos padres, pues nadie mejor que ellos para saber cuándo sus hijos se podían casar. Cuando hoy se habla de madurez psicológica y finezas similares, hay que reconocer que no es la edad, por sí sola, la que determina la aptitud para el matrimonio. Pero, de hecho, no de derecho, la pubertad del hombre solía declararse en Roma a los 17/18 años, y la de las mujeres —el “ponerse de largo” de la época moderna— un poco antes. En ese momento se hacían “capaces de obrar”, aunque, si permanecían bajo la potestad paterna, como era lo más frecuente, seguían con su incapacidad jurídica, pues el matrimonio no emancipaba a nadie. Probablemente, la costumbre fue rebajando esa edad, quizás a consecuencia de las guerras, que han sido siempre, en la historia, causa de adelantar la independencia de los adolescentes, y un plebiscito de principios del siglo II antes de Cristo vino a dar una acción, en cierto modo penal, contra los que abusaran de la imprudencia de esos menores que, si no estaban bajo la permanente potestad paterna, podían actuar como jurídicamente capaces, y también capaces de obrar a causa de su pubertad. Es la ley Letoria “sobre el engaño de menores”. Algún lector pensará quizá que se debe decir “Pletoria” y no Letoria, porque así lo habrá leído en los libros que estudió en su juventud. Lo de “Pletoria” se debía a que, aunque teníamos muchos testimonios a favor de “Letoria”, el más “duro” era el del Bronce de Heraclea, donde se lee “Pletoria”; ha hecho falta otro documento tan duro como aquél, el Bronce de Irni, de la Ley Flavia municipal, para rectificar el error: un clavo quita otro clavo.

Un siglo después, la acción de la ley Letoria perdió su interés, ya que se había introducido una acción pretoria —la acción de dolo— contra todo el que engañara a cualquier persona en algún negocio, pero la consideración especial de los menores de veinticinco años subsistió en el sentido de que,

cuando, sin engañarles otro, ellos mismos, por imprudencia, se engañaban en sus actos jurídicos, se les concedía la rescisión de éstos mediante los recursos propios de la “restitución por entero”: la acción ficticia rescisoria o, en su caso, la excepción procesal. Esta protección hizo menos grave que hubiera llegado a prevalecer la fijación de la pubertad y, por tanto, de la capacidad de obrar, a los catorce años (doce para las niñas), una edad increíblemente prematura para el matrimonio, pero que favorecía la liberación de la pesada limitación de la tutela.

De este modo, sin perder su capacidad de obrar, los púberes menores de veinticinco años quedaban protegidos por la rescisión, no por la nulidad. De ahí que, en la práctica se introdujera la intervención de un “curador”, con el fin de hacer eventualmente más difícil la alegación de haber sufrido engaño el menor por su propia imprudencia. Pero, como era inevitable, con el tiempo, ese “curador” se fue asimilando al “tutor” de un incapaz, y la rescisión de sus actos a la nulidad, de modo que los menores acabaron por ser considerados “incapaces” y necesitados de una curatela. La historia del progresivo rebajamiento de la mayoría de edad —25, 23, 21, 18— es conocida, y hemos vuelto, sin querer, a aquella antigua edad de los 17/18 para la capacidad de obrar de los púberes. Una historia ilustrativa de cómo la naturaleza de las cosas acaba por imponerse.

Pues bien: en nuestro caso un menor vende un esclavo de su propiedad, a la vez, como solía hacerse, que el peculio que él le había dado, pero lo hizo engañado por el esclavo, que fue luego manumitido por el comprador; engañado por el esclavo, que quería ser vendido con la esperanza de ser manumitido por el comprador, pero no engañado por éste, pues, si hubiera habido dolo del comprador, tendría el menor que vendió la acción contractual de indemnización contra él, y no habría cuestión.

El menor engañado ha perdido el esclavo, a la vez que el peculio de éste. Puede entonces rescindir la venta del peculio, que era lo de menos valor, pero no la del esclavo, pues, al

haber sido éste manumitido por el comprador, su nueva libertad ya no era rescindible: no podía el esclavo comprado y luego manumitido volver a ser esclavo, por el “favor libertatis”.

Resultaba así que lo más grave del engaño sufrido por el menor quedaba fuera del alcance de la acción rescisoria propia de la restitución por entero establecida para defender a los menores.

Cabía pensar, como último remedio, en la acción de dolo, precisamente contra el ex-esclavo que había engañado al menor, supuesto que el comprador era inocente. Pero la acción de dolo se consideraba “subsidiaria”, es decir, que no procedía cuando otra acción era posible, y, en este caso, parecía posible la acción rescisoria por la venta; por otro lado, existía la regla de que un dueño no podía reclamar a su antiguo esclavo por los delitos que éste hubiera cometido contra él antes de ser manumitido.

76

Con todo, Juliano no queda perplejo, sino que considerando intolerable que ese menor engañado sólo pueda recuperar el peculio vendido como accesorio del esclavo que le engañó, le parece prudente, contra la exigencia lógica de las reglas comunes, dar la acción de dolo contra ese esclavo. En efecto, la regla de que la acción de dolo es subsidiaria estaba pensada principalmente para el caso de no existir otra acción que fuera civil, como podían ser las penales de hurto o daños, o las contractuales, cuya fórmula de buena fe permitía cubrir la indemnización por dolo, según he dicho para el supuesto de que el comprador hubiera incurrido en dolo; pero la acción rescisoria, al ser ficticia, no era civil, sino pretoria, y eso podía debilitar la regla de la subsidiariedad de la acción de dolo. Por lo demás, esta acción no era del todo penal, pues su condena no era a un múltiplo, sino por la indemnización, y, en consecuencia, aunque el dolo fuera un delito, no lo era tan claramente como para observar sin paliativos la regla de que el ex-dueño no puede reclamar a su ex-esclavo por delitos cometidos antes de la manumisión.

* * *

*

Un tercer ejemplo de superación de la perplejidad, atribuible también a Salvio Juliano, es el de la posición del demandado vencido en una acción de propiedad o similar que, en vez de restituir, paga la estimación fijada por el mismo demandante vencedor: la estimación del litigio, que dependía del principio romano de la condena necesariamente pecuniaria.

No fue siempre así, pero cuando Roma llegó a dominar todo el mundo mediterráneo, en el siglo II antes de Jesucristo, y con ello cobró importancia su comercio, la concepción jurídica tradicional, cuyo eje era la propiedad, cedió ante otra nueva, mercantilista, por lo que el dinero se convirtió en medida de todas las cosas, de modo que éstas valían lo que el “metal” que se diera por ellas, que eso es propiamente lo que quiere decir “estimación”, metalización. De ese giro depende que se considere necesario fijar toda condena judicial en dinero: el principio de la “condemnatio pecuniaria”. Naturalmente, en las acciones en las que el demandante vencedor desea, no que le den dinero, sino que le entreguen lo que reclama, se facilitaba ese resultado mediante la oferta al demandado vencido de salir absuelto si restituía lo reclamado por el vencedor; pero, para coaccionarle indirectamente a hacerlo, el juez le amenazaba con condenarle, no en el valor objetivo de la cosa reclamada, sino en el que el mismo demandante vencedor declarara: un precio elevado que podía disuadir al demandado de querer retener la cosa a cambio de ese valor exagerado. Pero podía ocurrir que, a pesar de esa exageración, el demandado prefiriera retener la posesión de la cosa a cambio de ese valor fijado por el demandante. En ese supuesto, la duda que se presentaba era la de cómo iba a pertenecerle la cosa retenida. Porque, de momento, su posesión le podía ser suficiente, ya que podía defenderse con los interdictos posesorios, pero la dificultad vendría si llegaba a perder la posesión, pues, al no ser él dueño, no tendría acción para reclamarla del nuevo poseedor. El caso parecía irremediable, y debió de serlo hasta que Juliano, considerando que convenía dar tal acción al que había pagado la estimación del litigio,

pensó que quien la ha pagado puede ser considerado comprador, y que, en consecuencia, su posesión tiene un título para la usucapión —“pro emptore”—; de este modo, en tanto no ha llegado a adquirir la propiedad por el transcurso del tiempo, tiene, si pierde la posesión, la acción Publiciana, que hace las veces de la reivindicatoria. De esta solución de Juliano tenemos noticia por él mismo (Digesto, 25,2,22,pr.) y por una referencia de Ulpiano (Digesto, 6,2,7).

La solución de Juliano era práctica, pero, por eso mismo, no pretendía implicar la conversión en comprador de ese poseedor que había pagado la estimación del litigio: una cosa era extenderle el título “pro emptore” a efectos de la usucapión y de la propiedad bonitaria protegida por la Publiciana, y otra muy distinta el configurar en ese caso un contrato de compraventa, con todas sus consecuencias. Sin embargo, esa solución accidental de Juliano dio pie para que, en la decadencia del derecho romano, cuando se convertía todo en reglas aforísticas, se llegara a pensar que el pago de la estimación del litigio equivalía a una compra, con todas sus consecuencias: “la estimación vale venta”. De este modo, lo que fue una excepción a la regla se convirtió en regla, que es un riesgo que siempre corren las excepciones en épocas de crisis del derecho, y también de la moral.

* *

*

Estos tres ejemplos muestran cómo supo Juliano desatar elegantemente los nudos gordianos del derecho. Sobre su método, señalo para el lector que conozca el alemán, la monografía de Elmar Bund, de 1965, de la que me ocupé en la revista “*Studia et Documenta Historiae et Iuris*” de 1967 (pp. 443-447). Los ejemplos podrían multiplicarse, pero no sólo de soluciones atribuibles a Juliano, sino a otros muchos juristas romanos, muchas veces desconocidos. Como botón de muestra de esos otros ejemplos, pondré aquí uno solo, del que no se

conoce el inventor. Se trata de la perplejidad causada por la regla de que un cónsul no puede manumitir a un esclavo suyo ante su colega en el consulado, y la otra regla de que él no puede presidir el “consilium” que debe examinar los motivos de esa manumisión cuando la ley lo requiere. En ese supuesto, las reglas impedían tal manumisión, pues esa “causae probatio” exigida por la ley era inseparable del resto del trámite de la manumisión, que no podía ser ante su colega.

A este caso se refería Ulpiano en un pasaje conservado por doble transmisión: Digesto, 1,10,1,2 y 40,2,20,4; sólo que estos textos han sido fuertemente manipulados, y cuesta algo desentrañar en ellos lo que realmente dijo Ulpiano, y yo creo haber explicado —que es otro modo de deshacer la “implicación” o “complicación” causante de perplejidad— en mi contribución a los “Studi” en honor del catanense Safilippo, en 1982.

La manumisión —que literalmente significa el acto de “soltar la mano (es decir, poder)” sobre un esclavo— fue un antiguo invento romano algo rebuscado, pues, en sus distintas formas, venía a ser como un reconocimiento convencional de que el tal esclavo era, no sólo libre, sino ciudadano. En su forma originaria, se revestía de la forma de un reconocimiento jurisdiccional de libertad del esclavo a instancias de su dueño; luego, fue un trámite más sencillo y directo en presencia del magistrado. Durante siglos, la manumisión de esclavos no había sido una “cuestión social”, pues los esclavos no eran muchos, y los que alcanzaban la libertad, muchos menos. Pero, con el tiempo, las conquistas romanas en Oriente aumentaron, con los cautivos de guerra, la población servil en Roma, y la moda del lujo que suele acompañar a la prosperidad aumentó también la ostentación de darles la libertad, por pura magnificencia. Augusto, que pretendía ser el restaurador de la antigua Ética romana —compatible, por lo demás, con la corrupción moral personal—, tuvo una política abiertamente restrictiva frente a la moda de las manumisiones, como responsable de pervertir la antigua Ética romana por la conversión

de desarraigados sin educación en ciudadanos romanos, con voto y todo.

Entre otras restricciones de manumitir que Augusto hizo poner por ley —todavía con la ficción de respetar el poder legislativo de los magistrados republicanos—, estaba la de no manumitir a los esclavos menores de 30 años si no se justificaba formalmente el motivo de esa manumisión: la “*causae probatio*”. La ley imponía una forma solemne para ese acto: debía celebrarse ante un “*consilium*”, presidido por un cónsul, y compuesto por cinco senadores y cinco “caballeros”, es decir, del rango ecuestre; como justos motivos podían valer, por ejemplo, el parentesco natural con el esclavo, el prohijamiento de un expósito, la gratitud con el maestro o el deseo de convertir a un esclavo en administrador libre.

80 Esta limitación para la manumisión de esclavos menores de 30 años había desaparecido en época de Justiniano, pero los Compiladores, por no desperdiciar esos textos de Ulpiano que a ella se referían, cambiaron los 30 años del esclavo por los 20 del dueño, que la misma ley augústea exigía para poder manumitir sin necesidad de “*causae probatio*”; no les importó la rareza de un cónsul menor de 20 años, cosa quizá menos inverosímil en época tardía que en la de Juliano e incluso Ulpiano, cuando, salvo acaso el mismo emperador (por puro honor), nadie llegaba a cónsul antes de los cuarenta años de edad o poco menos.

La “*causae probatio*” se incorporó como necesaria al trámite jurisdiccional de la manumisión ordinaria de esos esclavos menores de 30 años. Pero el cónsul dueño no podía ni presidir él la “*causae probatio*”, ni manumitir “*apud collegam*”, ante el otro cónsul. Ante esta perplejidad, la jurisprudencia —no sabemos qué jurista fue el inventor— consideró que, de las dos reglas —de no manumitir ante el colega y de no separar el examen de los motivos de la manumisión—, aquélla era la más débil y que, por eso, había que admitir, en este caso tan especial de querer un cónsul manumitir un esclavo menor de 30 años, la manumisión ante el cónsul colega. Pero también

aquí el derecho de la decadencia, al que parece corresponder la edición del libro de Ulpiano del que procede Digesto 40,2,20,4, simplificó la solución al prescindir de la “causae probatio” y admitir que el cónsul podía manumitir en su propia jurisdicción (“apud se”) incluso un esclavo suyo menor de 30 años. También en este caso, lo que la jurisprudencia había salvado como excepción, se convirtió en regla general.

* *
*

Basten estos cuatro ejemplos para ilustrar cómo la jurisprudencia romana, conocida por su tradicionalismo, supo, sin embargo, superar con gran libertad, pero no sin ciertos escrúpulos lógicos, la perplejidad de los casos que se le presentaban.

¿Qué otro caudal doctrinal tiene a mano el jurista de hoy, para saber serlo, que el del derecho romano? ¿Dónde va a aprender que el derecho no es una mecánica aplicación de las leyes, ni una desordenada pasión de justicia?

Los romanistas agradecemos a los notarios el que, como auténticos juristas, defiendan la enseñanza universitaria más plena del “Derecho Romano”, contra la horda política de iletrados que imponen su ley en épocas de crisis del derecho como la que hoy vivimos.

**LA LEY 29/1991, DE 16 DE DICIEMBRE
Y SU INCIDENCIA EN EL IMPUESTO SOBRE
TRANSMISIONES PATRIMONIALES
Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS**

(I)

83

ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE

Abogado del Estado

Doctor en Derecho

SUMARIO: **I. INTRODUCCIÓN. 1.** Las anteriores reformas. **a)** *La Ley 30/1985, de 2 de agosto.* **b)** *La Ley 29/1987, de 18 de diciembre.* **c)** *La Ley 8/1989, de 13 de abril.* **2.** Alcance de la presente reforma. **II. EL IMPUESTO SOBRE OPERACIONES SOCIETARIAS. 1.** Hecho imponible. **a)** *Transformación social.* **b)** *Fusión de sociedades.* **c)** *Escisión de sociedades.* **d)** *Aportaciones para reponer pérdidas.* **e)** *Traslados fiscalmente trascendentes.* **2.** Base imponible. **a)** *Constitución y aumento de capital.* **b)** *Traslados fiscalmente trascendentes.* **c)** *Fusión y escisión.* **d)** *Dismi-*

nución de capital y disolución social. 3. Otros supuestos.
a) Sujeto pasivo. b) Responsable subsidiario.

I. Introducción

La Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, ha introducido en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la más importante de las reformas, desde que la Ley 32/1980, de 21 de junio, reguló de nueva planta el Impuesto (1).

Para ello se ha aprovechado una Ley de titulación genérica y de contenido muy plural (2), que afecta a diversos tributos o a regulaciones sectoriales y cuyo punto de conexión hay que encontrarlo en la normativa comunitaria que regula el impuesto sobre operaciones societarias, pero sin que el Ordenamiento Comunitario imponga otras importantes reformas que ello no obstante, aparecen en la Ley cuyo examen, de forma sucinta nos proponemos.

1. Las anteriores reformas.

Al objeto de calibrar adecuadamente el alcance de la refor-

(1) Las líneas básicas del Impuesto siguen siendo las que se contenían en el Libro Blanco sobre la Reforma Fiscal; de esta cuestión me ocupo en mi *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Escuela de Inspección Financiera y Tributaria. Ministerio de Economía y Hacienda. Tercera Edición (1984), págs. 39 y siguientes.

(2) Las Directivas a las que se adecúa el Derecho Tributario español son principalmente las números 434 y 435, de 23 de julio de 1990; véase sobre la primera: "Directiva Comunitaria sobre régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizadas por sociedades de diferentes Estados Miembros", de CASTROMIL SÁNCHEZ, en *Noticias CEE* núm. 77 (1991), págs. 11 y siguientes; y sobre la segunda: "Apuntes sobre la Directiva del Consejo de 23 de julio de 1990, relativa al Régimen Fiscal común aplicable a las Sociedades Matrices y filiales de Estados diferentes", de MOLINA GÓMEZ-ARNAU, asimismo en *Noticias CEE* núm. 84 (1992), págs. 79 y siguientes.

ma, bueno será hacer mención, siquiera a vuelapluma, de las principales modificaciones legislativas producidas hasta la fecha, pues de su contraste se desprenderá la importancia de la acometida por la Ley 29/1991, de 16 de diciembre.

En esta tarea, no mencionaremos las múltiples medidas de fomento que convertidas en exenciones y bonificaciones tributarias, se incorporan a la normativa del Impuesto por vía de adición (3); la razón de no ocuparnos de las más de cuarenta disposiciones recaídas sobre la materia es doble; por un lado haría excesivamente prolijo y casuístico el presente trabajo, ya de por sí recargado de datos; y en segundo lugar por no tratarse de verdaderas reformas en la normativa del tributo ni en sus líneas estructurales.

Con esta advertencia y a título de mero recordatorio, haremos cita de:

a) la *Ley 30/1985, de 2 de agosto*, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, que puso fin a la transitoriedad de parte de la regulación contenida en la Ley 32/1980, de 21 de junio, y que afectaba fundamentalmente al impuesto sobre operaciones societarias (4) y al deslinde de gravámenes en el seno de la imposición indirecta al suprimirse el Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas (5),

b) la *Ley 29/1987, de 18 de diciembre*, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que dio nueva redacción a los artículos 10 y 49 del Texto Refundido del Impuesto, de 30 de diciembre de 1980, suprimiendo la vinculación con

85

(3) Pueden consultarse, en nuestra obra *CISS Fiscal. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Segunda Edición, revisada (1992), págs. 351 y siguientes.

(4) La reforma sufrió un breve avance temporal; véase “La imposición sobre operaciones societarias y el Real Decreto-Ley 2/1985” de CARBAJO VASCO, en *Crónica Tributaria* núm. 54 (1985), págs. 35 y siguientes.

(5) La última manifestación del acoplamiento sistemático de impuestos viene dada por la Ley 20/1991, de 7 de junio, que crea el Impuesto General Indirecto Canario, cuya vigencia ha quedado demorada a 1 de enero de 1993, por el Real Decreto-Ley 5/1991, de 20 de diciembre.

el Impuesto sobre el Patrimonio y saliendo al paso de lo expuesto por el Tribunal Supremo, a partir de su conocida Sentencia de 10 de marzo de 1986 (6), en la que se negaba la posibilidad de llevar a cabo la comprobación de valores si el contribuyente se ajustó al formular la autoliquidación del gravamen a las reglas provinientes del Impuesto sobre el Patrimonio, y

c) la *Ley 8/1989, de 13 de abril* de Tasas y Precios Públicos, que sin introducir reforma alguna en la normativa del Impuesto, hizo surgir nuevas obligaciones tributarias derivadas de la comprobación de valores, pues, en lugar de dar origen a la práctica de las liquidaciones derivadas del aumento de la base imponible en el tributo en que se efectúa aquélla, determina la aparición de “repercusiones tributarias” a cargo de transmitente y adquirente como si de negocios gratuitos se tratara (7).

86

Como bien se observa las reformas producidas hasta la fecha se orientan en la doble dirección de conseguir un armónico acoplamiento de gravámenes en el seno de la imposición indirecta y de potenciar la comprobación de valores, con incidencia incluso, en otros componentes del Sistema Tributario Español; para introducir alguna apostilla adicional, también haremos mención de la *Ley 19/1991, de 6 de junio*, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio en lo que concierne a sus relaciones con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, pues, cambiando la primitiva orientación del legislador, es este último el que contiene las reglas generales de determinación de la base imponible al que se remite expresamente la normativa reguladora de la im-

(6) Puede consultarse en *Impuestos* (1986, Volumen II), págs. 409 y siguientes.

(7) Véase, entre otros: “Comentarios a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Tasas y Precios Públicos”, de VALIENTE CALVO, en *Carta Tributaria* Monografías núms. 119 y 120 (1990), y “La disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas y Precios Públicos. Análisis crítico y propuesta alternativa”, de ROZAS VALDÉS, en *Impuestos* (1991, Volumen I), págs. 99 y siguientes.

sición patrimonial estática (arts. 17, 18, 20, 21 y 23) en lugar de producirse una corriente en sentido inverso, dando prevalencia al Impuesto sobre el Patrimonio, tal y como se desprendía de las Leyes 50/1977, de 14 de noviembre y 32/1980, de 21 de junio.

2. *Alcance de la presente reforma.*

La Exposición de Motivos de la Ley que se examina, dedica al tema las siguientes consideraciones:

“El Título III de la Ley incorpora una modificación de la normativa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que persigue una doble finalidad: Por una parte, adaptar la regulación de la modalidad de ‘operaciones societarias’ a la normativa comunitaria referente a las concentraciones de capital y, por otra, modificar el tratamiento dado por el texto refundido a ciertas cuestiones y materias, recogiendo lo que aconseja la experiencia derivada de la gestión del Impuesto durante más de diez años y las modificaciones experimentadas por otros conceptos tributarios afines como la imposición sobre el tráfico empresarial y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.”

87

Como de inmediato se expondrá, y aparte de incidir la reforma en la práctica totalidad del impuesto sobre operaciones societarias, quedan asimismo afectados numerosos preceptos, cuyo impulso no se debe, como inicialmente se apuntó, a la necesidad de adaptarse al Derecho Comunitario Europeo, sino a legítimas opciones del legislador español, aunque no por ello de discutible oportunidad.

No es el momento de desarrollar aquí esta parte de nuestro estudio pues a ello nos referiremos en su momento; sí mencionaremos la importancia que supone la nueva regulación del precepto atinente a la comprobación de valores, permitiendo la práctica de las liquidaciones complementarias simultaneadas con el resultado que arroje aquélla, y no de forma autónoma y previa como corresponde a la tradicional gestión del impuesto y a la mejor defensa de las garantías jurídicas del contri-

buyente; sobre esta importante cuestión y sobre otras muchas nos ocuparemos más adelante, pero quede ya constancia del amplio alcance de la reforma más allá de las exigencias comunitarias invocadas por el legislador.

II. El impuesto sobre operaciones societarias

Como es sobradamente conocido surge esta modalidad de gravamen (8) con motivo de la reforma introducida por la Ley 32/1980, de 21 de junio, dando sustantividad a determinadas modalidades del hecho imponible que contemplaba desde antiguo la legislación del impuesto.

Al redactarse aquella Ley, ya se tuvo en cuenta la normativa comunitaria (9), como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley que ahora examinamos, con las siguientes palabras:

“Las modificaciones en la modalidad de operaciones societarias, aunque afectan a la práctica totalidad de los artículos que el texto refundido dedica a la misma, no implican un cambio total en su regulación, y ello como consecuencia, por una parte, de que la Ley 32/1980, de 21 de junio, ya procuró ajustarse, en lo que en aquel momento era posible, a la regulación comunitaria, contenida fundamentalmente en la Directiva 69/335/CEE, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales y, además, porque se han ido realizando progresivamente otras adaptaciones, como demuestra la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, que estableció un tipo único de imposición del 1 por 100.

(8) Sobre el impuesto citado, véase: “Tributación de operaciones societarias” de CAZORLA PRIETO, Instituto de Estudios Fiscales (1982) y “El Impuesto y las Operaciones Societarias”, de ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, en *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, XXIX Semana de Estudios de Derecho Financiero. Instituto de Estudios Fiscales (1984), págs. 109 y siguientes.

(9) Me ocupé del tema en “Directriz Comunitaria de 17 de julio de 1969, reguladora del Derecho de aportación”, *Crónica Tributaria* núm. 30 (1979), págs. 131 y siguientes; véanse asimismo referencias a la citada Directiva en la obra de FALCÓN TELLA “*Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades Europeas*” (1988), págs. 205 y siguientes.

No obstante, todavía existían materias en las que, al menos formalmente, la regulación del impuesto español difería de la establecida en la normativa comunitaria.”

Vamos pues a examinar las novedades que supone la plasmación en el nuevo texto legal de las últimas consecuencias derivadas de la plena recepción de la Directiva 69/335/CEE de 17 de julio de 1969 (10).

1. *Hecho imponible.*

El nuevo artículo 19 del Texto Refundido (11), dispone que:

“1. Son operaciones societarias sujetas:

1. La constitución, aumento y disminución de capital, fusión, escisión y disolución de sociedades.

2. Las aportaciones que efectúen los socios para reponer pérdidas sociales.

3. El traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad, cuando ni una ni otro estuviesen previamente situados en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, o en éstos la entidad no hubiese sido gravada por un impuesto similar al regulado en el presente Título.

2. No estará sujeta la ampliación de capital que se realice con cargo a reservas constituidas exclusivamente por prima de emisión de acciones.”

(10) No cabe ignorar aquí que en un futuro más o menos próximo puede dejar de estar gravada la financiación interna de la empresa, lo mismo que ya lo está la externa; me remito a lo que expuse en: “Hacia la supresión en la CEE del gravamen sobre las operaciones societarias”, en *Noticias CEE* núm. 6 (1985), págs. 17 y siguientes, así como en: “La imposición fiscal sobre la actividad mercantil y financiera de las empresas”. *Jornadas de Estudio en torno al Derecho Mercantil actual y su futuro inmediato*. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España (1986), págs. 79 y siguientes; véase asimismo el análisis de BURGIO en “La armonización fiscal de la Comunidad Europea: problemas y perspectivas”. “Papeles de Economía Española”. *Confederación Española de Cajas de Ahorro* núm. 41 (1989), págs. 102 y siguientes.

(11) Téngase presente que la Disposición Adicional Novena de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre prevé un nuevo Texto Refundido que deberá ser elaborado y aprobado por el Gobierno en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley que ha sido el 1 de enero de 1992.

Una sencilla labor de comparación con la norma hasta ahora vigente nos permite llegar a estas patentes conclusiones:

— desaparece del hecho imponible del impuesto la operación societaria de transformación,

— se incluyen en el hecho imponible la escisión, las aportaciones para reponer pérdidas sociales y determinados traslados a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una Sociedad, y

— por último la fusión de sociedades permanece inalterada, pero permite alguna consideración por nuestra parte.

Estas alteraciones en la regulación del hecho imponible, vienen impuestas por la normativa comunitaria, conforme ya había sido expuesto por los autores (12) si bien parece cuestionable alguna de las modificaciones introducidas, como a continuación pasamos a exponer:

90

a) *Transformación social.* La normativa hasta ahora vigente contenía una definición de esta modalidad de hecho imponible al indicarse en el artículo 21 del Texto Refundido que: “Por transformación de sociedad, se entenderá a efectos del impuesto, el cambio de naturaleza o forma de la misma” (13); de esta manera se contemplaban los cambios de estructura societaria que afectaban a la naturaleza o a la forma de sociedades previamente constituidas y por ello anteriormente gravadas por el impuesto.

El concepto fiscal de transformación quedaba así delimitado y contemplaba un fenómeno típico de la sociedad que vgr. de

(12) Véase lo expuesto por PARRONDO AYMERICH, en “La reforma del concepto de operaciones societarias del ITP y AJD”. *Impuestos* (1988, Volumen I), págs. 150 y siguientes.

(13) Pese a las reformas introducidas en la legislación mercantil puede consultarse con fruto: “El régimen jurídico y fiscal de la transformación de sociedades mercantiles” de VICENT CHULIÀ, en *Crónica Tributaria* núm. 7 (1974), págs. 93 y siguientes; así como “La transformación de sociedades: tipo de gravamen aplicable”, de ESEVERRI MARTÍNEZ, en *Hacienda Pública Española* núm. 52 (1978), págs. 189 y siguientes; a la luz de la nueva legislación sustantiva, véase lo expuesto por ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, en “La transformación de sociedades anónimas” en la obra colectiva *El nuevo derecho de las Sociedades de capital*, Zaragoza (1989), págs. 196 y siguientes.

su consideración civil pasaba a ser mercantil o que de sociedad de responsabilidad limitada (14) se convertía en sociedad anónima.

Con la nueva regulación no sólo queda eliminada la transformación social del hecho imponible sino también desaparece la definición transcrita y esto puede ser cuestionable; en efecto, la Directiva Comunitaria en que se inspira el legislador español sólo indica que queda al margen del impuesto, artículo 4.3.a): “La transformación de una sociedad de capitales en una sociedad de capitales de tipo diferente”, con lo que no viene afectado el supuesto de transformarse una sociedad civil en otra mercantil, por lo que bien podría haberse producido la adaptación con mayor precisión.

Pero es que, además, el mantenimiento de la definición fiscal de transformación, incluso para las sociedades de capitales seguirá siendo útil a los efectos de la posible exigencia del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados en que incidirá la escritura pública de transformación, salvo que por paralelismo con lo acontecido con los actos de modificación social, se excluya su sujeción por vía reglamentaria.

En efecto del artículo 31, apartado segundo del Texto Refundido del Impuesto, en conexión con la legislación mercantil (15), se desprende que al haber quedado no sujeta la transformación al impuesto sobre operaciones societarias, quedará sujeta aquélla al gravamen gradual que soportan los documentos notariales registrables y de contenido económico, como en el presente caso ocurre; esta consecuencia sólo que-

(14) La transformación de este tipo de sociedades en sociedades anónimas puede consultarse en la obra *La sociedad de responsabilidad limitada* de BOLÁS ALFONSO (Director), Editorial Civitas (1991), págs. 262 y siguientes.

(15) Véase el contenido de los artículos 227 de la Ley de Sociedades Anónimas y 185 del Reglamento del Registro Mercantil, que imponen la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil, en toda transformación social; véase además, “Transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada” de CASERO MEJÍAS, en *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Volumen II (1991), págs. 205 y siguientes.

dará eliminada si la adaptación al Derecho Comunitario se produce en su total integridad o sea no eliminando la carga tributaria del uno por ciento para sustituirla por otra equivalente a su mitad; entendemos que las mismas razones que condujeron a la exclusión reglamentaria del cambio o ampliación del objeto social han de extenderse al acto de transformación, pues si la Directiva 69/335/CEE de 17 de julio, excluye en el mismo precepto, los actos de transformación y cambio de objeto, es de extraer la misma consecuencia en relación con el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (16).

Por último indicar que tras la reforma introducida, si una sociedad civil se transforma en mercantil ya no tiene a efectos fiscales esta consideración; estaremos, pues, ante una constitución social, con reglas de fijación de la base imponible que pueden resultar perjudiciales si el haber líquido resulta inferior a la cifra de capital de la sociedad transformada.

b) Fusión de sociedades. Tal y como dejamos expuesto con anterioridad, la fusión de sociedades sigue comprendida en el ámbito del hecho imponible por lo que, en principio, no cabe apreciar innovación legislativa alguna; ello no excluye se formulen por nuestra parte algunas consideraciones sobre el particular:

a') *el concepto de fusión.* El nuevo artículo 21 del Texto Refundido, que con anterioridad regulaba la definición fiscal de transformación, conforme antes se ha recordado, dispone que:

“A los efectos del gravamen sobre operaciones societarias tendrán la consideración de operaciones de fusión y escisión las definidas en los números 1, 2 y 3 del artículo segundo de la Ley 29/1991, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.”

(16) En línea con lo expuesto y para que guarde la debida armonía el total contenido del artículo cuarto, apartado tercero de la Directiva 69/335/CEE con el Derecho español, debería modificarse el artículo 34 del Reglamento del Impuesto de 29 de diciembre de 1981 para excluir la prórroga social del gravamen documental.

Esta remisión interna dentro de la propia Ley nos permite traer a colación lo dispuesto en el artículo segundo que bajo el rótulo de “Definiciones” indica:

“1. Tendrá la consideración de *fusión* la operación por la cual:

a) Una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

b) Dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la nueva entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 de su valor nominal o, a falta del valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

c) Una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la Entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social” (17).

93

b') *los diversos supuestos de fusión.* Junto a los supuestos de fusión por absorción por una sociedad preexistente y de creación de una nueva sociedad, se menciona la fusión económica a que se refiere el artículo 250 de la Ley de Sociedades Anónimas (18) y *que no precisa aumento de capital*; en estos supuestos estaríamos ante un acto sujeto al impuesto, pero sin

(17) La redacción es similar, a la que introdujo la Ley 5/1990, de 29 de junio que dio nueva redacción al artículo segundo de la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, si bien ahora se sigue literalmente la terminología usada por la Directiva 90/434/CEE de 23 de julio de 1990.

(18) A cuyo tenor: “Cuando la sociedad absorbente fuera titular de todas las acciones de la sociedad absorbida no será preciso incluir en el proyecto de fusión las menciones enumeradas en las letras b) y c) del artículo 235. Tampoco procederá en este caso el aumento de capital de la sociedad absorbente ni será necesaria la elaboración de los informes de los administradores y de los expertos independientes sobre el proyecto de fusión”.

base imponible, lo cual comporta no se incida en este supuesto en el gravamen sobre operaciones societarias, pues, a diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior, en la actualmente vigente, la base imponible en la fusión, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 25 del Texto Refundido se identifica con el aumento de capital de la sociedad absorbente o con la cifra de capital social del nuevo Ente creado, por lo que cuando en la fusión no se exige aumento de capital social, como ocurre en el supuesto mencionado, en el ya citado art. 2.1.c) de la Ley, no se hace exigible el Impuesto (19).

Ello es revelador de que en la actualidad la fusión de sociedades carece de identidad propia en el Impuesto sobre Operaciones Societarias pues o bien consistirá en una constitución social o en un aumento de capital sin especialidad de ningún tipo, sin que la remisión del nuevo artículo 21 del Texto Refundido al artículo 2.1.c) de la propia Ley permita concluir de contrario *hasta el punto de admitir un concepto fiscal de fusión que no comporte aumento de capital* pues el propio legislador, y en el mismo Texto, se encarga de recordar que en este caso no existe posibilidad de determinar la base imponible precisamente por la improcedencia de que en la fusión económica se eleve el capital social de la Sociedad que es titular de todas las acciones de la Sociedad absorbida, tal y como indica el ya citado artículo 250 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Dos precisiones fiscales habremos de hacer sobre este tipo de fusión que no precisa aumento de capital social:

— en primer lugar que la fusión que nos ocupa tampoco incide en la modalidad del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados a que se refiere el artículo 31, apartado se-

(19) Ello no ocurría en la normativa anterior, que definía la base imponible en la fusión por referencia al haber líquido de la sociedad absorbida o de las que se integren en otra de nueva creación; pues así lo disponía el artículo 70, apartado 13 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967; me remito a la exposición que de este tema realiza HUESCA BOADILLA en: "La fusión de sociedades en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados tras la aprobación de la nueva Ley de Sociedades Anónimas", *Tribuna Fiscal* núm. 3 (1991), págs. 44 y siguientes.

gundo, del Texto Refundido; aparte de las consideraciones efectuadas anteriormente sobre la operación societaria de transformación, es de tener presente aquí que la escritura pública de fusión que menciona el artículo 244 de la Ley de Sociedades Anónimas no refleja un acto no sujeto al impuesto, sino un acto sujeto pero sin base imponible, siendo trasladable aquí la reiterada doctrina del Tribunal Económico Administrativo Central que al enfrentarse con la reducción de capital social debida a pérdidas y sin que por ello proceda restitución alguna al accionista, llegó a la conclusión de que la no incidencia de aquélla en el Impuesto sobre Operaciones Societarias, no comportaba la sujeción al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados que se proyecta, de modo gradual, sobre los documentos notariales (20), y

— en segundo lugar que los aumentos de capital que en la entidad absorbida tengan que producirse, en su caso, para que la previa adquisición de las acciones se produzca por la entidad absorbente, son los auténticos actos de fusión a efectos del impuesto sobre operaciones societarias (21).

c') *los beneficios fiscales*. Una de las escasas rectificaciones del Proyecto de Ley remitido por el Gobierno al Parlamento y que ha dado lugar al texto legislativo que se examina es el restablecimiento del incentivo fiscal que desaparecía en la

(20) La Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 25 de julio de 1990 expuso: "que una vez sentado que la disminución de capital constituye un hecho imponible al Impuesto en todo caso, aunque pueda no dar lugar a liquidación por falta de base imponible, la conclusión obligada es que la escritura notarial que la documenta no está sujeta al Impuesto en concepto de acto jurídico documentado como bien resolvió el Tribunal Regional de Asturias. Tal es la doctrina ya establecida por este Tribunal Central en sus Resoluciones de 8 de julio y 25 de noviembre de 1987 y 18 de enero de 1989"; puede consultarse en mi obra ya citada *CISS Fiscal. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*. Segunda Edición Revisada (1992), págs. 254 y siguientes.

(21) A este planteamiento respondió la Orden Ministerial (Hacienda) de 26 de octubre de 1981 (B.O.E. del 28) según recojo en mi *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*. Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, Tercera Edición (1984), pág. 600; véase asimismo la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 10 de abril de 1991; puede consultarse en *CISS Fiscal*, ya citado, pág. 383.

redacción proyectada ya que dejaba sin contenido el artículo 48.I.B.11 del Texto Refundido que concedía exención para: “Las operaciones societarias que den lugar a la concentración de actividades beneficiosas para la economía española y las transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados que sean consecuencia de aquéllas con los requisitos y condiciones que señale la legislación específica” (22).

Pues bien el nuevo texto legal restablece la exención al precisar que: “El número 11 del art. 48.I.B) quedará redactado en los siguientes términos: Estarán exentas las operaciones de fusión y escisión a las que sea aplicable el régimen especial establecido en el Título I de la Ley 29/1991, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas”.

96

A nuestro entender todos los aumentos de capital que se produzcan con motivo de una fusión por absorción o las sociedades nuevas que se creen integrando los patrimonios de las absorbidas gozarán de la exención del Impuesto sobre Operaciones Societarias bastando para ello la comunicación que ha de dirigirse a la Administración Tributaria.

Dos precisiones conviene hacer al respecto:

— la primera es que no se pierde la exención del Impuesto correspondiente a los actos de constitución social o aumento de capital, por el hecho de que las sociedades hagan uso de lo dispuesto en el artículo cuarto apartado segundo de la

(22) Téngase presente que la exención contenida en el precepto transcrito, fue sustituida por una bonificación en la cuota hasta un 99 por ciento por el artículo noveno de la Ley 76/1980, de 26 de diciembre; como se indica en el texto se vuelve en la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, a la técnica de la exención total; a este mismo planteamiento responde el contenido de la disposición adicional cuarta, a cuyo tenor: “A partir de la entrada en vigor de la presente Ley quedarán exentas en la modalidad de operaciones societarias del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, las operaciones de constitución y aumento de capital de Sociedades Anónimas Laborales, Sociedades de Inversión Mobiliaria de Capital Fijo y Sociedades y Fondos de Capital de Riesgo, siempre que concurren las condiciones y requisitos establecidos en su normativa reguladora para la aplicación de bonificaciones en la cuota devengada o en la base imponible”.

Ley (23) y hagan lucir a valores de mercado los incrementos o disminuciones patrimoniales, pues la renuncia a uno de los efectos beneficiosos que se derivan de la nueva legislación no debe comportar la pérdida de los restantes; dicho de otra forma el adelanto del Impuesto sobre Sociedades, desechando la neutralidad que ofrece el legislador, no excluye que sea aplicable el resto de las normas contenidas en la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, y entre ellas la exención que nos ocupa,

— la segunda es que tal y como se dispone en el artículo 16, apartado segundo de la Ley, la exención del impuesto sobre operaciones societarias quedará sin efecto cuando la Administración Tributaria compruebe que las operaciones de fusión han tenido como finalidad el fraude o la evasión fiscal, exigiéndose además las correspondientes sanciones e intereses de demora.

97

c) *Escisión de sociedades.* Como inicialmente quedó expuesto se trata de una de las principales novedades que afectan al hecho imponible del impuesto sobre operaciones societarias y sobre la que ya nos hemos ocupado al examinar la fusión pues el paralelismo con que el legislador regula una y otra cuestión obliga a ello; no obstante mencionaremos algunas cuestiones específicas sobre el tema:

a') *el concepto de escisión.* La remisión que efectúa (24)

(23) Dispone el precepto: "Podrá renunciarse al régimen establecido en el número anterior, mediante la integración en la base imponible de los incrementos y disminuciones de patrimonio a los que se refiere el artículo tercero. A estos efectos, en ningún caso el valor real podrá exceder del de mercado".

(24) Queda sin regulación expresa el supuesto contemplado en el artículo segundo, apartado tercero de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, al que también se remite el artículo 21 del Texto Refundido, en su nueva redacción, a cuyo tenor: "Tendrá la consideración de aportación no dineraria de ramas de actividad, la operación por la cual una Entidad aporta, sin ser disuelta, a otra Entidad, la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante su entrega de valores representativos del capital social de la sociedad adquirente"; si esto último comporta un aumento de capital social aparecerá la sujeción al impuesto y será aplicable la exención y ello pese a que el apartado 11 del art. 48.I.B. menciona sólo la fusión y la escisión; esta aportación está no sujeta al

el artículo 21 del Texto Refundido comporta traer a colación lo dispuesto en el artículo tercero, apartado segundo, a cuyo tenor:

“2. Tendrá la consideración de escisión la operación por la cual:

a) Una entidad divide en dos o más partes la totalidad de su patrimonio social y las transmite en bloque a dos o más entidades ya existentes o nuevas, como consecuencia de su disolución sin liquidación, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de valores representativos del capital social de las entidades adquirentes de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

b) Una entidad segrega una o varias partes de su patrimonio social que formen ramas de actividad y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de estas últimas, que deberá atribuir a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria, y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra anterior.”

b') *su consideración como operación societaria.* Puede ser cuestionada la incorporación al hecho imponible de la operación de escisión, pues más que una operación con sustantividad propia, es el origen de otros actos ya gravados por el impuesto, como son la ampliación de capital o su reducción; en cualquier caso el mimetismo con que se regula esta materia equiparando por completo la fusión a la escisión, deja sin resolver alguno de los problemas que de ésta se derivan al tenerse que acudir a forzadas interpretaciones que sólo son admisibles desde el punto de vista de la amplia exención que se concede para las operaciones de escisión; así ocurre con la división del patrimonio social y traspaso en bloque a otra sociedad ya existente,

Impuesto sobre el Valor Añadido según la redacción dada al apartado 1, letra b) del artículo quinto de la Ley 30/1985, de 2 de agosto, por el artículo 26 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, ni siquiera en lo concerniente a los bienes inmuebles según más adelante examinaremos.

o sea no nueva, de no fácil reconducción al apartado cuarto del artículo 25 del Texto Refundido que al referirse a la base imponible en el aumento de capital sólo menciona la cifra de capital social del nuevo ente creado (25).

d) Aportaciones para reponer pérdidas. Es esta otra de las novedades que incorpora la Ley que se examina, adaptándose no sólo a la normativa comunitaria sino también esclareciendo el marco legal que en el impuesto han de tener este tipo de aportaciones.

En efecto construido el actual impuesto sobre operaciones societarias con un carácter formal, al prescindir del contravalor de las aportaciones al capital social, quedaba sin resolver lo que ocurría con las que no iban dirigidas a dar contenido patrimonial a las acciones emitidas sino a reponer pérdidas sociales; en la legislación vigente con anterioridad a la Ley 32/1980, de 21 de junio la sujeción no ofrecía otras dudas de si se trataba de una transmisión onerosa de metálico o de un acto de aportación societaria; la dualidad de régimen tributario fue analizada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de enero de 1973, optando por esta última (26); sin embargo esta solución no era reconducible a los nuevos planteamientos del legislador con relación al impuesto sobre operaciones societarias, hasta el punto de haberse declarado por la jurisprudencia que el gravamen a exigir en este caso no es el impuesto patrimonial, ni el que grava las operaciones societarias, sino el Impuesto sobre el Valor Añadido (27).

99

(25) Desde el punto de vista sustantivo, véase: "La escisión de sociedades" de ALBIÑANA CILVETI, en *Hacienda Pública Española* núm. 94 (1985), págs. 111 y siguientes.

(26) Aparece en el *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados* ya citado, págs. 590 y siguientes.

(27) Así lo ha entendido el Tribunal Económico Administrativo Central en su Resolución de 30 de mayo de 1990; véase el comentario a la misma de ARNAU ZOROA, bajo el título de "Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Derecho Europeo. Aportaciones de los socios que no suponen aumento de capital social" en *Gaceta Fiscal* núm. 83 (1990), págs. 199 y siguientes.

Por otro lado el contenido patrimonial (28) de estas aportaciones era contemplado por la Directiva 69/335/CEE que en su artículo 4.2.b) mencionaba el aumento del haber social de una sociedad de capitales mediante aportaciones realizadas por un socio que no impliquen aumento de capital social, por lo que la reforma introducida en la ley del impuesto supone alinearse con la normativa comunitaria (29) que previó gravar estas aportaciones con el impuesto sobre operaciones societarias.

e) *Traslados fiscalmente trascendentes.* Deriva, por último, de la necesaria trasposición al Derecho español de la Directiva 69/335/CEE, la incorporación al hecho imponible de una figura hasta el momento desconocida en cuanto tal, pero parcialmente asumida por el legislador desde antiguo.

100 La sujeción deriva del traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social si una u otro no estuvieren situados en un país miembro de la Comunidad Económica Europea, o estándolo no hubiese estado gravada por un impuesto similar.

En consecuencia queda no sujeto al Impuesto español el traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad desde un país europeo, pues en caso contrario se incidiría en una duplicidad impositiva

(28) En el Impuesto sobre Sociedades y a tenor de lo expuesto por la Ley 18/1991, de 6 de junio se indica, al dar nueva redacción a la Ley 61/1978, de 27 de diciembre "A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se considerarán aportaciones de capital realizadas por los socios las primas de emisión de acciones y las aportaciones que los mismos realicen para reponer el patrimonio de conformidad con los artículos 163 (1) y 260 (4) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas".

(29) Sobre este aspecto de la Directiva 69/335/CEE se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de marzo de 1990, declarando que: "La asunción de las pérdidas de una sociedad por otra vinculada a esta última, en el marco de un contrato de transferencia de resultados celebrado antes de que fueran conocidas dichas pérdidas, no aumenta el haber social de la referida sociedad, en el sentido de la letra b) del apartado segundo del artículo cuarto de la Directiva sobre concentración de capitales"; véase en *Gaceta Fiscal* núm. 80 (1990), págs. 142 y siguientes.

contraria a los principios comunitarios y en especial al de libre circulación de personas y capitales.

Más dudoso es el gravamen exigible cuando el traslado procediera de otro país comunitario en el que la sociedad no ha estado gravada por un impuesto similar al español, pues bien puede ocurrir que el Estado de procedencia, haciendo uso de lo dispuesto por la Directiva 85/303/CEE (30), de 10 de junio hubiera suprimido el gravamen, que no parece pueda ser restablecido por otro país miembro de la Comunidad Económica Europea por vía de traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social.

Diversas consecuencias se derivan de la ampliación del hecho imponible de la que nos estamos ocupando:

— la primera es la nueva redacción del artículo sexto, apartado segundo del Texto Refundido, que con relación al ámbito territorial del tributo dispone:

101

“El Impuesto se exigirá:

B) Por las operaciones societarias realizadas por entidades en las que concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Que tengan en España la sede de dirección efectiva, entendiéndose como tal el lugar donde esté centralizada de hecho la gestión administrativa y la dirección de los negocios.

b) Que tengan en España su domicilio social siempre que la sede de dirección efectiva no se encuentre situada en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea o, estándolo, dicho Estado no grave la operación societaria con un impuesto similar.

c) Que realicen en España operaciones de su tráfico, cuando su sede de dirección efectiva y su domicilio social no se encuentren situados en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea o, estándolo, estos Estados no graven la operación societaria con un impuesto similar.”

(30) El artículo séptimo de la Directiva 69/335/CEE, en su apartado segundo, y conforme a la redacción procedente de la Directiva 85/303/CEE, dispone que: “Los Estados miembros podrán eximir del derecho de aportación a todas las operaciones distintas de las contempladas en el apartado 2, o bien sometidas a un tipo único que no exceda del 1 por 100”; así ocurre con el Stamp Duty suprimido en el Reino Unido a partir del mes de marzo de 1988; véase *Fiscalidad Internacional. Sistema Tributario del Reino Unido* de GONZÁLEZ POVEDA, Editorial CISS (1991), pág. 315.

— la segunda es la nueva redacción del artículo 20 del Texto Refundido, a cuyo tenor:

“Las entidades que realicen, a través de sucursales o establecimientos permanentes, operaciones de su tráfico en territorio español y cuyo domicilio social y sede de dirección efectiva se encuentren en países no pertenecientes a la Comunidad Económica Europea, o encontrándose en éstos no estuviesen sometidas a un gravamen análogo al que es objeto del presente Título, vendrán obligadas a tributar, por los mismos conceptos y en las mismas condiciones que las españolas, por la parte de capital que destinen a dichas operaciones.”

En este precepto está el germen de la tributación del traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de determinadas entidades, pues, desde antiguo se conocía el gravamen por la apertura de sucursales o establecimientos permanentes mediante una tributación equivalente a la que soportan las sociedades españolas en función del capital asignado a la realización de actividades económicas.

2. *Base imponible.*

Las modificaciones en la base imponible siguen en importancia a las introducidas en el hecho imponible del impuesto; el examen de las mismas ha sido ineludible en algunos casos, pues al ocuparnos del hecho imponible han tenido que realizarse obligadas referencias a la medición del aspecto material de aquél; con esta advertencia, nos ocupamos, de las reformas que en el texto se introducen con la siguiente sistemática:

a) *Constitución y aumento de capital.* Se mantiene inalterada la redacción que ofrecía la normativa anterior al coincidir la base imponible con el importe nominal en que el capital social quede fijado inicialmente o ampliado, con adición de las

primas de emisión, en su caso exigidas (31) que no vuelven a ser gravadas en el momento de su capitalización; a mi entender hubiese sido más congruente con la nueva estructura del impuesto exigir el gravamen en este segundo momento; en cualquier caso la escritura pública que refleje un aumento de capital con cargo a la reserva por prima de emisión de acciones, ha de considerarse no incide en el gravamen gradual sobre los documentos notariales pues su contenido económico ya quedó gravado en su momento por el tributo sobre operaciones societarias, sin desconocer que la duplicidad de gravámenes que quiso evitarse con la reforma introducida por la Ley 32/1980, de 21 de junio y que ahora se mantiene, quedaría sin efecto si con motivo de la exigencia de primas de emisión se llegara a consecuencias parecidas a las que se derivaban de la legislación anterior.

En lo que sí se produce modificación importante es en lo concerniente a la constitución y aumento de capital social de las sociedades no capitalistas incluidas las personas jurídicas no societarias que persigan fines lucrativos a que se refiere el artículo 22 (31) del nuevo texto legal, ya que entonces se produce un retorno a lo que se disponía en la legislación anterior al año 1980, al deducirse del valor real de los bienes las cargas, deudas y gastos; las novedades que ofrece el precepto necesitan de alguna apostilla por nuestra parte:

— en primer lugar que las cargas han sido siempre deducibles por minorar intrínsecamente el valor del bien; dicho de otra forma el valor real es una magnitud que ha de venir precedida de la deducción de cargas pues éstas son siempre una porción del valor económico del bien, de titularidad o atribución jurídica distinta (32),

(31) Véase "La prima de emisión de acciones: su tratamiento en el sistema Tributario", de ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, en *Estudios sobre Tributación Bursátil*, por mí dirigidos; Editorial Civitas (1987), págs. 251 y siguientes.

(32) Me remito al estudio de SERRERA CONTRERAS "Deudas y cargas en los Impuestos sobre Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales. El tema de las adjudicaciones", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 489 (1972).

— en segundo lugar que la deducción de gastos en este impuesto constituye algo realmente novedoso pues hasta la fecha este concepto era desconocido en la imposición patrimonial, aunque no en la imposición sucesoria, que desde antiguo da cobijo a gastos deducibles como los de última enfermedad, entierro y funeral (33), y

— en tercer lugar que la deducción de deudas no comporta el restablecimiento de la figura conocida como adjudicación de bienes en pago de asunción de deudas que quedó derogada expresamente por la Ley 32/1980, de 21 de junio sin que haya sido reincorporada hasta la fecha al Ordenamiento Tributario.

b) *Traslados fiscalmente trascendentes.* Aquí el legislador introduce una regla de determinación de la base imponible que puede resultar desproporcionada, pues la mención del “haber líquido” puede comportar una mayor carga tributaria que si se tratara de capitales puestos en común; en cualquier caso hubiera sido más apropiado el haberse inspirado en lo que se dispone en el artículo 20 del Texto Refundido que toma en cuenta el capital de las Entidades que realicen negocios en España a través de sucursales o establecimientos permanentes, al gravarse por el impuesto sobre operaciones societarias: “La parte de capital que destinen a dichas operaciones”.

c) *Fusión y escisión.* Como quedó expuesto con anterioridad la base imponible se fijará atendiendo al importe del capital social del nuevo ente creado o al aumento de capital de la sociedad absorbente, con adición en su caso de las primas de emisión.

Nos remitimos a lo que antes indicamos en torno a la consideración de acto sujeto pero sin base imponible, que es predicable de la fusión precedida de la titularidad de todas las

(33) Así se desprende de los artículos 14 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y 33 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre.

acciones de la sociedad absorbida; y dicho esto vamos a centrarnos en el examen de la novedad que se desprende del nuevo texto legal y que consiste en la adición a la base de las primas de emisión.

Hasta ahora existía un cierto confusionismo sobre el particular que nos tememos no ha quedado completamente esclarecido, si bien la amplia exención que ahora se regula para las operaciones de fusión o escisión ayudará a orillar cuestiones como las que ahora se mencionan:

a') *la prima de emisión como acto no sujeto*. La primera de las dudas deriva de la consideración en torno a si la prima de emisión se incorpora a la base imponible sólo en la constitución y aumento de capital o también en las fusiones; la primera de las tesis nos parece la más adecuada, pese al silencio del artículo 25, apartado cuarto, sobre el particular, a diferencia de lo que se expone en el apartado primero; sin embargo la remisión a las normas por las que se rige el aumento de capital propiciaba una solución unitaria, que es la que ahora prevalece en el nuevo texto legal que de forma expresa se refiere a la adición de las primas de emisión.

105

De esta duda se ha hecho eco la Administración Tributaria como lo demuestran los ejemplos que a continuación van a exponerse, sin otro propósito que ilustrar al lector sobre una cuestión que a los diez años de aparición de la ley debiera estar resuelta; en efecto tomando como ejemplo notorias fusiones bancarias nos encontramos con o siguiente:

— La Orden Ministerial de *13 de diciembre de 1991* (34), expone:

“Se reconoce una bonificación del 99 por 100 de la cuota del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para los siguientes actos, contratos y operaciones:

(34) *Boletín Oficial del Estado* número 303 del día 19 de diciembre de 1991.

A) Aportaciones y adjudicaciones de bienes y derechos que en la fusión de las Entidades 'Banco Hispano Americano, Sociedad Anónima' y 'Banco Central, Sociedad Anónima', mediante la absorción de la primera por la segunda, se produzcan a través de las diferentes operaciones de disolución sin liquidación, fusión por medio de absorción e integración del patrimonio social de la absorbida en la absorbente y ampliación de capital de esta última en la cuantía de hasta 38.813.327.000 pesetas, mediante la emisión y puesta en circulación de 77.626.654 acciones de 500 pesetas nominales cada una, con una prima de emisión de 249.092.899.543 pesetas, *que conforme a lo dispuesto en el artículo 25.4 del Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, no está sujeta al mismo.*"

Como bien se observa la Administración Tributaria reconoce que en la fusión de sociedades por absorción, que era el supuesto de hecho contemplado, la base imponible coincide con el aumento de capital de la sociedad absorbente, quedando en consecuencia no sujeta lo que se denomina prima de emisión.

— La Orden Ministerial de 15 de octubre de 1991 (35), por su parte expone:

"Se reconoce una bonificación del 99 por ciento de la cuota del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para los siguientes actos, contratos y operaciones:

a) Aportaciones y adjudicaciones de bienes y derechos que, en la fusión de 'Banco de Crédito Industrial, Sociedad Anónima' y 'Banco Exterior de España, Sociedad Anónima', mediante la absorción de la primera por la segunda, se produzcan a través de las diferentes operaciones de disolución sin liquidación, fusión por medio de absorción e integración del patrimonio social de la absorbida en la absorbente y ampliación de capital de esta última en la cuantía de 16.997.982.000 pesetas, mediante la emisión y puesta en circulación de 33.995.964 acciones de 500 pesetas nominales cada una, con una prima de emisión de 63.179.463.094 pesetas."

En este segundo supuesto se mantiene el planteamiento tradicional de considerar incluida en la base imponible la

(35) *Boletín Oficial del Estado* núm. 251 del día 19 de octubre de 1991.

prima de emisión a la que se aplica la bonificación junto al montante en que se aumenta el capital por parte de la Entidad absorbente.

b') *prima de emisión y prima de fusión.* Con arreglo a la legislación mercantil se suele denominar prima de emisión en las fusiones a algo que realmente no es tal; en efecto basta una asomada a lo que aparece definido en el Plan General de Contabilidad (36) para concluir que lo que es objeto de discusión en torno a su sujeción o no al impuesto es realmente una prima de fusión pues la aportación del accionista es inexistente.

Por contra la prima de fusión obedece a planteamientos distintos: En caso de fusión por absorción la fijación de la relación de canje debe tener en cuenta el valor real de las acciones que serán creadas por la sociedad absorbente en contrapartida de las aportaciones que recibe. Si el valor del activo neto de esta sociedad es superior a la cifra de su capital, el valor real de las acciones, tanto de las nuevas como de las viejas, será también superior a su valor nominal. Entonces, si el capital se aumenta en un importe igual al valor del patrimonio aportado, el conjunto de las acciones creadas como contrapartida tendrían un valor real superior al valor de lo aportado, de manera que los accionistas de la sociedad absorbida que recibieran estos títulos se enriquecerían en detrimento de los de la sociedad absorbente. Para evitar esta consecuencia injusta, el capital se aumenta en una cuantía inferior al valor de las aportaciones, cuantía que se determina de tal manera que el valor real del conjunto de los títulos creados equivale al valor de dichas aportaciones. La diferencia entre éstas y la cifra de capital que se aumenta se califica como prima de fusión y constituye una reserva, que se inscribe en el pasivo del balance de la sociedad absorbente y sobre la cual

(36) El Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, en la definición de la Cuenta 110 "Prima de Emisión de Acciones" indica: "Aportación realizada por los accionistas en el caso de emisión y colocación de acciones a precio superior al valor nominal".

los socios, tanto antiguos como nuevos, tienen los mismos derechos (37).

Hubiera sido, pues, más acertado denominar a las cosas por su nombre ya que la legislación mercantil y contable así lo permiten indicando que en la base imponible se tendrán en cuenta las primas de fusión; que, a su vez vendrán protegidas por la exención regulada en el apartado 11, del artículo 48.I.B., en su nueva redacción, sin perjuicio de que si se exigen desembolsos complementarios del accionista, auténticas primas de emisión, también se adicionen a la base imponible.

d) *Disminución de capital y disolución social.* Por último y con relación a esta operación societaria se mantiene la sujeción para el supuesto en que la disminución de capital o disolución comporte la entrega de bienes a los socios, sin que por consiguiente se incida en el Impuesto en los casos en que la reducción se deba a pérdidas generadas en el seno de la sociedad y sin que en este caso la escritura pública que refleja aquella operación quede sometida al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, por las razones que quedaron expuestas con anterioridad (38).

La única novedad consiste en la precisión de que en este caso, la entrega de bienes a los socios comportará su estimación con arreglo a su valor real sin deducción de cargas y gastos, aunque el socio tenga que asumirlas.

(37) Transcribo lo que se expone en el estudio de SÁNCHEZ OLIVÁN "La fiscalidad de las fusiones protegidas (I)", que a su vez da cuenta de la opinión que en su obra "Sociedades comerciales" dan, HÉMARD, TERRÉ y MABILAT, en *Carta Tributaria* núm. 148 (1991), págs. 8 y siguientes.

(38) Ello no excluye otro tipo de responsabilidades tributarias; véase lo expuesto por el profesor SAÍNZ BUJANDA en "La transmisión a los socios de las obligaciones tributarias pendientes de las sociedades disueltas y liquidadas". *Revista Española de Derecho Financiero* núm. 70 (1991), págs. 149 y siguientes.

3. *Otros supuestos.*

Las restantes modificaciones del impuesto tienen un interés menor, aunque no renunciamos a decir algo sobre el particular:

a) *Sujeto pasivo.* El nuevo artículo 23 incorpora los nuevos supuestos que configuran el hecho imponible, precisando que será la sociedad el sujeto pasivo en los casos en que se produzca una escisión o se trate de aportaciones para reponer pérdidas sociales.

Asimismo se introduce una innovación en lo que concierne a la extinción de comunidades al precisar que será sujeto pasivo el copropietario, comunero o partícipe por los bienes y derechos recibidos; de esta forma algo oblicua se pretende sujetar a gravamen la extinción de comunidades de bienes, siendo así que en la actual normativa, incluso la procedente de la Ley que se comenta, este supuesto no se menciona a diferencia de lo que ocurría en el Texto Refundido de 6 de abril de 1967 modificado por Ley de 30 de junio de 1969 (39).

Ahora sin aparecer reflejada la extinción de comunidades en el hecho imponible y sin existir reglas para la fijación de la base imponible, se introduce la sujeción por la vía de considerar sujeto pasivo al comunero o copartícipe, lo cual no es ejemplo de la depurada técnica que exige el Tribunal Constitucional (40), a los redactores de preceptos tributarios a tenor de lo que comporta el principio de seguridad jurídica.

b) *Responsable subsidiario.* El nuevo artículo 24 incluye, sin más, las nuevas modalidades del hecho imponible en la

(39) En cambio sí se refiere a este supuesto, sin base legal de ningún tipo, el artículo 30 del Reglamento de 29 de diciembre de 1981.

(40) Véase el Fundamento Jurídico Octavo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1990, de 4 de octubre; puede consultarse en *Impuestos* (1991 Volumen I), pág. 554.

conocida regla de responsabilidad subsidiaria, si bien con mención de algún supuesto de no fácil contingencia real pues no es de aplicación al traslado a España de una sede de dirección efectiva o domicilio social, el principio rector de este tipo de responsabilidad que atañe a los promotores, administradores o liquidadores por haberse hecho cargo del capital aportado o haber entregado los bienes.

(Continuará en el próximo número)

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ

Catedrático de Derecho Mercantil

111

SUMARIO: 1. Los orígenes de la sociedad de responsabilidad en España: el Proyecto FABRA y su tendencia en favor de una “sociedad colectiva de responsabilidad limitada”. 2. Ordenación posterior de la sociedad de responsabilidad limitada y tendencias tipológicas. 3. La reciente reforma de nuestro Derecho de las sociedades de capital. 4. Sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y tipología societaria. 5. Problemas que plantea la caracterización tipológica de la sociedad de responsabilidad limitada. 6. Diferenciación “tripartita” de los tipos societarios capitalistas. 7. La cuestión tipológica ante los trabajos preparatorios de la nueva ley de sociedades de responsabilidad limitada. 8. Necesidad de una reflexión global del conjunto de los tipos sociales en el marco de una ley general de sociedades.

1. Hace más de cien años, en 1883, un diputado de la mayoría que representaba el distrito de Puebla de Trives (Orense), pero de muy probable origen catalán, Gil María FABRA y DEAS presentó, en plena discusión parlamentaria del Proyecto de Código de Comercio, la propuesta de una normativa a introducir en el Código sobre lo que él llamó “la sociedad colectiva de responsabilidad limitada”. FABRA no trataba con ello de “flexibilizar” la regulación de la sociedad anónima, algo que no venía reclamado, ni por la economía española de la época ni por la ya muy flexible disciplina de la sociedad anónima proyectada para el Código de Comercio. Se trataba simplemente —como en aquellos mismos años preconizaba OECHELHÄUSER, creador y animador de esta concepción en Alemania— de extender la limitación de responsabilidad a las sociedades personalistas del tipo de las sociedades colectivas y estimular así el desarrollo de las empresas societarias más modestas. Era aquel Proyecto FABRA un proyecto que, a pesar de su gran valor y su significativa anticipación en relación con la regulación legal de esta forma social en otros países (Ley alemana de 1892 y ley inglesa de 1907), no llegó a vencer la resistencia que encontró para su inclusión en el articulado del vigente Código de Comercio de 1885. Y no llegó a merecer ese reconocimiento legal por la obstinada oposición de varios diputados, fundada en el argumento de la amplia libertad de asociación y la libertad de creación de nuevas formas de sociedad mercantil consagradas en los artículos 117 y 122 del Código, que venían a amparar la posibilidad de crear libremente aquellas sociedades colectivas de responsabilidad limitada, sin necesidad de una expresa disciplina legal sobre las mismas (v. más ampliamente el excelente trabajo de Carlos PRIETO, *Los orígenes de la sociedad de responsabilidad limitada en España: el proyecto de Fabra*, R.D.M. 1968, pág. 215 y sigs.).

2. Los pasos posteriores del reconocimiento de esta forma social entre nosotros son más conocidos. Lo es la polémica

suscitada años más tarde (especialmente en la doctrina del primer tercio de este siglo), sobre la validez legal de este tipo social en nuestro ordenamiento poniendo especial acento en la interpretación de la frase “por regla general” del artículo 122 del Código de Comercio, con ignorancia, más que olvido, de lo que había sido la discusión parlamentaria del Proyecto FABRA. Lo es también que esa polémica se prolongó incluso más allá de las dos disposiciones —mercantil una y fiscal la otra— que reconocieron, por primera vez entre nosotros, la existencia de esta nueva forma de sociedad mercantil: el Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919 y la Ley de Utilidades de 29 de abril de 1920. Y lo es, en fin, el hecho de que la falta de una disciplina sobre la materia pudo ser suplida de forma muy meritoria por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros, en una labor constructiva a la que tan significativa ayuda dispensó el buen hacer de la práctica notarial. Todo ello, no obstante, con la constante incertidumbre generada por las dudas sobre la configuración del tipo como una “colectiva con responsabilidad limitada”, dotada de la flexibilidad propia de las sociedades colectivas en el ámbito de las relaciones internas y de los rasgos de la sociedad anónima (responsabilidad limitada y capital de garantía) en las relaciones externas —orientación entonces dominante—, o como una “anónima pequeña”, “anónima sin acciones”, “anónima simplificada”, “hermana menor” o “hermana pobre” de la sociedad anónima, expresiones todas ellas que apuntan hacia una configuración capitalista de la nueva sociedad utilizable por la pequeña y mediana empresa (para una síntesis reciente de los cambios de orientación en nuestro ordenamiento y nuestra doctrina v. GARRIDO DE PALMA, *La sociedad de responsabilidad limitada. Presente y futuro*, La Ley, 1, 1988, págs. 1074 y sigs.)

Así se fue difundiendo entre nosotros la sociedad de responsabilidad limitada en la primera mitad de este siglo. ¿Tendríamos que decir que con una gran y sorprendente “pereza legislativa”? No me atrevería a hacer una afirmación tan tajante.

Hago esta reserva porque en esos años —como también es bien sabido— no faltaron algunos proyectos de regulación legal de este tipo social: el particularmente estimable “Proyecto de ley sobre sociedades de responsabilidad limitada” del Ministro de Gracia y Justicia ROIG y BERGADA, de 1918, merecidamente elogiado, e inspirado en la concepción de la sociedad limitada —como dice CARLON SÁNCHEZ (*Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid 1984, pág. 13)— “como una pequeña sociedad anónima, adornada, eso sí, de algunas características particulares”; y el no tan meritorio “Anteproyecto de reforma del Código de Comercio de 1926”, que trató de introducir la disciplina legal de esta forma social en forma nada afortunada y fue objeto, por ello, de muy duras críticas.

Con pereza en los trabajos legislativos o sin ella, lo cierto es que no llegamos a contar con nuestra primera ordenación positiva de esta forma social hasta la Ley de 17 de julio de 1953, dentro del movimiento de reforma de las sociedades de capital iniciado con la Ley de sociedades anónimas de 17 de julio de 1951. La Ley de 1953, todavía vigente y meritoria en algunos aspectos, no ha estado nunca libre de crítica porque ha sido, y sigue siendo en buena medida, una ley ambigua e insuficiente. Es cierto que, dictada la Ley de sociedades anónimas, tuvo la pretensión de introducir formalmente en nuestro Derecho —como dice la Exposición de Motivos— “un tipo de sociedad que si, de un lado, utiliza la prerrogativa de la limitación de responsabilidad del socio, de otro sirve de instrumento eficaz para las empresas de volumen económico más modesto y de menor número de socios que las de forma anónima”. Pero esa proclamada “equidistancia” de los dos extremos (sociedad anónima y sociedad colectiva), esa toma de posición ante la vieja cuestión, no culminó en una regulación positiva de perfiles claros y, sobre todo, de contenido suficiente (v. GONDRA, *La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma del Derecho de sociedades*, en AA.VV. “La reforma del Derecho español de sociedades de capital”, Madrid 1987, pág. 927; OTERO

LASTRES, *La reforma de la legislación sobre sociedades: sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada*, La Ley, 2, 1987, pág. 1135; EMBID IRUJO, *Reflexiones sobre el régimen jurídico de las pequeñas y medianas empresas en la reforma del Derecho de sociedades español*, Noticias/C.E.E., núm. 43-44, pág. 13; BARBA DE VEGA, *La sociedad de responsabilidad limitada*, en “El nuevo Derecho de las sociedades de capital” (dir.) QUINTANA CARLO, Zaragoza 1989, págs. 288 y sigs.), manifestándose así como un ordenamiento con notables lagunas, algo que contribuyó —aunque no fuera la causa más importante— a un cierto retraimiento o reserva en la utilización de esta forma social (tanto que mientras antes de 1953 era sensiblemente semejante el número de sociedades anónimas y de sociedades de responsabilidad limitada que se creaban, a partir de ese año, dictada la ley, tal proporción pasa a ser aproximadamente la de una sociedad de responsabilidad limitada por cada cuatro sociedades anónimas).

115

De otro lado, no les falta razón a algunos autores cuando hablan, no sólo de “pereza” del legislador español en la regulación de la sociedad de responsabilidad limitada, sino también de otro dato igualmente significativo: la impresión de “cansancio” de nuestro legislador cuando afronta la regulación de esta forma social. Las dos veces que se decidió a regular la sociedad de responsabilidad limitada da la sensación, en efecto, de haber llegado “cansado” tras la regulación de la sociedad anónima. Esa impresión produce la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1953 frente a la Ley de sociedades anónimas de 1951, y esa impresión producen también —me parece que de forma notoriamente más acusada— las modificaciones introducidas en esta forma social por la Ley de “reforma parcial y adaptación de la legislación española a las directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades”, de 25 de julio de 1989 (OTERO LASTRES ob. cit. pág. 1142; LORA-TAMAYO, *Reflexiones en torno a la sociedad de responsabilidad limitada*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, XXX, vol. I, 1991, págs. 128 y sig.). En este último

supuesto las modificaciones venían ciertamente impuestas por la necesidad de adaptar la Ley de 1953 a las directivas comunitarias primera, cuarta y séptima; pero, como sucedió con las sociedades anónimas, esas modificaciones acabaron por extenderse —más allá incluso de la llamada “técnica de los capítulos”— a otras materias (fijación del capital mínimo y supresión del tope máximo, régimen de la sociedad en formación y la sociedad irregular, supresión de la inscripción en el Registro Mercantil de la transmisión de participaciones, acuerdos sociales y su impugnación, estructura y funcionamiento del órgano de administración, reducción de porcentaje del capital representado para la protección de las minorías y fusión y escisión) (v. más ampliamente, OTERO LASTRES, ob cit. págs. 1138 y sigs.; BARBA DE VEGA, ob. cit. págs. 293 y sigs.; LORA-TAMAYO, ob. cit. pág. 130) con frecuencia a través de remisiones globales a la Ley de sociedades anónimas, que denotan un cierto grado de precipitación o alguna falta de cuidado en la técnica de elaboración de la ley; y en el orden sustantivo una opción muy dudosa o discutible en favor de una disciplina de carácter capitalista que, en principio, parece contrastar aún más con la configuración tradicional como sociedad dotada de una notable significación personalista (v. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Tradición y reforma en el nuevo Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, en “El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima”, Madrid 1991, págs. 175 y sigs.). No sé si la causa es ese cansancio, fatiga o precipitación del legislador, pero lo cierto es que esta forma de sociedad, de notorio relieve y difusión en la práctica societaria española, todavía no ha encontrado una disciplina legal suficientemente satisfactoria entre nosotros.

3. ¿Es posible lograrlo ahora con el trabajo prelegislativo sobre la reforma de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada iniciado en la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación? Recordemos, antes de aproximarnos a esa pregunta, que en este momento estamos

en otro de los grandes ciclos de reforma de nuestro Derecho de las sociedades de capital, paralelo al de los años cincuenta. Esta nueva etapa, abierta en la Comisión General de Codificación en la década de los setenta, y que después de no pocas vicisitudes, en las que, a pesar de la importancia de algunos de los trabajos realizados (de modo especial el Anteproyecto de reforma de la Ley de sociedades anónimas de 1979) no parece necesario detenerse ahora, acabó cuajando en tres piezas normativas especialmente significativas, todas ellas de 1989: la ya citada Ley de “reforma parcial y adaptación” de 25 de julio, el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas de 22 de diciembre, y el Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre. Esta ordenación societaria, que en su doble respuesta legal y reglamentaria ha merecido ya muy diferentes valoraciones, nos ha permitido, en todo caso, contar con una disciplina sobre la sociedad anónima “adaptada” a la regulación comunitaria y en cierta medida “actualizada”, una normativa sobre la sociedad comanditaria por acciones (primera regulación entre nosotros de este tipo de sociedad, convertido ahora, por influencia del modelo italo-suizo, en una sociedad anónima con accionistas administradores sujetos a responsabilidad ilimitada), y una reordenación precipitada de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada que dista bastante de lo que podría haber sido una más meditada “puesta al día” de esta forma social.

117

4. No ha de sorprender, por ello, que una nueva reforma de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada se presente ahora como la tarea más urgente en el ordenamiento de nuestras sociedades de capital. Más aun cuando la fijación del capital mínimo de las sociedades anónimas en diez millones de pesetas con la obligada transformación de las sociedades que no alcancen ese nivel, y, de otro lado, la complejidad orgánica y funcional de esta forma social en la nueva ley, parecen estar reclamando un estatuto legal más preciso y cuidado de la sociedad limitada. Pero en este momento vuelve a plantearse

la vieja cuestión de la función y la estructura de una y otra forma de sociedad. No en vano se ha podido afirmar, por referencia al camino recorrido los últimos años, que, a la vista de las metas alcanzadas, se suscitan “no pocas dudas sobre la misma racionalidad del sistema de doble corporación resultante de la reforma realizada” (Luis Javier CORTES, *Nota sobre la reforma de la legislación mercantil en materia de sociedades*, en “Integración Europea”, núm. 6, pág. 88). Así es. Ahora nos encontramos con una disciplina de la sociedad anónima que, a pesar de la, en este sentido, escasa cuantía de su capital mínimo, parece querer acentuar su significación como forma social de la gran empresa. Pero si esto es así y, en todo caso, si la compleja estructura orgánica y funcional de la sociedad anónima provoca —como parece percibirse en este momento— ciertos estímulos hacia una más amplia utilización de la sociedad de responsabilidad limitada —la “huida” hacia esta forma social— resultará que estamos abriendo un gran espacio, una gran franja de doble soberanía que va, desde lo que es la pequeña sociedad cerrada o familiar con un capital superior a los diez millones de pesetas hasta la zona ocupada por la gran sociedad anónima que acude al ahorro público y cotiza sus activos financieros en Bolsa, algo que parece quedará vedado a las sociedades limitadas por elevado que sea su capital. Se trata, entonces, del reconocimiento de esa extensa franja en la que las empresas de aquellas muy variadas dimensiones podrán limitar su responsabilidad contando para ello con una importante opción: la posibilidad de elegir entre la sociedad anónima (o eventualmente, la sociedad comanditaria por acciones), o la sociedad de responsabilidad limitada, a la hora de decidir su configuración societaria (v. Luis Javier CORTES, ob. cit. pág. 87).

Pero entonces ¿que es lo que realmente está ocurriendo en nuestra reforma del Derecho de sociedades de capital? Para contestar a esta pregunta bueno será recordar que —como ha señalado Angel ROJO (*La sociedad anónima como problema*, Revista de Derecho Mercantil, 1988, págs. 10 y sigs.)— el

Derecho continental europeo nos ofrece dos modelos de sociedad anónima. De un lado, el modelo alemán de la “Aktiengesellschaft” como forma social predispuesta para la gran empresa; un modelo caracterizado por la rigidez de su régimen jurídico y, en consecuencia, como una forma social en la que la autonomía de la voluntad se mueve dentro de un ámbito muy limitado, hasta el punto de que los estatutos sólo pueden alejarse de la ley cuando esta así lo reconoce o permite expresamente. Y de otro lado, el modelo francés o latino, claramente imperante en nuestro Derecho tradicional, en el que la sociedad anónima goza de una gran flexibilidad normativa, con amplio margen para el juego de la autonomía de la voluntad a través de los estatutos. Es cierto que en otros ordenamientos la disciplina de la sociedad anónima se acomoda preferentemente a su significación como forma social propia de la gran empresa —ése es el *tipo prevalente*, el tipo que, en definitiva, prevalece en su configuración positiva—, pero a la vez esa disciplina legal, respetuosa en alto grado con la autonomía de la voluntad se caracteriza por una gran flexibilidad, gozando así de una *polivalencia funcional*, algo que convierte a la sociedad anónima en una forma social susceptible de utilización por la pequeña y la mediana empresa, y algo también que, en cierta medida, viene a convertir a la sociedad de responsabilidad limitada en un tipo social residual, cuando no superfluo.

119

Todo ello explica el hecho de que mientras en el Derecho alemán la sociedad de responsabilidad limitada, más flexible, y sin sujeción a un tipo mínimo elevado del capital social, resulta ser la forma de sociedad capitalista utilizada por las empresas de cualquier dimensión, incluida, cada vez más, la gran empresa, en los ordenamientos originariamente inspirados en el modelo latino tradicional —como sucede en el nuestro—, las más pequeñas empresas podrán revestir la forma de sociedad anónima; es más, la técnica de la “reserva de la forma” en el sentido de imponer a las sociedades de responsabilidad limitada un capital máximo relativamente modesto y un número

máximo de socios, condujo necesariamente a su casi exclusiva utilización por la pequeña empresa.

120

Si esta tendencia parece estar cambiando es justamente porque nuestra Ley de sociedades anónimas de 1951 se ha convertido, por obra de la adaptación y la reforma parcial de 1989 en un ordenamiento de la sociedad con un cierto incremento de su rigidez, en tanto que la sociedad de responsabilidad limitada, liberada ya del límite del capital máximo en cincuenta millones de pesetas, y —según está ya aprobado en los trabajos de reforma de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada— del límite del número máximo de cincuenta socios, ofrece ahora y acabará ofreciendo en la nueva ley, si, en la posterior tramitación del anteproyecto se mantiene este último criterio, una fórmula más ágil o abierta, a la que podrán acogerse empresas de muy distinta dimensión (sobre tipos societarios y dimensión de la empresa, v. ult. en nuestra doctrina EMBID IRUJO, ob. cit. págs. 12 y sigs.). Entiendo que, de este modo, se está apuntando hacia una “inversión de los términos de las relaciones entre ambas formas societarias”. Como añade GONDRA —siguiendo a BEHRENS— “la justificación de la existencia de la “limitada” y su significación práctica están en función directa de la mayor o menor flexibilidad que reviste el Derecho regulador de la “anónima” (GONDRA, ob. cit. págs. 916 y 927). En este sentido se ha podido decir también que “el éxito de la sociedad de responsabilidad limitada depende más de la Ley de sociedades anónimas que de su propia Ley”, pues allí donde la ley de sociedades anónimas da respuesta a las exigencias de la empresa de pequeña y mediana dimensión (viabilidad de una estructura personalista, simplicidad en la constitución y agilidad en el funcionamiento de los órganos sociales) la sociedad anónima se convierte en el tipo social preferido (v. OTERO LASTRES, ob. cit. pág. 1135).

5. Todo ello está indicando la necesidad de una “reordenación del Derecho de las sociedades de capital” en nuestro sistema. Se trata de una cuestión, tal vez no suficientemente

meditada —no hay por qué ocultarlo— en la reciente reforma de 1989, y que debería reclamar una atención más cuidadosa en la elaboración de la nueva ley de sociedades de responsabilidad limitada y, de modo más completo, en los trabajos para la preparación de una ley general de sociedades. Entiendo que, en alguna medida, lo que ahora sucede, es que en nuestra más reciente reforma del Derecho de sociedades anónimas hemos dado un moderado, pero significativo paso hacia la afirmación de la sociedad anónima como forma social predispuesta para la gran empresa (“Aktiengesellschaft”), con un cierto incremento de su rigidez legal. Esta “contaminación” más o menos acusada del modelo alemán no es ninguna sorpresa. Es, de algún modo, una consecuencia necesaria de la “germanización” inicial del Derecho comunitario europeo de sociedades (v. Antonio POLO, Discurso pronunciado en el acto de investidura como “Doctor honoris causa” por la Universidad de Granada, 1991, págs. 26 y sig.). En cierta manera se trata de algo que nos hemos visto obligados a asumir tras nuestro ingreso en la Comunidad Europea: el influjo de una orientación legislativa que supone una cierta “desviación” de nuestra tradición.

121

Pero no sería correcto desorbitar el alcance de esa “contaminación” de las orientaciones germánicas. Por un lado habría que decir que, al margen de esa influencia, la tendencia hacia la “rigidez” de la disciplina de la sociedad anónima es un hecho generalizado, determinada, sobre todo, por “la creciente introducción de normas imperativas protectoras (de las minorías de socios, de los inversores y de los acreedores), pensadas para la gran “anónima abierta” que se financia en el mercado de capitales” (GONDRA, ob. cit. pág. 920). Por otro lado, y de modo más significativo para nuestro propósito en este momento, tampoco se pueden exagerar los términos en que se manifiesta esa rigidez en nuestra regulación actual de la sociedad anónima, ni ignorar la pérdida de flexibilidad de la sociedad de responsabilidad limitada que puede llevar consigo la tendencia de aproximación a la sociedad anónima que se ad-

vierte en nuestra última reforma parcial de esta forma social (v. SÁNCHEZ RUS y RUANO BORRELLA, *La reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, Revista Crítica de Derecho inmobiliario, 1988, págs. 825 y sigs.). Como ha escrito recientemente Antonio POLO, en su ya citado discurso, reflexionando sobre este tema de la selección y delimitación de los tipos sociales (tema de permanente atención en toda su fecunda obra de investigación del Derecho de sociedades, ahora contemplado a la luz de la última reforma de las sociedades de capital): “La ausencia de una eficaz reserva de forma de la sociedad anónima permanece ante la fijación de un capital mínimo poco menos que simbólico, y el aplazamiento de la reforma de los órganos sociales, que son los que pueden otorgar una nueva estructura a la sociedad anónima que la devuelva a su originaria y primitiva función de ser el instrumento de organización de las grandes empresas, verdaderamente anónimas en la composición y número de su accionariado, y que acuden para su financiación al mercado de capitales. La mayor rigidez o, si se prefiere, el mayor rigor que aporta la reforma a la organización y funcionamiento de la sociedad anónima difícilmente es suficiente para contrapesar su probada polivalencia, y ello porque, al propio tiempo, se ha comenzado a tratar con el mismo rigor a la sociedad de responsabilidad limitada. El corolario que de ello se puede extraer es que no sólo no se ha resuelto el problema tipológico que afectaba a la sociedad anónima, que, aunque atenuado subsiste en parecidos términos a los de la etapa que se acaba de cerrar, sino que, en aras de la resurrección de la otra forma social capitalista, se ha empezado a ‘descaracterizar’ o desnaturalizar el tipo de la sociedad de responsabilidad limitada tratando de convertirlo en un módulo equiparable e intercambiable al de la sociedad anónima... (lo que) puede conllevar un nuevo fracaso de la sociedad de responsabilidad limitada, que si no llegó a cuajar plenamente en nuestro ordenamiento no fue tanto debido a sus características tipológicas —que ahora parece que se comienza a abandonar— cuanto a la polivalencia de

su competidora y a su propia y deficiente regulación legal” (ob. cit. pág. 39).

La “reforma parcelada” de la ley de 1953, acentuando la aproximación de la sociedad de responsabilidad limitada a la sociedad anónima ha sido por todo ello, y en buena parte justificadamente, objeto de muy variadas críticas en la doctrina. Si los rasgos con significación tipificadora de la sociedad de responsabilidad limitada —como pueden ser la responsabilidad limitada y la consiguiente existencia de un capital de garantía, la prohibición de incorporar las participaciones sociales a títulos negociables, la autonomía estatutaria en la configuración de la estructura organizativa interna, el establecimiento de un régimen de restricciones a la transmisibilidad de las participaciones sociales y el carácter marcadamente personalista de la posición jurídica de socio— se desvanecen en el sentido de que son elementos configuradores que, de uno u otro modo pueden tener cabida en una sociedad anónima flexible, no se sabe bien en qué queda anclada la identidad tipológica de la sociedad de responsabilidad limitada. En este mismo sentido se ha podido decir que “el reforzamiento dentro del nuevo régimen de la sociedad anónima del principio de libertad de pactos, la expresa admisión de prestaciones accesorias, las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones y la aplicación a las acciones nominativas no documentadas de las reglas que gobiernan la cesión de créditos son otros tantos factores que dificultan aún más la diferenciación de ambas figuras” (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, ob. cit. págs. 170 y 176).

En todo caso no parece correcto entender que nuestra última reforma de la sociedad anónima ha incrementado la flexibilidad de esta forma social frente a la disciplina anterior. Nos parece —como hemos indicado anteriormente— que la adaptación a las directivas comunitarias y la misma reforma parcial introducida han hecho crecer la imperatividad y rigidez de la normativa sobre la sociedad anónima en no pocos aspectos (requisitos de constitución y de la fundación simultánea, nulidad de la sociedad, aportaciones sociales, intervención de

expertos independientes, negocios sobre las propias acciones, representación del accionista en la junta general, representación de la sociedad, responsabilidad de los administradores, cuentas anuales, revisión de las cuentas y el informe de gestión por auditores de cuentas, modificación de los estatutos, derecho de suscripción preferente, requisitos de la fusión y la escisión, disolución judicial de la sociedad, etc.). Lo que sucede es más bien que en esta materia la reforma de la sociedad anónima se ha quedado a mitad de camino pues, ni la exigencia del capital mínimo de diez millones de pesetas resulta seria desde la perspectiva de la reserva de esa forma social para su exclusiva utilización por la gran empresa, ni la afirmación de la autonomía de la voluntad camina en esa dirección a pesar del respeto debido a “los principios configuradores de la sociedad anónima”, ni, en fin, se ha procedido —en espera de la siempre aplazada aprobación de la quinta directiva— a una ordenación de los órganos de la sociedad más en consonancia con la realidad del funcionamiento de esos órganos en la gran y moderna sociedad anónima. Al lado de todo ello la aproximación global de la sociedad limitada a la sociedad anónima, la supresión de la cifra del capital máximo, y eventualmente del número de socios en aquella sociedad de responsabilidad limitada, ha generado una gran preocupación acerca de la diferenciación tipológica de una y otra forma social (v. Antonio POLO, ob. cit. págs. 30 y sigs.).

6. Por este lado no sé si el camino de la reforma iniciada nos conduce a la reordenación más adecuada del Derecho de las sociedades de capital. Es probable que una revisión más completa y más profunda de la materia nos lleve a pensar que el “sistema de doble corporación” de las sociedades de capital se presenta ahora como un sistema fundado en una “creación artificial” de la sociedad de responsabilidad limitada, sospecha que no ha dejado de estar presente, como cuestión permanentemente abierta, en la historia positiva, ya centenaria, de esta forma social (v. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, ob. cit. pág. 168);

y en qué medida, por tanto se debe ir —como algunos autores han venido defendiendo— a una única forma social capitalista, la sociedad anónima, con un triple modelo o tipo: la sociedad anónima cerrada, la sociedad anónima abierta y la gran sociedad anónima, confiando la posibilidad de acceso a uno u otro tipo a una simple modificación estatutaria.

Esta y otras tendencias semejantes, muestran una notoria influencia del Derecho inglés, claramente inspirado ahora en la idea de la unidad de la *company*, la unidad de la forma de sociedad capitalista, con una *polivalencia funcional* derivada de la pluralidad de tipos dentro de una misma forma social. No es ésta ciertamente una tendencia doctrinal o positiva dominante en el Derecho comparado, al menos en los países europeos comunitarios, y no es tampoco el camino que estamos siguiendo con la nueva ley de sociedades de responsabilidad limitada. Por lo que se percibe, parece gozar de mayor peso lo que sería una aproximación a la opción alemana con una sociedad anónima dotada de la organización propia de la gran empresa, y una sociedad de responsabilidad limitada “concebida como un instrumento organizativo de ‘uso múltiple’ y estructura normativa ‘flexible’ sobre la base de potenciar al máximo la ‘autonomía privada’ en su configuración estatutaria” (GONDRA, ob. cit. pág. 930). No está nada claro que ésta sea la solución ideal. Volvemos con la sociedad de responsabilidad limitada al problema de tipología que nos planteó la sociedad anónima en la Ley de 1951: nos encontramos con la necesidad de una sociedad de responsabilidad limitada para empresas de estructura “corporativa” próxima a la sociedad anónima, y a la vez con la necesidad de una sociedad de responsabilidad limitada para empresas de estructura personalista familiares o “cerradas”.

No es extraño que algunos autores propugnen la necesidad de una diferenciación “tripartita” de los tipos societarios de responsabilidad limitada, de acuerdo con los tres tipos de organización societaria que ofrece la realidad empresarial (GONDRA, ob. cit. pág. 934): la gran empresa que acude al

ahorro público para su financiación, la empresa de carácter "corporativo" próximo a la anónima, pero con un número estable y más bien reducido de socios, y, finalmente, la más modesta sociedad de personas o sociedad familiar con responsabilidad limitada; y en consonancia con este modo de pensar propugnan, bien la gran sociedad anónima y la diversificación en dos tipos, uno más "corporativo" y otro más personalista, de la sociedad de responsabilidad limitada, bien la creación de una dualidad de tipos de sociedad anónima de acuerdo con aquellos dos modelos de empresa, y la reserva de la sociedad de responsabilidad limitada para la empresa "cerrada" o familiar. Pero me parece que —a pesar de la resistencia encontrada en grandes sectores doctrinales— por ahí nos vamos acercando a aquella solución anglosajona de la "unidad de la company", unidad de *forma* de la sociedad capitalista, con una *polivalencia funcional* derivada de la *pluralidad de tipos* —pocos, pero flexibles— dentro de una misma forma social. En todo caso —como indicaba también en otra ocasión— se trata, de algo que no parece viable entre nosotros hasta que se proceda a una reelaboración total —incierta en este momento— de nuestro Derecho de sociedades. Entre tanto seguiremos contemplando su evolución actual, sobre todo en el ámbito de la gran sociedad anónima, que tanto por la importancia de la actividad económica a que se dedica, como por la notable dimensión de la empresa que se cobija en esta forma social, como por su recurso al ahorro público, como en fin, por su misma incrustación en el Derecho del mercado de capitales, se presenta cada vez más, bajo el impacto del control público; diríamos —en términos tomados de Angel ROJO— como una *sociedad anónima especial*, una sociedad de *estatuto administrativizado*. Este proceso dará la medida de la ruptura que el criterio de la dimensión de la empresa produce y producirá cada vez más en la concepción de las formas y los tipos sociales; y advertirá también —poniendo una vez más de relieve la progresiva expansión del viejo Derecho mercantil— hasta donde llegará la concepción e instrumentalización de las formas sociales

mercantiles —especialmente de la sociedad anónima— como simples *técnicas de organización*, susceptibles de ser utilizadas por entidades lucrativas o no lucrativas para el cumplimiento de sus fines.

7. Pero dejemos este camino, lleno de posibilidades y conjeturas. En lo que ahora estamos es en la elaboración, que se antoja urgente, de la ley de sociedades de responsabilidad limitada. ¿Qué se puede decir sobre los trabajos preparatorios de esta Ley? Para lo que en este momento interesa, tal vez lo más notable son estos datos: de un lado, se produce la gran apertura de esta forma de sociedad al mantener la supresión vigente del capital máximo, e introducir también la supresión del límite máximo del número de socios; y por otro lado, se recortan las posibilidades de la forma social, manteniendo la prohibición de representar las participaciones sociales por medio de títulos o anotaciones en cuenta, la prohibición de la libertad absoluta de transmisión de las participaciones, el desembolso total del capital al constituirse la sociedad, y la prohibición de emitir obligaciones. Recuerdo estos datos porque no parece dudoso que si en la posterior tramitación del anteproyecto se mantienen esos criterios, la sociedad de responsabilidad limitada no será ya una forma reservada para la pequeña empresa con limitación de responsabilidad; y será posible su utilización por toda clase de empresas, siempre que superen el capital mínimo —de quinientas mil pesetas— hasta llegar —eso sí— a la frontera de las empresas que acudan al ahorro público.

Esta ancha zona de soberanía del sistema de dualidad de tipos de sociedades de capitales (anónimas y limitadas esencialmente), provoca —como hemos visto— cierta perplejidad ante lo que quizás debiera ser una más ajustada tipología societaria. Hay aquí —como también hemos insinuado— cuestiones de política jurídica que impulsan hacia una cierta reordenación del Derecho de las sociedades de capital. Si —como hemos indicado— la sociedad anónima parece evolucionar en nuestra

reciente reforma, hacia la forma propia de la gran empresa se va a producir —se está produciendo ya, como efecto reflejo— la mayor utilización de la sociedad de responsabilidad limitada; y parece obvio también que la continuidad de ese cambio de tendencia, con el abandono de la preferencia por la sociedad anónima, va a depender, en buena parte, de lo que hagamos con la sociedad de responsabilidad limitada en la proyectada ley.

128 Esta simple enunciación de la cuestión explica las dudas que pueden asaltarnos a la hora de fijar la disciplina de la nueva sociedad de responsabilidad limitada. ¿Qué *función* ha de cumplir en relación con la dimensión de la empresa? ¿Cómo debe fijarse su estructura en consonancia con esa función? ¿Qué camino seguir en la configuración del tipo legal prevalente de sociedad de responsabilidad limitada? ¿El camino que nos lleve hacia su preferente significación como una sociedad personalista, es decir, como una “sociedad colectiva con responsabilidad limitada”, tal como se dibujó en sus orígenes, o, más bien, el camino que conduce a su cualificación prevalente como un nuevo tipo de sociedad capitalista, más próximo a la sociedad anónima?

Son estas preguntas las que producen cierta vacilación o inseguridad, tanta que en la misma doctrina que critica, en buena medida tan fundadamente, la tipología resultante de nuestra última reforma, suele echarse de menos un criterio seguro sobre la función y la estructura que debe tener la sociedad de responsabilidad limitada; en definitiva, sobre el camino a seguir en la reforma. No tengo inconveniente en aventurar una respuesta —nada original en la ya larga historia de esta forma social— que ha de ser tomada, en todo caso, como una respuesta exclusivamente personal. Estimo que en el ámbito de las relaciones externas de representación y, muy especialmente, de la responsabilidad de la sociedad, la limitación de responsabilidad y, en consecuencia, la específica protección de los socios y terceros, aconseja aproximar el estatuto de la sociedad de responsabilidad limitada a la normativa de

la sociedad anónima; esa es, a mi juicio, la normativa hacia la que deberá mirarse preferentemente para fijar toda la regulación de defensa del capital social (en la que habrá que incluir como novedad en nuestro ordenamiento la disciplina sobre *infracapitalización* nominal y material de la sociedad), la normativa de las cuentas sociales condicionada ahora por las directivas comunitarias, el control de cuentas y gestión de los administradores y su régimen de responsabilidad.

Más dudas se suscitan cuando se piensa en la disciplina que debe presidir la estructura interna (estatuto de los socios, relaciones socio-sociedad, auto-organicismo, prestaciones accesorias, transmisión de participaciones sociales, etc.). En este punto caben dos orientaciones: bien configurar la sociedad de responsabilidad limitada como una sociedad cerrada o familiar dejando abierta la puerta a los socios para que en la escritura y los estatutos sociales puedan alejarse de ese modelo y aproximarse a una sociedad netamente capitalista, como es la sociedad anónima; bien configurar el tipo legal prevalente como una sociedad abierta o capitalista confiando a la autonomía de la voluntad de los socios la inclusión de cláusulas estatutarias que introduzcan, en lo que se considere oportuno, una disciplina más adecuada a la sociedad de significación más familiar o personalista. En este punto siempre me he inclinado hacia una moderada primacia de la primera orientación. Entiendo que, tanto por lo que ha significado la sociedad de responsabilidad limitada entre nosotros, como por la necesidad de una mayor diferenciación de los tipos de sociedades capitalistas (sin merma de la conveniente flexibilidad), como por el hecho mismo de que las sociedades de más de 500.000 y menos de 10.000.000 de pesetas de capital social —es decir, una buena parte de nuestras empresas que quieran limitar la responsabilidad de los socios sólo podrán adoptar esta forma social—, como, en fin, porque a pesar de la tendencia mayoritaria contraria, algo nos enseñan en este sentido en favor de la “personalización” de esta forma social tanto la práctica societaria alemana, como la más reciente legislación inglesa.

Se siga o no este camino no deberá olvidarse la *polivalencia funcional* que ahora está llamada a cumplir la sociedad de responsabilidad limitada entre nosotros, dejando libre el juego de la autonomía de la voluntad para que por la vía de la escritura social se puedan alterar las normas que configuran aquel tipo legal prevalente, y acercarlas a las necesidades de una sociedad capitalista más abierta como es la sociedad anónima. La supresión de la cifra del capital máximo y, eventualmente del número máximo de socios en la sociedad de responsabilidad limitada, y, de otro lado, la fijación de un capital mínimo tan exiguo en la sociedad anónima, a los efectos de la reserva de esta forma social para la gran empresa, daría lugar así a una disciplina de la sociedad de responsabilidad limitada con un tipo legal prevalente como sociedad personalista en el ámbito de las relaciones internas, y una normativa de la sociedad anónima con el tipo legal prevalente más propio de la gran empresa; en uno y otro caso con una polivalencia funcional que dentro de ciertos límites permitirá utilizar la sociedad de responsabilidad limitada, por la vía de la escritura social a las sociedades de significación más capitalista, y configurar la sociedad anónima por el cauce de las cláusulas estatutarias para empresas que elijan esta forma y se propongan acentuar la significación personalista de la empresa. Por aquí parece que estamos, en definitiva, caminando, tal vez sin una reflexión suficiente sobre la tipología de las distintas formas sociales; porque en definitiva no va a ser mucho el camino andado y la mayor o menor utilización de una y otra forma social va a depender ahora del grado de flexibilidad que se alcance en la nueva normativa sobre la sociedad de responsabilidad limitada. Entiendo que, en todo caso, esta andadura permitirá comprobar la experiencia de una utilización plural o de una polivalencia funcional de la sociedad de responsabilidad limitada, algo que de generalizarse nos volverá a los problemas de tipología social que planteó, en relación con las sociedades anónimas, la ley de 1951; y de otro lado, permitirá recorrer un camino que sirva de contraste y reflexión a la posterior

reordenación de los tipos de sociedad capitalista en el marco —si esa ha de ser la orientación— de la unidad de la forma, con pluralidad de tipos, de la sociedad capitalista.

8. En todo caso, no estoy nada seguro de que en esta materia el Anteproyecto que estamos elaborando acierte de modo absoluto en la dirección que se debe seguir. La influencia de la disciplina “corporativa” de la sociedad anónima —no hay por qué ocultarlo— está siendo notoria, aunque se estén dejando sentir algunos rasgos característicos de las sociedades personalistas y no falte, claro está, la necesaria flexibilidad normativa para lograr la acomodación del tipo social a las modalidades prácticas o reales de las empresas. Con todo esto, no puedo ocultar mi constante preocupación por el hecho de que el tipo prevalente en la nueva Ley de sociedades de responsabilidad limitada acabe siendo también un tipo “híbrido”, no bien dibujado, con mucho de sociedad limitada de estructura corporativa y algo de sociedad colectiva de responsabilidad limitada. En todo caso entiendo que si queremos llegar a un ajuste adecuado de los distintos tipos de sociedades mercantiles a la realidad de nuestras empresas se impone —como se ha podido decir— una “profunda reflexión global del conjunto de los tipos sociales y de sus relaciones mutuas” (GONDRA, ob. cit. pág. 918; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, ob. cit. pág. 169) y no veo modo de lograr esto, más que acudiendo a una ordenación total y coherente de las distintas formas de sociedad mercantil, dentro de la preparación, sin prisa pero sin pausa, de una Ley general de sociedades. Se trata de una ambiciosa tarea, ya iniciada en la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, por la que vengo abogando —aunque sea todavía con escasos resultados— desde hace ya varios años.

La tarea inmediata está centrada ahora en la elaboración de un Anteproyecto de ley de sociedades de responsabilidad limitada, trabajo que debe concluir la Sección a lo largo de este curso. Siempre hemos creído que estos trabajos de la

Sección deben someterse a información pública, acudiendo, al menos, a las instituciones, representaciones profesionales y estudiosos de la especialidad más afectados o más interesados por estas reformas de la legislación mercantil. No es necesario encarecer la específica importancia de esta labor de información en todo lo que se refiera al Derecho de sociedades. Ese nos parece el camino a seguir para la mejora técnica y sustantiva de los anteproyectos que se vienen elaborando, evitando, en cuanto sea posible, los cambios precipitados o aislados que tanto perjuicio pueden causar a la calidad de las leyes, y tanto contribuyen incluso a deteriorar, sin causa justificada, la imagen de los órganos que realizan cuidadosamente, con toda la crítica que merezca su labor, cualquier trabajo prelegislativo. No estará de más hacer esta observación cuando estamos tratando de concluir la preparación del primer texto que servirá de base al Anteproyecto de reforma de las sociedades de responsabilidad limitada. Las ideas expuestas en estas modestas reflexiones sobre el sistema dualista sociedad anónima-sociedad de responsabilidad limitada en la caracterización tipológica de las sociedades de capital muestran, una vez más, la complejidad del tema, el riesgo de caer en nuevas desorientaciones y la necesidad de un debate que contribuya seriamente a la mejora técnica y sustantiva de tan importante disciplina sobre la sociedad de responsabilidad limitada, y nos ayude a seguir con buen paso hacia una reordenación general de nuestro Derecho de sociedades.

A) Derecho Notarial

DERECHO DE INFORMACION DEL ACCIONISTA FRENTE AL INTERES LEGITIMO PARA SOLICITAR COPIA

(Res. de la R.G.R.N. 17-10-1991)

La Revista agradece a nuestro compañero José Manuel Rodríguez Poyo-Guerrero su amable disposición para hacernos llegar la importante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17-10-1991, que confirma su decisión de denegar la petición de copia de una escritura, en razón de la cual, la sociedad, de la que eran socios los solicitantes, vendió unas propiedades a tercera persona.

El notario, en su escrito, pone de manifiesto: que el derecho de información del accionista no constituye interés legítimo suficiente a los efectos del art. 224 del R.N. ya que, por una parte, aquel derecho tiene sus propios cauces normativos y, de otra, implicaría, sobre la ordinaria “acción social de responsabilidad” (del art. 134 L.S.A.), la adición de una especial “acción individual de responsabilidad” de cada socio frente al órgano administrativo, que vaciaría de contenido la “acción de indemnización” a que se refiere el 135 de L.S.A.

Sobre esta base el Centro Directivo orienta su doctrina: si los documentos expresan operaciones societarias de naturaleza unilateral relativos a la arquitectura social, estima que debe aceptarse la existencia de un interés legítimo. Pero, cuando

—como es el caso— concierne a los negocios realizados por la sociedad con terceros, el interés del accionista sólo se ve mediatamente amparado por el derecho de información, que no justifica el interés legítimo reconocido por el art. 224 del R.N.

A continuación, reproducimos la Resolución que, por su claridad y acierto, habla por sí sola.

“En el recurso de queja interpuesto contra Don José Manuel Rodríguez Poyo-Guerrero, Notario de Madrid, por su negativa a expedir copia de escritura pública.

ANTECEDENTES DE HECHO

136

1.º Que el 9 de Agosto de 1990 interpusieron recurso de queja contra el Notario de Madrid, Don José Manuel Rodríguez Poyo-Guerrero, exponiendo: Que el 2 de Agosto de 1990 habían solicitado del citado Notario copia de la escritura otorgada por aquél el 20 de Julio de 1990 con el n.º 237 de orden, mediante la que la Sociedad IGECOSA segregaba y vendía a favor de la compañía RADICHI, S.A., unas propiedades sitas en Valladolid, alegándose la condición de Administradores de las sociedades INFAPER, S.A., BALSERA, S.A. e INFOGROUP Estrategias Informáticas S.A., acreditándose interés legítimo para la obtención de la copia por ser estas sociedades titulares de acciones representativas del 57,5% del capital social de IGECOSA; que el Notario recurrido denegó el interés legítimo de los peticionarios; que como fundamentos de derecho a aplicar al caso alegaba: que poseían legitimación suficiente para la interposición del recurso; que había sido infringido el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo en cuanto a que la notificación del Notario Sr. Rodríguez Poyo-Guerrero no se ajustó a lo indicado en

este artículo; que la cuestión planteada se enmarcaba dentro de lo dispuesto en el artículo 224 del Reglamento Notarial, y en concreto sobre la apreciación del 'interés legítimo' de las sociedades que representaban había que estar a lo establecido por las Resoluciones de 11 de Junio de 1986, y 9 de Diciembre de 1981; que al amparo de lo ordenado por las normas y doctrina citadas no cabía duda sobre el derecho de información de las sociedades peticionarias, y de su interés legítimo para solicitar la copia en cuestión, derecho conectable con el ejercicio de acciones judiciales, y en concreto con la prevista en el artículo 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; que no se veía el perjuicio que se podía derivar para el otorgante IGECOSA por el hecho de la expedición de la copia, y si podía haber perjuicio para los intereses sociales, como consecuencia del retraso en el conocimiento de los actos realizados por el Administrador Unico; que suplicaba se revocara el acuerdo del Notario de Madrid Don José Manuel Rodríguez Poyo-Guerrero, y se ordenara la expedición de la copia solicitada de la escritura de 20 de Julio de 1990 n.º 2374 de protocolo.

137

2.º Que el Centro Directivo el 16 de Agosto de 1990 remitió el escrito de recurso al Ilustre Colegio Notarial de Madrid, a los efectos del reglamentario informe de su Junta Directiva, oído el Notario interesado.

3.º Que Don José Manuel Rodríguez Poyo-Guerrero, Notario de Madrid, el 28 de Agosto de 1990 informó: Que teniendo en cuenta el contenido de la escritura n.º 2374/90 de su protocolo, cuya copia se solicitaba, así como las razones alegadas por los solicitantes en cuanto accionistas de IGECOSA, y el interés legítimo a que se refiere el artículo 224 del Reglamento Notarial, y la Resolución de 11 de Junio de 1986, y evidenciando que no se apreciaba posible perjuicio para los otorgantes, estimaba que faltaba el interés legítimo en las sociedades solicitantes, ya que, tratan de ponderar con la

lectura de la copia, el ejercicio o no de acciones frente al Administrador Unico de la sociedad vendedora, y los derechos de socio tienen el adecuado cauce jurídico en la Junta General, y el reconocer un interés legítimo en la obtención de copias significaría el superponer a la ordinaria acción social de responsabilidad del artículo 134 de la Ley de Sociedades Anónimas, una especial acción individual de cada socio frente al órgano de administración que dejaría vacía de contenido la acción de indemnización del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas; que siendo inexistente el interés legítimo en los solicitantes, quedaría afectado el secreto de protocolo, faltando dos de los tres elementos que el Notario debe ponderar a la hora de expedir copia según la resolución citada; que el interés legítimo a que se refiere el artículo 224 del Reglamento Notarial debe ser 'jurídico', en el sentido de que de él se deriven el ejercicio de derechos o el cumplimiento de obligaciones, directamente, y en este caso el ejercicio de los derechos de los socios frente a los Administradores de la Sociedad, tienen su adecuado cauce directo en el ejercicio de las acciones que la Ley concede a los accionistas, entre los que no está el de obtener copias de los negocios jurídicos formalizados por los Administradores de la Sociedad; que en consecuencia estimaba que los solicitantes de las copias no tenían 'interés legítimo' necesario para obtener las aludidas copias, sin perjuicio de que puedan ejercitar sus derechos de socios por los cauces establecidos en la legislación Mercantil.

4.º Que la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, el 9 de Septiembre de 1990 acordó informar: Que la cuestión suscitada se contrae a determinar si el accionista de una sociedad anónima tiene, por el hecho de serlo, derecho a obtener copia de un documento otorgado por la misma; que el socio, mayoritario o no, tiene su derecho reconocido por la Ley, a conocer la marcha de los negocios sociales, que se articula a través del derecho de información, que regula

la Ley de Sociedades Anónimas; que la titularidad de este derecho no lleva consigo el interés legítimo 'en el documento' que exige el artículo 224 del Reglamento Notarial para obtener copia del mismo, y este interés ha de ser jurídico, es decir que de él deriven directamente el ejercicio de derechos, lo que en este caso no ocurre, el secreto del protocolo quedaría violado claramente si así se reconociera; que la expedición de la copia no produciría perjuicio alguno para los otorgantes de la escritura, pero ello sólo no es suficiente, ya que han de ponderarse los demás elementos a que la Resolución de 11 de Junio de 1986 alude, el secreto del protocolo y el interés legítimo del peticionario; que el considerar que en los recurrentes no concurre el interés legítimo que exige el artículo 224 del Reglamento Notarial, no significaba que quedaran privados de la posibilidad de conocer el documento en cuestión, y se produjera un caso de indefensión, ya que este interés puede ser ejecutado a través del derecho de información del accionista, y si la propia Sociedad otorgante, de la que los solicitantes son socios mayoritarios, fuera quien, a través de sus órganos de representación, pidiera copia, ésta le sería expedida por aplicación directa del artículo 224 del Reglamento Notarial, y en su caso, del artículo 17 de la Ley del Notariado.

139

VISTOS los artículos 17 de la Ley del Notariado, 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 59.2 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 224 y siguientes del Reglamento Notarial, la Orden Ministerial de 9 de Noviembre de 1976 y las Resoluciones de 11 de Agosto de 1914, 12 de Enero de 1922, 15 de Noviembre de 1923, 21 de Julio de 1945, 17 de Julio de 1963, 8 de Marzo de 1967, 5 de Junio de 1971, 18 de Noviembre de 1974, 3 de Julio de 1978, 11 de Junio de 1986 y 10 de Octubre de 1990, entre otras.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. No se puede tener en cuenta las alegaciones de los recurrentes respecto a los posibles defectos de forma de la *notificación del acto recurrido*, ya que, la interposición del recurso neutraliza las posibilidades de excepcionar tales defectos formales; además, sin perjuicio de que sería deseable una mayor precisión por parte del Notario en cuanto al tipo de recurso que cabe contra su decisión y el plazo para interponerlo, tampoco resulta del expediente, de forma clara, que se haya infringido el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

140

2. El objeto de este recurso se centra en determinar si el socio de una compañía mercantil anónima, por el mero hecho de ser accionista —y, aún siéndolo mayoritario— está legitimado para obtener copias de los instrumentos públicos otorgados por el órgano de administración de aquélla.

3. La obtención de copias de un instrumento público, dado el carácter secreto de éste, es una facultad que el artículo 224 del Reglamento Notarial sólo reconoce a tres categorías de posibles interesados: los otorgantes, aquéllos en cuyo favor resulta de la escritura algún derecho —ya sea directamente, ya adquirido por un acto distinto de ella—, y a quienes acrediten tener interés legítimo en el documento.

4. Excluido en los recurrentes el carácter de otorgantes de la escritura, así como el de titulares de derechos derivados —directa o indirectamente— de ella, su pretensión sólo puede descansar en que acrediten tener interés legítimo en el documento.

A tal efecto, cabe considerar que el interés del accionista en acceder a los documentos en que se han formalizado actos o negocios sociales, o que hayan sido otorgados por la sociedad, tiene una relevancia jurídica bien diversa. Dicha preten-

sión encuentra pleno apoyo normativo cuando versa sobre el conocimiento de actos o negocios a través de los cuales se crea, modifica o extingue la arquitectura social pues en definitiva, configuran y definen la estructura de la relación social y de la posición jurídica del socio. Mas, por el contrario, tratándose de negocios celebrados por el ente social con terceros —que respecto del socio se presentan como '*res inter alios facta*'— el interés del accionista sólo se ve mediatamente amparado por las normas que tutelan el derecho de información del socio.

5. El interés en que fundan su pretensión los recurrentes parece que puede encontrar algún apoyo normativo en los preceptos que establecen el derecho de información del socio. Empero ha de tenerse en cuenta que tal derecho de información, además de no revestir siempre carácter de absoluto, cuenta con un cauce tipificado para su ejercicio (ante la Junta General) en mérito, entre otras, a las exigencias que entraña el principio de la no injerencia del socio en la gestión social en esta clase de compañías mercantiles. No puede, pues, entenderse que la facultad de obtener copias de los instrumentos públicos sea una proyección de aquel derecho.

141

6. Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo que establece que para apreciar la legitimación de los que pretenden obtener copia hay que ponderar, además del interés legítimo del peticionario, el carácter secreto del protocolo y los posibles perjuicios que para los interesados se puedan derivar.

Y, de conformidad con tal doctrina, examinada la relevancia jurídica del interés de las entidades recurrentes, que no tiene por qué coincidir con el interés social aunque sea el de un grupo mayoritario, consideradas las consecuencias de una respuesta negativa a su solicitud, que no les produce indefensión por cuanto pueden llegar a conocer el documento en cuestión a través de otras instancias más adecuadas (en principio, sin

limitación alguna dada su cuota de participación en el capital social) y atendidas las demás circunstancias del caso, resulta que debe prevalecer el secreto del protocolo, y los intereses que tal principio salvaguarda, y procede confirmar la denegación de la copia.

Esta Dirección General ha acordado estimar correcta la actuación del Notario.”»

CIRCULAR DE LA JUNTA DE DECANOS SOBRE PETICION DE COPIAS POR AUTORIDADES TRIBUTARIAS

A. El deber general de colaboración con la Administración Tributaria y la expedición de copias.

143

1. El Protocolo no es un archivo público, sino un archivo privado en manos públicas. A pesar de su pertenencia al Estado (artículo 36 LN) éste no tiene un derecho indiscriminado a conocer su contenido que se haya protegido por el derecho de las personas a su intimidad (artículo 18 CE).

Esto no obsta a que el Estado, y en concreto la Administración, tenga derecho a conocer el contenido del protocolo en determinados supuestos. La Administración tiene, como cualquier otra persona, derecho a obtener copia de las escrituras contenidas en el protocolo en los supuestos determinados por los artículos 17 y 18 LN y 224 RN y concordantes.

Estos supuestos, una vez reconocido el principio general, no plantean problemas específicos y no vamos a ocuparnos de ellos.

2. Además de los supuestos mencionados, la Administración Tributaria tiene un derecho reconocido legal y jurisprudencialmente a conocer ciertos datos del Protocolo derivado del deber general de colaboración que se impone a los ciudadanos

en general y a las instituciones, profesionales y funcionarios, en particular y, de forma específica, a los Notarios (artículo 111 LGT y concordantes).

3. La concreción del deber de colaboración de los Notarios con la Administración Tributaria, se realiza a través del reconocimiento a la misma del derecho a obtener, en determinados supuestos, copias del Protocolo. Este derecho se delimita, con arreglo a la legislación y doctrina notarial, en la existencia de un interés legítimo tributario que justifica la expedición de determinadas copias a favor de la Administración. Esto supone:

1. La aplicación de todas las normas legales y reglamentarias sobre expedición de copias, en especial,

a) Que sólo el Notario en cuyo poder se halle legalmente el protocolo, estará facultado para expedir copias u otros traslados o exhibirlos a los interesados (artículo 31 LN y 222 RN).

b) La aplicación del artículo 224 RN en cuanto a la obligación de acreditar, a juicio del Notario, el interés legítimo para obtener la copia.

c) El recurso ante la Dirección General en caso de denegación de la copia (artículo 231 RN).

d) Obligación de notificar la denegación de la copia a dicho Organismo, por analogía de lo dispuesto en el artículo 232 RN.

2. La plena vigencia de lo dispuesto en el artículo 32 LN sobre inviolabilidad del Protocolo.

3. La aplicación de la doctrina de la Dirección General en torno a la expedición de copias.

B. Normas prácticas sobre expedición de copias a solicitud de la Administración Tributaria.

a) *Quién puede pedir las copias.*

4. Sólo pueden atenderse las peticiones que procedan de persona competente. Estas personas son:

4.1. Tributos no cedidos y actuaciones sobre impuestos cedidos cuando procedan de otra Comunidad Autónoma:

1. Jefe de la Unidad Central de Información, dependiente de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria (artículo 3 OM 26-5-86).

2. Inspector Jefe de las Dependencias de Inspección de las Delegaciones de Hacienda (artículo 5 OM citada).

3. Inspector Jefe de las Secciones de Inspección de las Administraciones de Hacienda (artículo 5 OM citada).

4.2. Impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas:

1. El Director General del Tributo cedido o el Inspector Jefe dependiente del mismo.

2. El Inspector Jefe de las Delegaciones o Secciones de Inspección de las Administraciones Delegadas, cuando las hubiera.

4.3. Tributos municipales:

1. Los Alcaldes.

5. Es de aplicar lo establecido en el artículo 230 RN (Resolución número 1692, de 5 julio 1978). En consecuencia el Notario podrá denegar la copia si el escrito viene firmado con estampilla, o se tiene dudas sobre la autenticidad de la firma. Aunque sólo en casos excepcionales podrá ser motivo de denegación de la copia, ya que con carácter general será de aplicación, por analogía, lo dispuesto en la regla tercera del artículo 168 RN.

b) *Forma y contenido de la petición de copia.*

6. La petición debe hacerse necesariamente por escrito dirigido al Notario titular del Protocolo.

7. La petición de copia debe contener los siguientes datos:

1. Actuación que lleva a cabo la inspección y en cuyo ámbito se solicita la copia.

2. Datos concretos que se quieren conocer a través de la petición de copia.

c) *Examen del derecho a copia.*

8. El juicio del Notario sobre el interés legítimo (artículo 224 RN) abarca los siguientes puntos:

1. Competencia del órgano peticionario e identidad de la persona que hace la petición y autenticidad del escrito de petición, en los términos ya examinados.

2. Si los datos solicitados tienen trascendencia tributaria en el expediente que origina la petición.

3. Si los datos solicitados obran ya en poder de la Administración, por constar su presentación por el interesado o por constar en las relaciones que obligatoriamente debe presentar el Notario.

d) *Ambito objetivo.*

9. El artículo 111 LGT excluye, por considerar están amparados por el secreto del Protocolo, de la obligación de información, los siguientes documentos: testamentos y condicilos abiertos, copia de las carpetas de los testamentos cerrados, el reconocimiento de hijos no matrimoniales y los documentos relativos a cuestiones matrimoniales, excepto las referentes al régimen económico de la sociedad conyugal. La mayoría de estos documentos quedan ya de por sí fuera del deber de información por tratarse de actos que carecen de trascendencia patrimonial. No ocurre lo mismo con los testamentos, de los que conviene fijar el alcance de su exención.

10. Con relación a los testamentos hay que distinguir:

1. Testamentos amparados por el secreto del Protocolo: los testamentos de persona viva, los testamentos revocados en vida por el testador y las cláusulas no patrimoniales de todo tipo de testamentos.

2. Testamentos no amparados por el secreto del Protocolo: cláusulas patrimoniales del último testamento de persona fallecida. Estos datos no quedan amparados por el secreto del protocolo y se podrá y deberá expedir copia a petición de la Administración, con sujeción a la doctrina de la Direc-

ción General sobre la materia que exponemos a continuación.

3. Según esta doctrina de la Dirección General, además de las personas que exhaustivamente enumera el artículo 226 RN, tienen también derecho a copia de un testamento las personas que acrediten, a juicio del Notario, un interés legítimo en conocer el documento (Resoluciones número 844, de 17 marzo 1930, 1223, de 26 febrero 1962, 1997, de 30 noviembre 1983, 2017, de 6 abril 1984 y 2132, de 3 febrero 1986).

4. Resulta oportuno recordar aquí la atinada observación de la Resolución de 17 julio 1963 (número 1260), reiterada por otras muchas Resoluciones posteriores (cfr. por todas la de 3 agosto 1978, número 1700), según la cual “en definitiva todo problema de expedición de copia implica un ponderado juicio del Notario, en el que se armonice el secreto del Protocolo, la posibilidad de razonables perjuicios para los otorgantes de la escritura, y el interés legítimo del peticionario, para resolver si puede expedirse copia total o parcial, testimonio en relación, o si lo que procede es la denegación de la solicitud”, y, en virtud de tan razonable observación es, asimismo, obligado entender que la copia a expedir en estos casos tiene que ser parcial y limitada, “al encabezamiento, comparecencia del testador y solemnidades formales, otorgamiento y autorización, además de la institución de herederos que es realmente el dato interesado” (Resolución número 2017, de 6 abril 1984).

147

e) *Los medios de comunicación del Protocolo.*

11. Según la Ley Orgánica del Notariado, los únicos medios de comunicación del Protocolo son la exhibición del mismo (artículo 32) o la expedición de copias (artículo 17 y 18). El Notario ha de hacer un esfuerzo interpretativo, cuando se le solicita, por desconocimiento de la terminología notarial, certificado o testimonio de una escritura. En estos supuestos lo que procede siempre es la expedición de copia, sin que esa inexactitud pueda ser motivo de denegación de la misma.

12. Sin embargo, una vez hecho el esfuerzo interpretativo,

hay que respetar el carácter exclusivo de esos medios de comunicación y así el Notario no podrá expedir certificaciones de los documentos públicos comprendidos en su Protocolo.

13. La petición de copias ha de hacerse con relación a instrumentos determinados y no pueden atenderse peticiones sobre si una persona ha otorgado o no, durante un largo período de tiempo determinados documentos (Resoluciones número 1152, de 19 julio 1952 y 1165, de 30 marzo 1955).

14. Cuando la Administración se limite a solicitar determinados datos sin especificar el medio de comunicación elegido para ello, la elección del mismo corresponderá al Notario. En muchos supuestos el medio más idóneo será el testimonio en relación, en el que el Notario comunique de forma exclusiva los datos solicitados con mención genérica de los datos de la escritura. También ha de considerar el Notario, como hemos señalado antes para los testamentos, si es conveniente la expedición sólo de copia parcial, que contenga aquellos elementos interesados y omitiendo aquellos otros cuya reserva deba respetarse (Resolución número 1997, de 30 noviembre 1983, en materia de petición de copia por mandamiento judicial).

148

15. En el ámbito que nos ocupa no procede la expedición de copias simples, aunque así se solicite. Además del criterio restrictivo para la expedición de estas copias que se deriva de su regulación reglamentaria (artículo 250 RN), abona esta opinión el hecho de que las copias expedidas pueden afectar a los otorgantes del documento, los cuales, como mínimo, tienen derecho a que quede constancia de su expedición en el Protocolo, para así poder tener, en su día, noticia del hecho.

f) *Expedición de las copias.*

16. Las copias se expiden sin derechos, en papel no timbrado, y sin perjuicio del reintegro a su tiempo (Aranceles Notariales, número 4, apartado 4). Parece prudente, no obstante, el uso del papel de los Colegios Notariales de España, a efectos de cumplir los preceptos sobre reseña de folios. En el

pie de expedición debe decirse claramente que se expide a los solos efectos de información fiscal.

g) *Petición de aclaración de la petición.*

17. Probablemente en la práctica se den muchos casos de peticiones que más que incorrectas sean incompletas por no comprender los datos precisos para la calificación notarial. En estos supuestos parece prudente, antes que denegar la copia, solicitar la ampliación de datos al órgano solicitante.

h) *La denegación de la copia.*

18. Cuando se considere que ha de denegarse la copia, por aplicación analógica de la doctrina sobre copias solicitadas por mandamiento judicial, habrá de hacerse en escrito razonado (Resolución número 1165, de 30 marzo 1955) que exponga amplia y detalladamente las razones de la negativa (Resolución número 1233, de 31 octubre 1962).

Dicha negativa ha de comunicarse a la Dirección General y a la Junta Directiva del Colegio. A la comunicación debe acompañarse fotocopia de toda la documentación (petición y contestación).

B) Derecho Fiscal

NOTAS SOBRE LA DIFERENTE TRASCENDENCIA FISCAL DE LOS INMUEBLES EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS

MIGUEL TARRAGONA COROMINA

Notario

151

El supuesto general que se va a contemplar en estas notas es el de la adquisición de uno o varios inmuebles como forma de inversión, en principio estable. Esta podrá efectuarla directamente la persona física o realizarla a través de una sociedad (1).

Distinguiremos los siguientes casos y sus consecuencias:

I. Adquirente persona física

Inmueble no afecto a actividad empresarial o profesional

La tenencia o explotación del inmueble por la persona física determinará en principio un rendimiento del capital inmo-

(1) Abreviaturas utilizadas:

LIR: Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

LIS: Ley del Impuesto sobre Sociedades, artículos modificados por la Ley antes citada.

RIR: Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (RD 1841/91, de 30 de diciembre).

biliario (siempre que el inmueble no se halle afecto a actividades empresariales o profesionales realizadas por el sujeto pasivo y entre ellas la actividad empresarial de alquiler de inmuebles, con los requisitos que veremos). Al igual que en la legislación derogada la nueva normativa distingue, para aplicarles diferente régimen, los bienes arrendados de los que no lo están y entre éstos últimos se encuentra, con especialidades, la vivienda habitual.

1. *Inmuebles arrendados.*

En este caso tienen la consideración de gastos deducibles los necesarios para la obtención del rendimiento. En cuanto a los capitales ajenos invertidos en la adquisición o mejora de tales bienes o derechos, son deducibles los intereses y demás gastos de financiación, con el límite de que “no podrá exceder de la cuantía de los rendimientos íntegros obtenidos por la cesión del inmueble o derecho” (35 A LIR). Estos “gastos de financiación”, a que hace referencia la nueva regulación incluirán todos los gastos e impuestos del crédito hipotecario. El problema se puede plantear cuando se adquieran varias entidades de una propiedad horizontal, pues según se considere “inmueble” al total edificio o a cada finca registral las consecuencias en orden a la limitación de deducibilidad de los intereses son diferentes para el caso de que algunos pisos no estén arrendados, no produzcan rendimientos. Una consideración global y unitaria de toda la finca atempera la limitación.

También tiene la consideración de gasto deducible (tratándose de inmuebles arrendados) “el importe del deterioro sufrido por el uso o transcurso del tiempo de los bienes de que procedan los rendimientos, en las condiciones que reglamentariamente se determinen” (1,5% anual del valor de la edificación, art. 8 Dos a) RIR). En este sentido hay un reconocimiento a una cierta amortización del bien.

2. *Inmuebles no arrendados.*

a) *El supuesto general:*

Tiene la consideración de rendimiento, “la cantidad que resulte de aplicar el 2% al valor por el que se hallen computados o deberían computarse (los bienes) a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio” (34 b LIR). Dicho valor, es el mayor de los siguientes: valor catastral, precio de adquisición o valor comprobado por la Administración a efectos de otros tributos. Se excluyen de esta regla el suelo no edificado y los inmuebles en construcción.

Por otra parte, sólo son gastos deducibles las cuotas y recargos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), que es así un impuesto a cuenta.

b) *La vivienda habitual:*

Tratándose de vivienda habitual, son gastos deducibles (además del IBI), los intereses de los capitales ajenos invertidos en su adquisición o mejora, con un máximo de 800.000 pesetas por sujeto pasivo (35 B LIR) o 1.000.000 de pesetas si se opta por la tributación conjunta.

Además, la adquisición de la vivienda habitual tiene como ventaja fiscal la deducibilidad del 15% de las cantidades satisfechas por principal para su adquisición o rehabilitación y la exención del incremento patrimonial por reinversión.

De no tratarse de la vivienda habitual o de actividad empresarial, dejan de ser deducibles los intereses de capitales ajenos invertidos en la adquisición de inmuebles no arrendados (segunda residencia y otros) y si están arrendados, como se ha dicho, no tienen el límite de las 800.000 pesetas, sino el de la renta que produzca el inmueble.

c) *El rendimiento en caso de parentesco:*

Señala el artículo 36 que “En el supuesto de inmuebles arrendados o subarrendados, cuando exista parentesco, hasta

el tercer grado inclusive, entre arrendador y arrendatario o entre subarrendador y subarrendatario, el rendimiento neto no podrá ser inferior al ...2% del valor computable a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio”. Dicho valor será, como se ha indicado, el valor de adquisición, el valor catastral o el comprobado por la Administración para otros impuestos, el más elevado de ellos.

La norma parte de la base de que existe un arrendamiento o subarriendo, no presumiéndolo, ni menos imponiéndolo a efectos fiscales. Hay que tener en cuenta no obstante, que el artículo 7 de la Ley, que trata de la estimación de rendimientos señala que “las cesiones de bienes o derechos ... se presumirán retribuidas por su valor normal de mercado, salvo prueba en contrario y se entenderá por valor normal en el mercado la contraprestación que se acordaría entre sujetos independientes”.

154 Nótese que el artículo 8, que trata de las operaciones vinculadas —sometiéndolas imperativamente a precios de mercado—, no incluye entre ellas a las relaciones entre particulares, sino sólo aquellas que se dan entre la sociedad y sus socios, consejeros (habrá que incluir a los administradores) o sus parientes.

En síntesis, entre estos parientes, si el propietario de la finca es persona física, podrá pactar su cesión a título de precario, pero éste no se presume. En caso de pactarse (o presumirse) un arrendamiento, a efectos fiscales la renta no puede ser inferior al indicado 2% (aun cuando sea inferior a la de mercado) y esta renta se integrará en la base imponible del arrendador.

Incrementos de Patrimonio. No exención por reinversión.

En todos estos supuestos en que los inmuebles no están afectos a actividad empresarial alguna, para el caso de su enajenación, el incremento o disminución de patrimonio se calculará según las reglas generales (arts. 44 y siguientes), reduciendo el incremento (o disminución!) en atención a los años de permanencia del bien en el patrimonio del sujeto,

en un 5,26% por cada año de permanencia que exceda de dos, quedando no sujeto tal incremento cuando el período de permanencia sea superior a 20 años (45.Dos d LIR) (2).

En ningún caso se actualiza el valor de adquisición del bien (3).

Si se trata de inmuebles arrendados, deben deducirse del valor de adquisición las amortizaciones practicadas (46 b LIR), “computándose en todo caso la amortización mínima”.

Sólo la vivienda habitual (50 LIR) goza del beneficio de exención del gravamen del incremento de patrimonio que pueda manifestarse por su enajenación, siempre que el importe de la misma se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda habitual. Si se reinvierte sólo en parte, se excluye de tributación proporcionalmente, pero en atención a la antigüedad del bien en el patrimonio del enajenante, acaso no haya incremento que exonerar.

Distinta es la hipótesis —y sus consecuencias— que pasamos a examinar brevemente, en que la explotación del inmueble tiene la consideración de “actividad empresarial”.

155

II. Inversor persona física

Inmueble afecto a actividad empresarial

Conceptualmente debemos distinguir:

— Actividad empresarial consistente en la explotación de

(2) En este caso, el vendedor no puede deducir el 75% de la cuota del *Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana* puesto que al tener el inmueble más de 20 años de antigüedad en su patrimonio, el incremento está “no sujeto” y el art. 78 Siete b) de la LIR exige, para poder practicar dicha deducción del 75% del Impuesto Municipal, que corresponda a una alteración patrimonial “de las que hayan derivado incrementos de patrimonio sujetos efectivamente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”.

(3) Para los bienes adquiridos con anterioridad a 1 de enero de 1979, “el sujeto pasivo podrá optar por considerar como valor de adquisición el de mercado a 31 de diciembre de 1978, siempre que el mismo fuere superior al de adquisición. En dicho caso, se tomará como fecha de adquisición el 1 de enero de 1979”. (Disposición transitoria 5.ª). Con ello se mantiene el régimen anterior para determinar el valor inicial o de adquisición de estos bienes.

inmuebles en régimen de arrendamiento. Esta actividad, de no ser empresarial (¿en masa?) determina un rendimiento de capital inmobiliario, cuyas consecuencias hemos indicado en el epígrafe anterior.

Para que la explotación del inmueble (o inmuebles) tenga la consideración de “actividad empresarial”, se requiere una organización, y la nueva ley entiende que para ello es preciso que se cuente con un local exclusivamente destinado a llevar a cabo la gestión y se tenga al menos una persona empleada con contrato laboral para el desempeño de aquélla (40 Dos LIR).

— Actividad empresarial o profesional a la que se afectan bienes inmuebles (necesarios para esa actividad). El hecho de la afectación (y su desafectación) va a tener gran trascendencia fiscal, y requeriría un estudio aparte (4). Si la finca no está afecta a la actividad, también dará lugar a un rendimiento inmobiliario.

156

Consecuencias fiscales.

En general ambas “actividades” tienen en este ámbito las mismas consecuencias fiscales, que vamos a sintetizar. Se asimilan en lo posible a las del Impuesto sobre Sociedades.

— No hay límite a la computación de los intereses de capitales ajenos destinados a la adquisición de las fincas, aun

(4) Si un cónyuge realiza la actividad empresarial o profesional utilizando un inmueble del consorte, deducirá para la determinación de su rendimiento (es decir, tendrá la consideración de gasto) la contraprestación estipulada, siempre que no exceda del valor de mercado y, a falta de aquélla, podrá deducirse este último. La contraprestación se considerará rendimiento (inmobiliario) del cónyuge (43.Tres LIR).

Finalmente añade el precepto que esto no será de aplicación “cuando se trate de bienes y derechos que sean comunes a ambos cónyuges”.

Esto supone pues que si el inmueble en el que se desenvuelve la actividad empresarial o profesional es ganancial, no cabe que el cónyuge no titular de la actividad devengue una renta por la mitad del local, que sería “gasto” de la actividad. Por el contrario, si el inmueble es privativo del otro cónyuge, o pertenece a una Sociedad (patrimonial) la actividad soportará un alquiler, y con ello, conjuntamente, es posible que una menor carga fiscal.

cuando éstas temporalmente no estén arrendadas o la carga financiera exceda del importe de la renta del inmueble.

— Los bienes que forman el activo se amortizan de acuerdo con los criterios de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (ello supone un gasto fiscal anual, pero menor valor de adquisición a considerar al tiempo de la enajenación); en este punto tienen el mismo tratamiento que los arrendados “no afectos a actividad”.

— Los incrementos y disminuciones de patrimonio se incluyen para la determinación del rendimiento de la actividad, por su valor neto contable y no juega aquí la reducción por años de permanencia. Si por aplicación de las reglas de la Ley sucediere que “el tipo medio de gravamen resulte superior al tipo general del Impuesto sobre Sociedades (35%) el incremento tributará a dicho tipo”. Es decir, que en bienes afectos a la actividad el incremento que se ponga de manifiesto en caso de enajenación tributa como máximo al 35%; en sujetos con tipos de renta superiores ello puede favorecer la decisión de enajenar un bien recientemente adquirido en tanto esté afecto a la actividad profesional o empresarial.

157

En régimen de Estimación Objetiva Singular (69 LIR) el rendimiento de la actividad se determina mediante módulos o coeficientes fijados por el Ministerio de Economía y Hacienda, pero por excepción estos rendimientos (presuntos pero indiscutidos) no incluyen los resultados de las alteraciones patrimoniales derivadas de la enajenación de bienes inmuebles afectos a la actividad (69 c LIR).

— Están exentos los incrementos de patrimonio que se reinvierten en elementos materiales de activo fijo (así otros inmuebles) afectos a actividades empresariales o profesionales, desarrolladas por el mismo sujeto pasivo, en las mismas condiciones establecidas a efectos del Impuesto sobre Sociedades (es decir, que la reinversión se efectúe durante el año anterior a la transmisión, o los dos posteriores, o los cuatro si se presenta un plan de inversiones, que se entiende aprobado por silencio administrativo).

— Las disminuciones patrimoniales, puesto que tienen el tratamiento de rendimiento de la actividad, pueden compensarse con cualesquiera otros rendimientos de la actividad, así como con otras rentas regulares o irregulares.

Por el contrario, si los arrendamientos del sujeto no suponen actividad empresarial, “los incrementos y disminuciones se integrarán y compensarán exclusivamente entre sí” (66.Uno LIR), si bien como contrapartida acaso son aplicables los coeficientes reductores en atención a la antigüedad del bien. Si el resultado es negativo podrá compensarse con incrementos de patrimonio irregulares durante los cinco años siguientes, pero no con otros rendimientos.

III. Adquisición mediante sociedad

158

Si el inmueble se afecta a la actividad mercantil de la sociedad y no concurren los supuestos para determinar que se trata de una sociedad transparente, los efectos fiscales de la adquisición vendrán determinados por el Impuesto sobre Sociedades (semejantes a los indicados en el anterior apartado II). Entre otras consideraciones, deberá tenerse en cuenta la tributación de los beneficios en el Impuesto sobre Sociedades y evidentemente la de los dividendos en el Impuesto sobre la Renta del accionista o socio (5).

Pero es interesante tener en cuenta que en los casos de inversión patrimonial, en ocasiones puede estarse ante una sociedad transparente.

a) Sociedad transparente.

Los artículos 52 de la LIR y 19 de la LIS la definen, señalando que es Sociedad transparente aquella en que:

(5) Se crea un nuevo “Impuesto Especial sobre bienes inmuebles de entidades no residentes”, que al tipo del 5% anual del valor catastral grava a las entidades no residentes que sean propietarias o posean en España bienes inmuebles (Disposición Adicional 6.ª LIR).

Son interesantes los supuestos de no exigibilidad que ponen de manifiesto la finalidad de la disposición.

- más de la mitad de su activo esté constituido por valores o
- más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades empresariales o profesionales.

Si la actividad social es el arrendamiento de inmuebles, será preciso, para evitar la transparencia, que concurren los requisitos del art. 40.Dos de la LIR. En tal caso se entiende que tal arrendamiento de inmuebles lo realiza la Sociedad como actividad empresarial y por ende la sociedad será no transparente con la consecuencia de que no se imputarán a los socios los resultados de la sociedad salvo distribución de los beneficios. Para ello se requieren, cumulativamente, las dos exigencias siguientes:

“— Que en el desarrollo de la actividad se cuente, al menos, con un local exclusivamente destinado a llevar a cabo la gestión de la misma.

— Que para el desempeño de aquélla se tenga, al menos, una persona empleada con contrato laboral.”

159

Se trata de los mismos requisitos que determinan —como hemos visto en el anterior apartado II—, que el arrendamiento de inmuebles por persona física se efectúa como actividad empresarial, con el cúmulo de consecuencias que de ello se derivan.

Para determinar el 50% del Activo afecto, debe tenerse en cuenta que el art. 52 Uno A) b señala que “no se considerarán elementos afectos los que figuren cedidos a personas o entidades vinculadas directa o indirectamente a la sociedad”. Es decir, según la norma, aun cuando se perciba la renta de mercado de la persona vinculada, la finca no se considera afecta a la actividad y no se computa al determinar los bienes afectos al arrendamiento.

La consecuencia de que la sociedad sea transparente es que “Se imputarán en todo caso, a los socios residentes y se integrarán en su correspondiente base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o, en su caso, del de Sociedades, las bases imponibles positivas obtenidas (por la sociedad transparente), aun cuando los resultados no hubieran

sido objeto de distribución (19 LIS y 52 LR). Ello no siempre ha de ser un inconveniente para el sujeto pasivo; dependerá de su tipo impositivo en el Impuesto sobre la de Renta” (6).

La base imponible de la sociedad transparente imputable a los socios se determina de acuerdo con las reglas del Impuesto de Sociedades (ingresos, gastos, amortizaciones) (7).

b) *Operaciones vinculadas.*

Con independencia de que la sociedad sea o no “transparente” fiscalmente, se plantea la cuestión de la determinación o cuantificación de la renta del arrendamiento (cuanto menos a efectos fiscales), lo que tendrá trascendencia para la sociedad arrendadora y para el arrendatario.

160 La renta a percibir por la sociedad es libre, salvo que nos hallemos ante una “operación vinculada”. Este tipo de relaciones vienen definidas por el art. 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que establece que “se entenderá que existe vinculación entre dos Sociedades cuando participen directa o indirectamente, al menos en el 25% en el capital social de otra, o cuando, sin mediar esta circunstancia una Sociedad ejerza funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión.

También se entenderá que existe vinculación entre aquellas Sociedades que pertenezcan a un mismo Grupo de Sociedades en los términos definidos en la legislación mercantil.”

El número anterior del mismo artículo añade que son también operaciones vinculadas:

(6) Las acciones de las sociedades transparentes deben ser nominativas (las participaciones en Sociedades Limitadas, siempre lo son). El artículo 54 de la LIR y el 19.6 de la LIS sancionan su incumplimiento con multa de 500.000 a 5.000.000 de pesetas, por cada período impositivo, del que serán responsables solidarios los administradores de la sociedad salvo que hubiesen propuesto las medidas necesarias sin que hubiesen sido aceptadas.

(7) Con el fin de evitar la *interposición de sociedades* se ha establecido que si una sociedad *transparente* (v. gr. tenedora de acciones) es socio o accionista de otra transparente (v. gr. tenedora del inmueble sin organización empresarial en los términos indicados), la primera tributará en el Impuesto sobre Sociedades al tipo del 53% (52.Cinco LIR).

Las operaciones entre (a) una Sociedad no residente y su establecimiento permanente en España o a la inversa, (b) una Sociedad y sus socios o consejeros o los socios o consejeros de otra sociedad del mismo grupo, así como los cónyuges, ascendientes o descendientes de cualquiera de ellos y (c) las operaciones —arrendamientos en nuestra hipótesis—, entre dos sociedades en las cuales los mismos socios, sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos posean al menos el 25% de sus capitales o cuando dichas personas ejerzan en ambas Sociedades funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión.

En definitiva pues, en estos supuestos, la renta, que civilmente es libre, no lo es fiscalmente, sino que de conformidad con el artículo 8 de la LIR y el 16 de la LIS su valoración (determinación) se realizará “de conformidad con los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre partes independientes”.

161

c) *Enajenación.*

1) DEL INMUEBLE. El coste del edificio habrá sido amortizado contable y fiscalmente (total o parcialmente) y el incremento que se ponga de manifiesto en la enajenación de la finca está sujeto al Impuesto sobre Sociedades al tipo fijo del 35%. Si la Sociedad es transparente, todo el beneficio será imputable a la renta personal de los socios, a su tipo.

En todo caso, no procede reducción por años de permanencia del inmueble desde su adquisición, pero es procedente la posibilidad de acogerse la sociedad a la exención por reinversión del importe de la enajenación en otros activos fijos.

2) DE LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES DE LA SOCIEDAD INMOBILIARIA. Se mantiene también en este ámbito la asimilación a la enajenación del propio inmueble, cuando se trate de títulos de sociedades incluidas en el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores —Activo constituido al menos en su 50% por inmuebles y que como consecuencia de la adquisición se alcance una participación en el capital superior al 50%—

(45 Dos d LIR y Disp. Adicional 12.^a de la LIR que modifica el art. 108 de la Ley del Mercado de Valores).

Así en este caso, el incremento o disminución de patrimonio que pueda ponerse de manifiesto en los accionistas o socios al enajenar sus acciones, se reduce con el mismo módulo que los inmuebles (5,26% por cada año de permanencia que exceda de dos), hasta más de 20 años, y no con el mayor aplicable en general a los valores mobiliarios.

A) Comunitaria

LA ENTREGA DE BIENES SUJETA A IVA Y LA INSCRIPCION CONSTITUTIVA DE LAS TRANSMISIONES INMOBILIARIAS ENTRE VIVOS (*)

(Sentencia del TS de las CCEE de 8 de febrero de 1990)

ROBERTO BLANQUER UBEROS

Notario

165

I. Introducción

Estas notas surgen como comentario a una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sexta Cámara) el día 8 de febrero de 1990 en el asunto C-320/88.

La sentencia se dicta a consecuencia de una demanda presentada ante el Tribunal Comunitario por un Tribunal holandés bajo cuya jurisdicción está pendiente un litigio entre la administración pública financiera holandesa y un contribuyente; el Tribunal holandés pretendía obtener una resolución a título

(*) La Revista ha solicitado a nuestro compañero Roberto Blanquer Uberos, su comentario sobre la S. del T.S. de la CCEE de 8 de febrero de 1990, publicado en *CISS. Noticias CEE-72*. Enero 1991, por su alto interés, especialmente en lo que atañe al significado de la llamada inscripción constitutiva.

prejudicial relativa a la interpretación del artículo 5, párrafo 1, de la Sexta Directiva 77/388 en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativa a los Impuestos sobre Cifra de Negocios, sistema común de Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

II. Los hechos

A) Los hechos sustantivos de trascendencia económica.

166 1. En 1979 una sociedad que llamaremos Safe concluye con otra sociedad que llamaremos Kats un contrato notarial, según el cual la primera transfería a la segunda contra el pago de cierta cantidad “un derecho incondicional” sobre un inmueble. En virtud de lo convenido y a partir de la celebración del contrato las alteraciones de valor del inmueble, sus productos y costas y sus cargas serían de cuenta y riesgo de Kats, que adquiriría el poder de disponer del mismo; y Safe se obliga a “transferir la propiedad” a Kats a decisión de ésta y no más tarde del día 31 de diciembre de 1982; y, en fin, Safe otorgaba a Kats mandato irrevocable para los actos ordenados a la “transferencia de la propiedad jurídica del inmueble”. El documento notarial se calificaba de “transferencia económica”, y el vendedor se obliga a transferir al adquirente un derecho de propiedad, cuya transferencia actual quedaba excluida.

2. En 1980 Kats demolió la edificación (villa) existente en el inmueble y obtuvo para el terreno la calificación de edificable.

3. En 1983 Kats cedió a un tercero, mediante contrato en documento notarial por precio determinado y con repercusión de IVA, todos los derechos que le correspondían en virtud del contrato calificado como “transferencia o transmisión económica” que había celebrado con Safe en 1979. El mismo día, en cumplimiento de sus compromisos, Safe “transfirió la propiedad jurídica” directamente al mismo tercero.

B) *Los hechos administrativos y judiciales de trascendencia tributaria.*

— La realización de los hechos sustantivos provocó determinadas situaciones administrativas que, a su vez, desembocaron en el pleito ante el Tribunal holandés.

1. En 1979 Safe se vio sometida a una actuación administrativa y satisfizo la cuota correspondiente por el Impuesto sobre Cifra de Negocios (IVA).

2. Después de 1983 Safe recibe la comunicación de una actuación administrativa que liquida la cuota por el Impuesto sobre la Cifra de Negocios (IVA) correspondiente a la entrega a Kats de un inmueble que comprende una villa con sus dependencias, puesto que en 1983 tuvo lugar la “transferencia jurídica” del bien inmueble y el pago realizado en 1979 no sería sino una entrega a cuenta.

3. Safe reclama en reposición ante la Administración que rechaza la reclamación y confirma la liquidación.

4. Safe reclama ante los Tribunales que dictan sentencia y decretan la nulidad de la actuación y la liquidación practicadas en 1983.

5. El Secretario de Estado para las Finanzas recurre en casación contra la sentencia anulatoria; es en este pleito que el Tribunal holandés decide plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de las Comunidades.

167

III. La cuestión prejudicial

A) El Tribunal competente holandés (la “Hoge Read der Nederlanden”) en el litigio entre el Secretario de Estado de Finanzas y Safe plantea una cuestión prejudicial concerniente a la interpretación del artículo 5, parágrafo 1, de la Sexta Directiva 77/388.

La norma comunitaria dispone que “se entiende como entrega de un bien la transmisión del poder de disposición de

un bien corporal como un propietario”. (El art. 6.1 de la Ley 30/1985, de 2 de agosto, del Impuesto sobre el Valor Añadido dispone “Se entiende por entrega de bienes la transmisión del poder de disposición sobre bienes corporales”).

B) La cuestión prejudicial se plantea en dos proposiciones.

1. La primera pregunta si el artículo 5.1 Sexta Directiva debe ser interpretado en el sentido de que sólo en caso de entrega de un bien la transferencia de la propiedad jurídica de dicho bien.

2. La segunda, para el supuesto de respuesta negativa a la primera, pregunta si puede considerarse entrega de un bien en el sentido del artículo 5.1, Sexta Directiva, el caso de que su propietario haya celebrado un contrato cuyo contenido sea análogo al celebrado entre Safe y Kats antes resumido.

C) La primera proposición o cuestión podría plantearse usando un lenguaje de cierta simplicidad como una alternativa: “entrega de un bien” a efectos de IVA, o es sólo la transferencia jurídica de un bien o es toda entrega, aunque no suponga la transferencia jurídica del bien, que atribuya a quien la recibe los poderes de disposición material y jurídica de un bien que normal y usualmente se reconocen a su propietario, o que según criterios normales y usuales corresponderían a su propietario.

168

IV. La legislación holandesa

A) *La civil.*

Según el CC holandés, artículo 671, párrafo primero, la propiedad jurídica de un bien inmueble se transfiere por la transcripción del documento correspondiente (título) en los registros públicos destinados al efecto (Registro de la Propiedad Inmueble); y añadía el Tribunal holandés al formular la cuestión que aunque la inscripción no se hubiese efectuado aún después de transcurrido largo tiempo desde la perfección del acto traslativo la “propiedad jurídica” permanece en quien figura como pro-

pietario en el Registro de la Propiedad Inmueble aunque se haya transferido a otra persona la “propiedad económica”.

B) *La fiscal -IVA—.*

Según la Ley holandesa reguladora del Impuesto sobre la Cifra de Negocios (equivalente a IVA) cuando los contratos son celebrados por varias personas que se obligan a entregar un bien, el cual es entregado directamente por la primera de ellas a la última, se entiende que el bien es entregado por cada una de dichas personas.

C) *Puntualizaciones.*

1. Queda al margen de la cuestión prejudicial el tratamiento fiscal como entrega de bienes de la transferencia de Kats al tercero.

También queda al margen de la cuestión prejudicial, tal como la recibe y deja planteada el Tribunal Comunitario, la circunstancia de si la transmisión de Safe a Kats liquidada en 1979 era realmente liquidable (sujeta sin exención) por IVA o debió declararse exenta por ser transmisión de edificación no construida por el transmitente sino por un propietario anterior.

2. En mi opinión la alternativa sometida al Tribunal Comunitario tiene la siguiente transcendencia: a) Si sólo es entrega de bienes sujeta a IVA la transferencia jurídica de los mismos, resulta que la transferencia económica es un acto preparatorio y el pago realizado como contraprestación tiene el carácter de pago a cuenta de la definitiva transferencia jurídica. b) Si se considera o califica como entrega de bienes sujeta a IVA a la transferencia económica de un bien, la posterior transferencia jurídica del mismo consentida u otorgada por su “propietario jurídico” no debe ser calificada como acto autónomo sujeto a IVA a consecuencia del principio según el cual la entrega de un mismo bien por una misma

persona en virtud de una misma operación (acto o contrato) empresarial no puede ser gravada dos veces.

D) Realismo frente a dogmatismo.

Según la lógica dogmática, vista la legislación civil holandesa, sólo la inscripción registral de la transferencia jurídica de un bien inmueble (la sustitución de un titular registral por otro) tendría el valor de transferencia jurídica de dicho bien y debería ser tratada a efectos de IVA como entrega efectiva del mismo.

Pero la realidad económica mueve al realismo jurídico, como veremos a continuación.

V. La inscripción constitutiva y el tráfico económico

170

A) En la relación de audiencia (*rapport d'audience*) que acompaña a la sentencia (a la que ésta se remite como exposición extensa de los hechos y de los razonamientos que sintetiza la propia sentencia), se especifica que el Gobierno holandés, en las observaciones escritas presentadas al Tribunal, presenta un razonamiento relevante. Frente a las conclusiones propias de la lógica conceptual del sistema civil de transferencia de propiedad mediante inscripción constitutiva opone en dichas observaciones la neutralidad económica que se pretende obtener por la Sexta Directiva IVA; y opina, en consecuencia, que el contrato por el cual se “transfiere el poder de disposición de hecho a una tercera persona que obtiene la totalidad de los intereses económicos derivados de un bien”, ya que “el tercero dispondría del bien como si fuera propietario”, debe ser tratado, desde un punto de vista económico y como hecho sujeto a IVA, en pie de igualdad con la “transferencia de la propiedad jurídica”.

No parece que el informe escrito presentado por el Gobierno holandés ante el Tribunal coincidiese con los criterios que

repaldaban el recurso de casación interpuesto por el Secretario de Estado.

B) La Comisión de las CCEE propuso una respuesta negativa a la primera pregunta o proposición.

La entrega de un bien, entiende la Comisión, no puede ser definida en relación con la transferencia de la propiedad jurídica, según se regula por las legislaciones nacionales. La Comisión recuerda que al elaborar las directivas IVA se había optado por una concepción económica de la “entrega de un bien” que comprendiese toda transacción que desde un punto de vista comercial sea asimilable a una transferencia de la propiedad jurídica. La noción de entrega de un bien, concluye la Comisión, no se limita a la adquisición del poder de disposición a título de propietario jurídico.

C) El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estableció “como derecho” que “el artículo 5, párrafo 1, de la Sexta Directiva debe ser interpretado según el sentido que considera como “entrega de un bien” a “la transferencia del poder de disponer de un bien corporal como un propietario, aunque no se haya transferido la propiedad jurídica del bien”.

171

Conviene advertir una cuestión de traducción jurídica del francés al castellano. La traducción jurídica supone añadir a la traducción meramente lingüística el significado técnico-jurídico.

La expresión “poder de disponer” que emplea la sentencia no se debe entender en el sentido estricto y técnico de poder de disposición en el sentido de facultad de ordenar la enajenación o gravamen del bien en base a una adecuada legitimación. Sino que, por el contrario, debe entenderse en el sentido vulgar y ordinario, según el uso del idioma francés, de poder usar, gozar y disfrutar de un bien y también de poder enajenarlo y gravarlo. En castellano, así como en el CC español, las expresiones “disponer” y “poder de disposición” tienen un sentido más estricto; se refieren al acto de enajenación o de gravamen o a la facultad para realizarlos válida y eficazmente. Así el artículo 348 CC y el Diccionario de la Lengua.

Por todo ello, podemos sostener que en nuestro derecho la sentencia que comentamos no altera la aplicación usual de nuestra legislación, en la que resultan armónicas las normas fiscales (según el sentido de la sentencia) y las civiles.

VI. La inscripción constitutiva y el tráfico civil

A) Según la doctrina común de los registralistas (también llamados hipotecaristas) el sistema de inscripción constitutiva se caracteriza porque la inscripción registral es requisito constitutivo del supuesto de hecho del efecto traslativo (o transmisivo) de los bienes registrales y también porque sólo tiene la condición y trato de propietario quien sea titular registral.

172

Se dice, y no falta lógica conceptual y dogmática, que el tercero resulta especialmente protegido pues puede confiar plenamente en el contenido registral, el cual es calificado no sólo como “verdad oficial” de la situación de dominio y cargas sobre un bien sino como única “verdad” jurídicamente posible del dominio y cargas referentes al bien inscrito.

B) La realidad de los hechos impone frente a la lógica de los conceptos la dialéctica de los intereses y la necesidad de su protección en la busca permanente de la armonización del orden y de la justicia en la que se produce la realización del derecho.

En el sentido fiscal la sentencia que comentamos rechaza toda posibilidad de coherencia entre el concepto tributario “entrega de bienes” (hecho imponible en IVA) y el concepto civil de “transmisión jurídica de propiedad mediante la inscripción”; y entiende producido el hecho imponible, incluso en un ordenamiento que rija el principio de inscripción constitutiva, en todo caso de transferencia por un empresario de las facultades de usar, gozar, disfrutar, enajenar y gravar un bien, de manera que el adquirente lo reciba (“disponga de él” en el sentido de la traducción literal o literaria del francés) como un propietario.

El planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal revela que en Holanda no son infrecuentes los supuestos de transferencia económica de un bien. La lectura detallada del documento notarial mediante el que se celebró el contrato de transmisión económica de Safe a Kats en 1979 revela una minuciosa articulación, muy propia del quehacer notarial, de las relaciones entre las partes. Resultan especialmente significativas la atribución al adquirente no sólo de la posesión, goce y disfrute sino que también de los riesgos relativos al bien vendido; así como el compromiso de Safe (vendedor que sigue siendo titular registral) de constituir una o varias hipotecas a solicitud del adquirente; y también, en fin, el mandato representativo irrevocable que Safe otorgaba a Kats (como pacto integrante de la venta) con facultad de llevar a efecto la entrega jurídica del mismo bien vendido.

Recuérdese que este contrato fue oportunamente liquidado por IVA, por tanto no sólo otorgado públicamente ante notario sino que también manifestado ante la Hacienda Pública. Quedó, sin embargo, al margen de la inscripción registral.

C) Con un criterio civilista se ha analizado el proceso formativo de las “negociaciones” entre transmitente y adquirente, que culminan en la celebración de un contrato de finalidad traslativa, así como el proceso formativo del efecto traslativo de propiedad, tanto en la esfera de las relaciones particulares entre las partes contratantes como en la esfera general afectante a tercero y a la apariencia o exteriorización de los derechos.

Son muy significativos, a este respecto, los estudios realizados en nuestro derecho acerca de la transcendencia en perjuicio de tercero registral de las acciones rescisorias (acción pauliana) y resolutorias (la basada en el artículo 1.124 sin pacto expreso al respecto inscrito) y acerca del momento en el que debe concurrir la buena fe del tercer adquirente que llega a ser titular registral (el momento de perfeccionar el título inscribible o el momento de la inscripción de éste).

Resultan muy estimulantes las reflexiones del autor alemán

Karl Larenz (Derecho de obligaciones, Tomo II, Ed. Rev. Der. Priv. Madrid 1959) al analizar la relación entre el contrato de compra-venta y la transmisión de propiedad por la inscripción (vigente en derecho alemán); pues bajo el epígrafe “crítica jurídica-política” (pp. 30 y ss.) no sólo censura la regulación del BGB, sino que propone un sistema de transmisión basado en un contrato a la vez con valor obligatorio y con valor traslativo, en cuyo aspecto el efecto se produciría con el concurso de un acto ejecutivo real de entrega o de inscripción, apoyado en la energía traslativa del contrato, en el que reside la fuerza del efecto de transmisión o de constitución del gravamen real.

Digo que resultan muy estimulantes porque podemos trasladarlas fácilmente a nuestro sistema, en el que la transmisión contractual de los inmuebles se pliega a la realidad del tráfico económico a través de la eficacia traditoria de la escritura notarial que formaliza el contrato traslativo (art. 1.464, 2.º CC) y el uso normal como título inscribible de la misma escritura (art. 3 LH); y porque así se puede también cumplir, con los mismos grados de eficacia, los fines de seguridad jurídica que persigue el sistema registral; ya que la protección al tercero la proporciona el sistema con el mismo grado de eficacia, tanto si es constitutiva o como si es declarativa la inscripción.

174

VII. Aplicación de la sentencia comentada en sistema de inscripción constitutiva

A) Me refiero a cuestiones que puede plantear en el ámbito civil y registral, no en la esfera fiscal. En ésta simplemente procede la aplicación de su doctrina.

B) El contrato de transferencia económica genera sus efectos propios en la relación entre las partes; y en particular justifica la entrega y la toma de posesión del bien por el adquirente en concepto de propietario.

La situación posesoria del adquirente, como poseedor en concepto de dueño reconocido por el Estado que ha percibido el impuesto correspondiente, genera una situación que provoca cierta duda e incomodidad. A la existencia de un “propietario jurídico” según el registro se suma la existencia simultánea de un “propietario económico”, reconocido como tal pero carente de toda publicidad registral. Ahora bien, éste podría actuar, usando de la legitimación resultante del contrato de venta o transmisión económica como mandatario del propietario jurídico y en nombre de éste, pero en su propia cuenta e interés, en cuanto titular del contenido económico de la propiedad.

C) El adquirente de la “propiedad económica” puede obtener la constitución de hipotecas sobre la finca que le pertenece, aunque sea titular registral de ella y su propietario “jurídico” quien se la transmitió; si bien el “propietario económico” deberá actuar como representante formal del “propietario jurídico” (en cuanto hipotecante) y a la vez en propio nombre en cuanto deudor de la obligación garantizada, o sea en cuanto acreditado o prestatario.

D) Sirvan estas disposiciones como ejemplos de las artificiosas construcciones que surgen cuando los sistemas se apartan de la realidad del tráfico. Este, a la postre, busca caminos para obtener la sanción y el reconocimiento del derecho. Una vez más la sensibilidad del fisco ante la realidad económica del tráfico se ha manifestado con plenitud.

175

VIII. La segunda proposición de la cuestión prejudicial

La segunda cuestión, la segunda proposición planteada para solución prejudicial, fue resuelta por el Tribunal sin pronunciarse sobre ella, por entender que la noción de “propiedad económica” está ya formada en el derecho fiscal holandés, y que la decisión acerca de si en un caso concreto concurren los requisitos constitutivos de una “transferencia de propiedad económica” que justifiquen la calificación de la transferencia como

entrega de bienes sujetos a IVA es materia propia de la competencia del juez nacional. El Tribunal, pues, se limita a afirmar la competencia del juez nacional para determinar en cada caso, en base a los hechos apreciados, si se ha producido la transferencia del “poder de disponer (en sentido francés) de un bien como propietario” y en consecuencia para determinar la existencia de una “entrega de bienes inmuebles” en el sentido del artículo 5, párrafo 1.º, de la Sexta Directiva.

B) Tribunal Supremo

EL ARRENDAMIENTO Y LA EJECUCION HIPOTECARIA

(COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 23 DE FEBRERO Y 6 DE MAYO DE 1991) (*)

ENRIQUE MARÍN LÓPEZ

*Magistrado-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia
número 32 -Hipotecario- de Madrid*

177

Sentencia de 23 de febrero de 1991 de la Sala Primera del Tribunal Supremo

«Vistos por la Sala Primera del T. S. el recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo como consecuencia de autos de juicio ordinario de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Oviedo, sobre acción reivindicatoria cuyo recurso fue interpuesto como demandante “A.S.A.” y como demandado “C.A.S.A.”.

Ha sido Ponente el Magistrado Sr. Santos Briz.

(*) La importancia y actualidad de la materia es tal que estando en imprenta este breve comentario han aparecido diversos estudios sobre la cuestión Cfr.: José Manuel García García, “La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella. (Crítica de la sentencia de 23 de febrero de 1991)”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año LXVII, Noviembre-Diciembre. Número 607. 1991. ///Carlos Lasarte Alvarez, “La ejecución hipotecaria y la tutela judicial efectiva del arrendamiento” (Notas de urgencia a la sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de 1 de enero de 1992). *Tapia*, Enero-Febrero de 1992. Año XI. Número 62.///Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero/marzo 91, pág. 297. Comentario a la s. 23/2/91, por Helena Díaz García.

PRIMERO: La finalidad del proceso origen de este recurso de casación fue esencialmente que, partiendo del derecho de propiedad de la actora, la sociedad CASA, y de la inatacabilidad de su título, se condene a los demandados a desalojar el inmueble litigioso, y sobre todo, en el supuesto de que aleguen derechos sobre la nave situada en la finca, de cabida 324 metros cuadrados, que viene dedicada a exposición de vehículos, se declare igualmente la inatacabilidad del título de la actora, declarándose nulo por inexistente el contrato de arrendamiento que se hubiese concertado sobre la expresada nave. Compareció en la litis únicamente la demandada ASA, arrendataria de la indicada nave en virtud de contrato concertado con D.S.A.S.A., después que esta última había hipotecado la finca y se había inscrito la hipoteca en el Registro de la Propiedad. Habiéndose llegado a ejercitar por el acreedor hipotecario el ius distrahendi, la demandante en el procedimiento judicial sumario correspondiente adquirió el citado inmueble. La sentencia recurrida atendiendo a que a virtud de dicho proceso ejecutivo se adjudicó ex lege la finca al actor, ahora recurrido, en virtud de lo dispuesto en el art. 131,17 L.H., consideró extinguido el arrendamiento y estimó la demanda, ya que en tal procedimiento se había dictado auto de cancelación de la hipoteca y de todas las inscripciones posteriores, auto que sirvió de título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad.

SEGUNDO: El primero de los motivos del recurso se formula al amparo de lo prevenido en el art. 1692.3 LEC, en cuanto —se dice— ha habido un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las Normas reguladoras de la sentencia, al no ser congruente la recurrida con las peticiones de la demanda, infringiéndose así el art. 359 LEC. El motivo ha de ser desestimado, porque basta comparar el suplico de la demanda con el fallo recurrido para observar rápidamente que el objeto principal de la litis, sobre el fundamento del derecho de propiedad en toda la finca adquirida por la actora y recurrida en procedimiento judicial sumario hipotecario, es que, se extinga el derecho arrendaticio que el hipotecante constituyó sobre el inmueble después de establecido tal derecho real de garantía. No ofrece duda alguna esa conclusión por los términos literales del suplico del escrito inicial y la parte dispositiva de la sentencia; en el primero, “declarándose radicalmente nulo por inexistente el contrato de arrendamiento que se hubiese concertado sobre la expresada nave”, y en el fallo declarando “que se ha extinguido el contrato de arrendamiento concertado sobre parte de dicha finca entre la sociedad demandada ‘D.S.A.’ y la también demandada, ahora recurrente ‘A.S.A.’ y condenando a esta última a desalojar dicha finca, como también se había pedido en la demanda.» No cabe pues duda de la congruencia de la sentencia, cuyo sentido es inequívocamente adaptado al suplico de la demanda, aunque varíen de forma intrascendente sus términos literales.

TERCERO: El segundo de los motivos, al amparo del art. 1692.5 LEC acusa la infracción por la sentencia recurrida de las Normas de los arts. 57 y 114 LAU y el art. 131.17 L.H. En su desarrollo prolijamente el recurso sostiene que es de aplicación preferente el art. 57 LAU a la L.H., por ser aquella Ley posterior, y entre otras alegaciones, sostiene que es ilegal denegar la prórroga arrendaticia, y además la sentencia incurre en error de derecho en vista del art. 1571 C.C. y que el art. 131.17 L.H. no establece la extinción de ningún derecho sustantivo. Para el examen de este motivo ha de partirse de los hechos que le sirven de base, según los cuales esencialmente el derecho de propiedad de la demandante y ahora recurrida dimana de una venta en pública subasta del inmueble sobre el que radican los 324 metros cuadrados cuyo arrendamiento sostiene el recurso, y la existencia de este arrendamiento cuyos datos fácticos derivados de los autos no cabe negar; de la coexistencia del arrendamiento con el derecho de dominio, perfectamente compatibles en cuanto al arrendamiento es poseedor civil, aunque en concepto distinto al de dueño sin menoscabo de aquel derecho dominical. La inexistencia de fraude, dolo o confabulación entre arrendadora y arrendataria que, como cuestión de hecho, no deriva de las apreciaciones de la prueba por la sentencia recurrida, y que no fue más que levemente alegada en la demanda, pero sin articulación de pruebas para conseguir la demostración de un posible perjuicio doloso o culposo para la entidad recurrida. En otra perspectiva, partiendo de aquel arrendamiento válidamente constituido y de la compatibilidad de derecho real dominical con derecho personal arrendaticio sobre una misma cosa, no puede declararse la extinción del primero: a) Porque la atribución dominical que del inmueble hipotecado se hace al adjudicatario, según la subasta a tenor del art. 131.17 L.H., afecta solamente según dicha Norma a las “inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado”; pero de ahí no deriva que haya de afectar a derechos personales que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad, como es el derecho de arrendamiento litigioso. b) Porque de seguirse el criterio propugnado por la sentencia recurrida se daría lugar a una causa de extinción del arrendamiento no catalogada en la relación imperativa de esas causas que hace el art. 114 L.A.U. c) Porque en el supuesto debatido (arriendo anterior a la vigencia del R.D.L. 30 de abril de 1985, que suprimió la prórroga forzosa para los contratos posteriores a su entrada en vigor) es aplicable esa prórroga legal que establece el art. 57 de la misma Ley; el que se infringiría a virtud de una causa resolutoria no señalada en la Ley, de darse lugar a la aceptación de la sentencia impugnada. De estas consideraciones se deduce la procedencia de estimar el segundo de los motivos del recurso, por darse las infracciones de los preceptos a que se ha hecho referencia; lo que lleva consigo, sin necesidad de examinar los dos motivos restantes, la casación de la sentencia recurrida y el mandato a esta Sala, conforme al art. 1715.3 LEC, de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que ha quedado planteado el debate; es decir, actuando como Tribunal de Instancia, a lo que se procede seguidamente.

CUARTO: En efecto, de los autos se deducen los siguientes hechos que pueden considerarse probados: a) El contrato de arrendamiento de una superficie de 324 metros cuadrados sobre la finca o inmueble propiedad de la demandante y actual recurrida, se concertó con fecha 1 de noviembre de 1982, por una renta de 46.000 pts. al mes (contrato que figura al folio 92 de los autos). b) Dicho contrato se celebró en fechas muy anteriores a la adjudicación de la finca hipotecada a la entidad recurrida, adjudicación que tuvo lugar por auto judicial de fecha 15 de mayo de 1986. c) Consta que se pagaron las rentas correspondientes durante varios años y el contrato continúa, incluso durante la situación en que la sociedad demandada denominada D.S.A. se halló en suspensión de pagos, proveída en fecha 2 de mayo de 1985, y que quedó sin efecto por auto de 16 de mayo de 1986, al desecharse la propuesta de convenio. Los interventores de procedimiento de suspensión de pagos tuvieron conocimiento del arrendamiento en cuestión, que lo reseñaron en el documento de fecha 13 de diciembre de 1985. d) Por dictamen pericial del economista Don Feliciano F. R. practicado para mejor proveer en primera instancia, resulta, como ya se indica, que pagaron las rentas correspondientes pactadas desde el mes de octubre de 1983, hasta después del mes de enero de 1986, y también la arrendataria pagó los gastos de suministro de agua, luz y teléfono, como prueba de la contabilidad de tales pagos por D.S.A. Todo ello revela la existencia indubitada del contrato de arrendamiento discutido.

QUINTO: En cuanto al derecho real de hipoteca, cuya realización originó el derecho de propiedad de la recurrida sobre el inmueble en que se haya el espacio arrendado por la recurrente, cabe destacar por su importancia para el fallo que sigue: a) Se constituyó tal gravamen el 27 de noviembre de 1980, y previo el procedimiento regulado en el art. 131 L.H. se adjudicó, como ya se ha dicho, a la recurrida el inmueble del que se le dió posesión judicial por medio de providencia de 11 de junio de 1986, “ello sin perjuicio de los derechos del adjudicatario sobre el ocupante de parte de la finca como arrendatario”; resolución que se ejecutó en diligencia de posesión judicial de fecha 21 de junio de 1986. b) La expresada escritura de hipoteca en su cláusula 16 autoriza el vencimiento anticipado del préstamo a instancia del acreedor si el hipotecante arrienda el inmueble por renta anual “que capitalizada al porcentaje legal anual no cubriese la responsabilidad total asegurada o la gravase con carga real que disminuya su valor de garantía o de su subasta”. Cláusula que evidentemente se refiere a la renta legal que señala para estos casos el art. 219 del Reglamento Hipotecario en su apartado 2.º. Observándose al respecto que, verificadas las correspondientes operaciones matemáticas, la renta anual concertada cubre la responsabilidad total asegurada en lo que se refiere al gravamen correspondiente, a la superficie arrendada, a la entidad ahora recurrente. c) El dominio de la entidad recurrida sobre el inmueble anteriormente hipotecado no ha sido realmente discutido en esta litis; por tanto, no se ve afectado por la existencia de un derecho personal arrendaticio, en cuanto el propietario conserva su *ius possidendi*, es decir, su posesión de grado

mediato o indirecto; sin perjuicio de que el arrendatario sea poseedor civil de su derecho de arrendamiento aunque no posea en concepto de dueño sino que es poseedor por el dueño (Sentencia 23-5-1948). Es, en su perspectiva, un poseedor arrendaticio que a los efectos de la concesión de posesión judicial al dueño no puede resultar perjudicado, como se deduce del art. 2.057 LEC.

SEXTO: De todo lo razonado que antecede, en la parte referida al enjuiciamiento en instancia, vistos los términos en que apareció planteado el debate, resulta la licitud y existencia de un arrendamiento que no es perjudicado por la realización de la hipoteca recayente con anterioridad sobre el inmueble arrendado y en que no se acreditó fraude o confabulación en perjuicio, antes del acreedor hipotecario y después, del adjudicatario en subasta del inmueble. Sin que tal solución de la litis sea contrapuesta a la que esta Sala adoptó en supuestos de cierta similitud con el presente, pero con diferencias sustanciales. Así en Sentencia de 23-12-1988 y 17-11-1989, casos en que no se acreditó la existencia del arriendo; que fue en el caso de la primera, totalmente simulado y en la segunda en que se concertó el arriendo fijando una renta contra las prevenciones marcadas en el art. 219 R.H. y con ausencia de buena fe por parte de arrendador y arrendatario; circunstancias que no se ha comprobado concurran en el caso ahora controvertido.

SEPTIMO: La estimación del recurso en virtud de los razonamientos expuestos lleva consigo la desestimación de la demanda, confirmando así el fallo del Juez de Primera Instancia, casando y anulando la sentencia recurrida en casación; y en cuanto a costas conforme al art. 523 LEC, procede imponer el pago de las de primera instancia a la entidad recurrida; en cuanto a las de apelación, no procede declaración expresa en esta materia, ni tampoco conforme al art. 1715 LEC, respecto de las de este recurso de casación en que cada parte pagará las suyas. Sin que proceda pronunciamiento sobre depósito por no haber sido constituido dada la disconformidad entre sí de ambas sentencias de instancia.

181

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Eduardo M. P. en nombre y representación de la entidad denominada A.S.A. contra la sentencia de 23 de noviembre de 1988, dictada por la antigua Sala de lo Civil de la A.T. de Oviedo, la que casamos y anulamos y en su lugar confirmamos la dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Oviedo en Autos de juicio de menor cuantía 505/86, cuyo fallo damos por reproducido íntegramente.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Sr. Burgos Pérez de Andrade.—Sr. Morales Morales.—Sr. González Poveda.—Sr. Martínez Calcerrada.—Sr. Santos Briz.»

* * *

Sentencia de 6 de mayo de 1991 de la Sala Primera del Tribunal Supremo

«Visto por la Sala Primera del T. S. el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la A. P. de Bilbao, Sección 4, como consecuencia de autos de juicio de retracto urbano, seguidos ante el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Baracaldo, sobre retracto urbano cuyo recurso fue interpuesto por D. Javier G. G. siendo partes recurridas, G.S.A. y D.^a Argut Xane E. G.

Ha sido Ponente el Magistrado Sr. Fernández Rodríguez

FUNDAMENTOS DE DERECHO

182 PRIMERO: En la sentencia recurrida ahora en casación se estima la demanda formulada por la Cía Mercantil Anónima G.S.A. contra D. Javier G. G. y su esposa D.^a Argut Xane E. G., y se da lugar al retracto de la actora sobre la finca de la que es arrendataria sita en la Avda. Bilbao, en Ortuella, con arreglo al precio que figura en el Auto de 10 de abril de 1986 que aprobó el remate y el importe de los pagos legítimos hechos, sirviendo la misma sentencia de título para la inscripción de la finca a nombre del demandante por título de retracto, con liberación de cargas y gravámenes inscritos con posterioridad a la hipoteca ejecutada por la Caja de Ahorros de V., así como dicha hipoteca en los términos señalados por el Auto mencionado del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 1 de Bilbao dictado en el juicio sumario hipotecario 41/85. El recurso de casación se interpone por el demandado D. Javier G. G. con la pretensión de que se case la sentencia recurrida y se desestime la demanda con base en los tres motivos que seguidamente se examinan y resuelven.

SEGUNDO: La sentencia impugnada, al estimar la demanda y acceder al derecho de retracto de arrendamiento urbano sobre local de negocio vino a reconocer la preferencia del derecho arrendaticio del retrayente como arrendatario en concepto de título suficiente para el retracto, no obstante haber adquirido los demandados y actual recurrente el inmueble a virtud del procedimiento judicial sumario regulado en el art. 131 L.H., y ser la constitución de hipoteca anterior a la fecha en que se concertó el arriendo por el anterior propietario, que después estableció la locación discutida, cuya ineficacia en orden a ser suficiente para ejercitar el derecho de preferencia es lo que afirma el recurso. Su primer motivo, al igual que los dos restantes, amparado en el art. 1692.5 LEC, alega la infracción de las reglas 8, 9, 17 del art. 131 L.H. en relación con el art. 57 LAU y Jurisprudencia contenida en la Sentencia de 31-10-1986, que reitera, entre otras, las de 22-12-1945 y 22-5-1963. En su desarrollo el recurso sostiene que la cancelación de las cargas posteriores a la hipoteca que ordena la regla 17.^a expresada incluyó los derechos arrendaticios sobre la cosa hipotecada que han de quedar también extinguidos a virtud de la ejecución hipotecaria, máxime cuando el derecho del arrendatario que no fue inscrito, se constituyó después que la hipoteca que gravaba ya el inmueble. El motivo decae al

examinar la Sentencia de 31-10-1986 que se indica, en la que la extinción del arriendo se declaró fundamentalmente porque se contrató conociendo la existencia previa de la hipoteca y sobre todo con ánimo de perjudicar al acreedor hipotecario, en cuanto fue un contrato concertado entre parientes próximos sobre bienes pertenecientes a la familia y con la idea de que en realidad no salieran de la misma; es decir, que existió en el caso debatido algo más que la mera intención de arrendar y disfrutar de una cosa por tiempo determinado y precio cierto, sino además la de perpetuar el disfrute de la misma por la familia del anterior propietario. Y estas circunstancias no se dan en el caso ahora contemplado, en cuanto nada se alegó en sentido igual o similar y menos se probó, sino únicamente el consentimiento del acreedor hipotecario para convenir el arriendo, actuación lícita y legal, por cuanto como se declara en Sentencia 23-2-1991 de esta Sala: a) la coexistencia del arrendamiento con el derecho de dominio de un tercero al transmitir la cosa, el propietario arrendador, es perfectamente compatible, en cuanto el arrendatario es poseedor civil aunque en concepto distinto al de dueño, sin menoscabo de aquel derecho dominical. b) La inexistencia de fraude, dolo, confabulación entre arrendador y arrendataria que, como cuestión de hecho, no deriva de las apreciaciones de la prueba por la sentencia recurrida, ni siquiera alegada en la presente litis. c) La atribución dominical que del inmueble hipotecado se hace al adjudicatario, según la subasta a tenor del art. 131.17 invocada en el motivo, afecta solamente, según dicha norma, a las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado; pero de ahí no deriva que haya de afectar a derechos personales que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad, como el derecho arrendaticio litigioso que no reúne al respecto los requisitos que señala el art. 2.5 L.H. para su acceso al Registro. d) De seguirse el criterio propugnado por el recurso se daría lugar a una causa de extinción del arrendamiento urbano no catalogada en la relación imperativa de esas causas que hace el art. 114 LAU. e) En el supuesto debatido (arriendo anterior a la vigencia del RDL 30-4-1985, que suprimió la prórroga forzosa para los contratos posteriores, a su entrada en vigor) es aplicable esa prórroga legal que establece el art. 57 de la misma Ley, el que se infringiría en virtud de una causa resolutoria no señalada en la Ley, de darse lugar a estimación del recurso. f) Por consiguiente, de los términos en que parece planteado el debate en este recurso de casación, resulta la licitud y existencia de un arrendamiento, que no es perjudicado por la realización de la hipoteca recayente con anterioridad sobre el inmueble arrendado y en que no se acreditó fraude o confabulación, en perjuicio, antes, del acreedor hipotecario, y después del adjudicatario en subasta del inmueble. Sin que tal solución de la litis sea contrapuesta a la que esta Sala adoptó en supuesto de cierta similitud con el presente, pero con diferencias sustanciales. Así, en Sentencias de 23-12-1988 y 17-12-1989, casos en que no se acreditó la existencia del arriendo que fue, en el caso de la primera, totalmente simulado, y en la segunda, en que se concertó el arriendo fijando una renta contra las prevenciones marcadas en el art. 219 R.H. y con ausencia de buena fe por parte del arrendador y arrendatario; circunstancias que no se ha comprobado concurren en el caso ahora controvertido. Por todo ello procede la desestimación de este motivo.

TERCERO: Por las mismas consideraciones que se acaban de exponer procede asimismo la desestimación del motivo segundo que, por el mismo conducto procesal, alega la infracción de las normas contenidas en el art. 131 L.H.; regla 17, 8.º y 10.ª, en relación con los arts. 47 y 48 LAU. A mayor abundamiento, ningún obstáculo existe en la Ley citada para que no habiendo sido ejercitado el derecho de tanteo se ejercite después el derecho de retracto, ambos derechos regulados con separación, respectivamente, en los citados artículos 47 y 48, que se preocupan sobre todo de los requisitos exigidos para el éxito de dichas acciones de preferencia, pero sin que uno de los dos derechos (el tanteo) no ejercitado, obste para el ejercicio del otro (el retracto), siempre que concurren los requisitos legales, ninguno de los cuales se ha discutido ni en su aspecto de hecho ni de derecho; limitándose el recurso en esta perspectiva a sentar consideraciones que no afectan a la desestimación del recurso, o que han sido ya examinadas en el fundamento de derecho anterior en esta Sentencia.

CUARTO: Por último, el motivo tercero alega la infracción por la sentencia de las normas contenidas en los arts. 1257 y 1219 C.C. En este motivo el recurso insiste en lo ya manifestado al desarrollar los anteriores, ahora desde el punto de vista de que la voluntad manifiesta o no del acreedor hipotecario no puede derogar la norma de orden público de la regla 17 del art. 131 L.H.; alegación que ya ha sido examinada frente a la existencia y licitud del arriendo que sirvió a la parte recurrida para ejercitar el derecho de retracto. Al parecer sostiene el motivo que el recurrente es tercero a los efectos del art. 1257 C.C. frente al arrendatario retrayente, sin tener en cuenta que el mismo recurrente es causahabiente del anterior propietario que concertó el arriendo, al que se opone el recurrente, posterior arrendador, como subrogado en la posición jurídica del anterior. Por tanto, más que contravenir la norma, la sentencia recurrida se atiene a ella; sin que por otro lado, se dé en el caso discutido el supuesto de hecho de que parte el art. 1219 C.C., que por tanto no ha sido infringido al no haber sido aplicado por la Sala a quo.

QUINTO: La desestimación de todos los motivos da lugar a la del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente (art. 1715. pár. último LEC) y a la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal.

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Javier G. G., contra la Sentencia de 8-2-1989 que dictó la Sala de lo Civil de la A. P. de Bilbao, sección 4. Se condena a dicho recurrente al pago de las costas causadas en el recurso y a la pérdida de depósito constituido al que se dará el destino legal.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Sr. Albacar López.—Sr. Villagómez Rodil.—Sr. Barcala Trillo-Figueroa.—Sr. Marina Martínez-Pardo.—Sr. Fernández Rodríguez.

DOCTRINA

Prescindiendo de la que afecta al derecho de tanteo y retracto que no es aquí objeto de estudio, se establece:

Primero: Que la adjudicación confiere al adjudicatario su *ius possidendi* o posesión mediata o indirecta, que no es incompatible con el derecho del arrendatario, quien es poseedor civil de su derecho de arrendamiento, y que este no se extingue por aplicación de la Regla 17 del art. 131 de la Ley Hipotecaria que sólo afecta a las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca que se ha realizado; pero de ahí no deriva que haya de afectar a derechos personales que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad, como es el derecho de arrendamiento litigioso.

Segundo: Es aplicable la prórroga legal que establece el art. 57 de la LAU manteniendo la subsistencia del arrendamiento, ya que lo contrario daría lugar a una causa de resolución no contemplada en la imperativa relación del art. 114 LAU.

185

COMENTARIO

La cuestión estriba en dilucidar si la ejecución hipotecaria extingue o no el contrato de arrendamiento, en este caso sometido a la LAU, y pactado con posterioridad a la constitución de la hipoteca, siendo necesario para ello estudiar los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales, así como las normas aplicables, para posteriormente entrar en el examen de la doctrina que emana de las sentencias objeto de comentario (*).

(*) En relación a las normas aplicables, el art. 104 L. H. dice: "La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida".

La regla 17 del art. 131 L. H. dice: "... Se dictará de oficio auto aprobándolo y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquellas incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en la Regla 4.ª ..." ".... También se pondrá en posesión judicial de los bienes al adquirente, si lo solicitase..."

Partiendo de la normativa aplicable (*vide nota infra*) es claro que en relación a los arrendamientos sometidos al C.C.,

La regla 8.ª del art. 131 L. H. dice: "... se entenderá que todo licitador acepta... que las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes —si los hubiere— al crédito del actor continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos..."

Según el artículo 225 del Reglamento Hipotecario: "La notificación prevenida en la regla 5.ª del art. 131 L. H., deberá hacerse no sólo a los acreedores que la misma expresa, sino, además, a los acreedores de cargas o derechos reales que hubieren pospuesto unas u otros, a la hipoteca del actor, a los anotantes posteriores a la inscripción de dicha hipoteca e incluso a los titulares de desmembraciones del dominio, derechos condicionales o de otros que, por su rango, deben declararse extinguidos al realizarse el crédito y que hubieren inscrito sus derechos con posterioridad a la hipoteca siempre que figuren en la respectiva certificación del Registro de la Propiedad".

A tenor del artículo 219, Segundo, del Reglamento Hipotecario: "El valor de la finca hipotecada, a los efectos del art. 117 de la Ley, se entenderá disminuido cuando con posterioridad a la constitución de la hipoteca se arrienda el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al 6 por ciento, no cubra la responsabilidad total asegurada. El Juez, a instancia de parte podrá declarar vencido el crédito, decretar la administración judicial, ordenar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor o adoptar cualquier otra medida que estime procedente".

El artículo 27 Ley Hipotecaria establece que: "Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento".

Según el art. 2.5.º de la Ley Hipotecaria: "Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período de más de seis años, o aquellos en los cuales se hayan anticipado las rentas de tres o más, o cuando, sin concurrir ninguna de estas circunstancias, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban".

Según el art. 1.255 Código Civil: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público".

Según el art. 1.549 Código Civil: "Con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad".

Según el art. 1.571 Código Civil: "El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria".

Según el art. 13 LAR: "Los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficia-rios, enfiteutas y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador, subsistiendo el arrendamiento durante el correspondiente año agrícola...".

Según el art. 74 L.A.R.: "El adquirente de la finca aun cuando estuviere amparado por el art. 34 L.H., quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador".

el legislador a diferencia de la tradición germánica, sigue el principio romano de la *lex emptorem* que se plasma en el aforismo “venta quita renta” y lo expresa en los citados arts. 1.549 y 1.571 C.C., complementado con el n.º 5 del art. 2 de la L.H., de los que se deduce que el adjudicatario de finca hipotecada y subastada es comprador a los efectos del art. 1.571 C.C. y puede dar por terminado el arriendo mediante el juicio de desahucio, salvo pacto en contrario, y salvo que se haya inscrito el arrendamiento, en cuyo caso por aplicación de la propia regla 17 del art. 131 L.H. también se extingue y cancela el arrendamiento; pronunciándose en este sentido las Sentencias del T. S. de fecha 22-12-1945 y 22-5-1963 y en la Doctrina autores tales como Ginot de Llobateras y Camy Sánchez-Cañete.

Por lo que se refiere a los arrendamientos rústicos los artículos 74, 78 y 13 de la Ley especial, establecen, el 1.º de

187

Según el art. 78 L.A.R.: “La resolución del derecho del arrendador sobre la finca arrendada facultará al que resulte propietario para pedir la resolución del arrendamiento, sin perjuicio de las acciones que correspondan a los que concertaron el arrendamiento”.

Según el art. 57 LAU: “Cualquiera que sea la fecha de la ocupación de viviendas, con o sin mobiliario, y locales de negocio; llegado el día de vencimiento del plazo pactado, este se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino arrendatario, aún cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones. Se aplicará igual norma en los casos de extinción de usufructo, sin perjuicio de lo prevenido en el art. 114, causa 12”.

Según el art. 114 LAU: “El contrato de arrendamiento urbano, lo sea de vivienda o de local de negocio, podrá resolverse a instancia del arrendador por alguna de las causas siguientes: 12.ª) En los casos de extinción de usufructo, cuando el titular dominical pruebe que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario anterior fueron notoriamente gravosas para la propiedad”.

Según el art. 8 LAU: “En aquellos casos en que la cuestión debatida, no obstante referirse a las materias que esta ley regula, no aparezca expresamente prescrita en la misma, los Tribunales aplicarán sus preceptos por analogía”.

Según el art. 9 del RDL 2/85, de 30 de abril. (Medidas de política económica. Supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos):

“1. Los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio que se celebren a partir de la entrada en vigor del presente RDL tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido por el art. 57 LAU, ..., y sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el art. 1.566 c.c.

2. Dichos contratos salvo lo dispuesto en el apartado anterior se regularán por las disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos.”

ellos la subsistencia del arrendamiento en el caso de venta voluntaria o derivativa y los dos siguientes el de resolución del derecho del arrendador, sin intervención de su voluntad y por necesidad jurídica —como es la ejecución hipotecaria—, con el matiz de que el art. 13 regula un supuesto de efectos extintivos de carácter automático mientras que el 78 sólo faculta al que resulte propietario a instar judicialmente la resolución del arrendamiento; sin embargo esta interpretación de la ley no es compartida por Gil Robles o Agundez Fernández, ni tampoco, aunque por razones distintas, por la Sentencia del T. S. de fecha 9-6-1990, que mantuvo la subsistencia del arrendamiento a pesar de la ejecución hipotecaria equiparando, “al que resulte propietario” del art. 78 al término “... cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca...” que emplea el art. 13, y por tanto no admite la extinción automática de este precepto y sólo concede una facultad para pedir la resolución del arriendo.

Por lo que se refiere a los arrendamientos urbanos la cuestión es mucho más compleja, dada la mayor protección jurídica al arrendatario urbano, desde la perspectiva de la función social del derecho de propiedad y el problema de la escasez de la vivienda, protección que se plasma entre otros preceptos en la prórroga forzosa del art. 57 LAU. Reproduciendo aquí el planteamiento inicial, la cuestión estriba en determinar si la ejecución hipotecaria purga o no los arrendamientos urbanos sometidos a la ley especial pactados con posterioridad a la constitución de la hipoteca.

Los preceptos legales podrían ser contradictorios, ya que la regla 17 del art. 131 L.H. en relación a la regla 5 del mismo precepto y al art. 225 R.H. puede interpretarse en el sentido de no distinguir entre derechos inscritos y derechos personales no inscritos, con la consecuencia de cancelación y extinción de ambos mediante el auto de adjudicación y correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad, mientras que los arts. 57 y 114 LAU no contemplan expresamente la ejecución hipotecaria como una causa de resolución del contrato de

arrendamiento, amén de la interpretación que se dé al art. 219 R.H., como veremos posteriormente.

En la Doctrina, Ginot de Llobateras, Camy Sánchez-Cañete y Rodríguez López, optan con variantes por la tesis extintiva mientras que otros, como Castán y Calviño y Roca Sastre, por su permanencia.

La D. G. R. N., cuyas Resoluciones, si bien no constituyen Jurisprudencia, pero deben ser tenidas en cuenta, como hace el propio T. S. en múltiples sentencias, dada “la cultura jurídica” de aquel Centro, parece partidaria de la extinción del arrendamiento como consecuencia de la ejecución y así lo expresan las Resoluciones de 10 y 20-11-1987.

De la lectura de las Sentencias del T. S., al menos hasta la que resulta de las aquí comentadas, se deduce cierta vacilación en esta materia aunque quizás son mayoría las que se pronuncian a favor de la extinción, como por ejemplo las de 22-5-1963 y 31-10-1986.

La llamada Jurisprudencia menor también sigue esta línea y así los autos de las A. T. de Cáceres de 22-1-1966, de Valladolid de 13-3-1987, y de la A. P. de Barcelona de 27-9-1990, entre otros.

Por el contrario la Sentencia de 23-2-1991 corroborada por la de 6-5-1991 —ambas *ratio decidendi*— y por tanto, y en principio, Jurisprudencia a los efectos del art. 1 del C.C. optan por la permanencia del arrendamiento a pesar de la ejecución hipotecaria, estableciendo la doctrina expresada al principio de este comentario.

Quizás debió nuestro más alto Tribunal no limitarse, como ha hecho, a exponer que el arrendamiento no es incompatible con el derecho del adjudicatario, y que el art. 114 LAU no contempla como causa de extinción o resolución la ejecución hipotecaria, sino que también debió entrar en el análisis del contrato de préstamo que da origen a la hipoteca y posterior arrendamiento, puesto que dependerá de la consideración jurídica que se dé a un contrato de arrendamiento pactado con posterioridad al préstamo hipotecario de su resolución o no

por la ejecución de la garantía y en la solución optada por el T. S. —permanencia— razonar su conexión con la constitución de la hipoteca.

Extraña y superflua resulta también la referencia a que “el arrendatario es poseedor civil de su derecho de arrendamiento, aunque no se posea en concepto de dueño, sino que es poseedor por el dueño”, ya que, aunque es cierto, en nada ayuda a la resolución de la litis —con independencia de la polémica sobre la posesión de los derechos personales— ya que ninguna de las partes litigantes pone en duda la existencia del arrendamiento y sí, antagónicamente, su extinción o supervivencia.

190

Entiendo que el razonamiento previo, pero no plasmado en los fundamentos de derecho, no es otro que el de considerar que la autonomía de la voluntad y el poder de disposición del propietario hipotecante no quedan afectados por la constitución de la hipoteca y que por tanto pudo contratar un arrendamiento que no se resuelve por la ejecución hipotecaria —y esto ya sí es parte de la fundamentación jurídica de las sentencias comentadas— al no contemplarse dicha ejecución entre las causas del art. 114 LAU.

Así, en esta línea argumental el T. S. parece considerar que el n.º 2 del art. 219 R.H. está pensado para el supuesto, que se da en autos a *sensu contrario* de autorización del hipotecante arrendador, de arrendar con la renta legal del citado precepto, que se cumplió en el caso debatido quedando por tanto incólume la responsabilidad total asegurada con la hipoteca.

Ahora bien, parece más conforme con la finalidad del derecho real de garantía que es la hipoteca, reforzando el principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 C.C., y con la seguridad que debe de inspirar el tráfico jurídico inmobiliario y la propia finalidad del Registro de la Propiedad, el considerar, como hace la mayoría de la Doctrina, la vacilante jurisprudencia anterior y las citadas Resoluciones de la DGRN, que la constitución de toda hipoteca limita potencialmente la

capacidad dispositiva del hipotecante al establecer el art. 104 L.H. que: “La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”, de tal manera que los actos y contratos que realice en lo que los autores llaman fase de seguridad, es decir, antes del incumplimiento y ejecución de la garantía, están sometidos a la amenaza de su resolución, o lo que es lo mismo, están sometidos a condición, consolidándose si la obligación se cumple o resolviéndose si se incumple y ejecuta la hipoteca.

En esta línea argumental, el art. 219.2 R.H. tiene otra finalidad y así no se refiere a que haya o no autorización por parte del hipotecante arrendador con los límites del citado precepto sino sólo tiende a evitar que si se arrienda, sea o no con autorización, la garantía no quede disminuida.

También hay que establecer que no es sólo la protección del crédito garantizado lo único que hay que tener en cuenta, cosa que hace el reiterado precepto 219.2 R.H. a través de la acción de devastación, y que puede conducir, aparte de otras medidas, a través del ejercicio de la acción correspondiente, a la declaración judicial de nulidad del arrendamiento por convivencia fraudulenta entre arrendador y arrendatario, sino que hay también otros intereses en juego; así los del arrendatario, quien ha tenido conocimiento de la ejecución no sólo porque se notifican las fechas de las subastas en la propia finca hipotecada, conforme al inciso final de la regla 7 del art. 131, notificación que hay que presuponer que la recibe pues en ella vive o ejercita su actividad, sino porque también a tenor del art. 225 R.H., si consta en el Registro se le notifica la existencia del procedimiento a que se refiere la regla 5 del precepto regulador y puede por tanto, bien sea adquirir la finca, bien pagar la deuda, o ejercitar los derechos que la ley le concede. Arrendatario, además, que, si se parte de la presunción de buena fe en la contratación, podría haber sido advertido por el hipotecante arrendador, de que la finca objeto de

contrato está hipotecada, o bien haber consultado él mismo el Registro de la Propiedad, y por tanto conocer que su derecho de arrendamiento es condicional.

También están los derechos del adjudicatario quien, en su previa fase de licitador, como indica la regla 8 del art. 131, acepta que "... las cargas o gravámenes anteriores y las preferentes —si las hubiere— al crédito del actor continuarán subsistentes..." sin que se refiera el precepto a las posteriores que, además, no puede conocer al no constar inscrito el arrendamiento en el Registro de la Propiedad, ya que si consta desaparece el problema al cancelarse conforme a la regla 17 del mismo precepto. Derechos del adjudicatario que podían haber quedado protegidos mediante la prohibición de disponer pactada entre el acreedor y el hipotecante pero que no es registrable por imperativo del art. 27 de la L.H., prohibición por tanto que no pudo conocer y que de ser conocida hubiese afectado indudablemente a su puja en subasta.

192

Además, y ello afecta tanto a los derechos del adjudicatario como a los iniciales del propietario hipotecante, hay que destacar que el art. 130 L.H. exige para tramitar el procedimiento que se pacte un precio de tasación para que sirva de tipo en la subasta, pareciendo dar a entender que la garantía no se verá afectada al ejecutarse, por actos ajenos y posteriores a la constitución, y si se admite sin más el arrendamiento pleno, posthipoteca, y no condicional es claro que el valor de la finca ante los posibles adjudicatarios se verá disminuido, por mucho *ius possidendi* que adquieran al adjudicarse la finca subastada, si no va acompañado del disfrute efectivo e inmediato de la misma conforme al inciso final de la regla 17 L.H.

También en la práctica puede ocurrir, y así ocurre de seguirse el razonamiento de las sentencias comentadas, que el arrendatario de mala fe, una vez que se produce la subasta y ante la posible falta de postores, si la parte ejecutante y acreedora opta por adjudicarse la finca en pago de su crédito, conforme a las reglas 10, 11 del art. 131 L.H., comparezca

para hacer valer su derecho de retracto conforme a la LAU, lo que implica un abuso de derecho en su actuación y un fraude a los derechos del acreedor ejecutante.

Discutible es también el razonamiento del T. S. de que el art. 114 LAU no contempla como causa de resolución la ejecución hipotecaria y que la dicción del precepto es imperativa ya que respecto de esto último hay otras causas no contempladas en el mismo como son, la resolución por negativa del inquilino al aumento de la renta, el supuesto del art. 17 de la propia Ley, o el previsto en el art. 118. En relación a la no inclusión de la ejecución hipotecaria como causa de resolución podría considerarse, haciendo uso de la posibilidad analógica del art. 8 de la Ley arrendaticia, que la ejecución hipotecaria puede estar comprendida en la causa 12 del reiterado precepto y entenderse que la gravosidad analógica consiste en el arrendamiento pues disminuye el valor en venta de la finca, y que el homónimo del usufructuario es el propietario hipotecante, dado que su derecho está condicionado, no temporalmente sino al cumplimiento de su obligación.

193

De seguir la tesis del T. S. se llegaría al contrasentido de resolver los arrendamientos inscritos y conservar los no inscritos perjudicando absolutamente aquellas partes contratantes que buscando una mayor seguridad jurídica y efectos *erga omnes* han acudido al Registro de la Propiedad y disminuiría la eficacia de la hipoteca como garantía real del cumplimiento de una obligación con graves consecuencias económicas tanto para las entidades crediticias como para los propietarios hipotecantes.

Quizás la solución pase por una reforma bien del art. 114 LAU, para incluir la ejecución hipotecaria como causa de resolución, o bien por la del art. 27 L.H. en el sentido de permitir el acceso al Registro de las prohibiciones de disponer pactadas *inter partes*, o mediante la inscripción obligatoria de los arrendamientos en el Registro de la Propiedad y lograr así una mayor publicidad y seguridad tanto del crédito territorial como del arrendamiento.

Finalmente quiero destacar que es importante diferenciar en las sentencias del T. S., y ello ya no sólo en lo que se refiere a las aquí examinadas, aquellos argumentos que se expresan incidentalmente pero que no constituyen la base estricta del fallo en el supuesto concreto —*obiter dicta*— de aquellos cuya exposición y razonamiento derivan directamente en el mismo —*ratio decidendi*— pues solo estos últimos constituyen jurisprudencia, y así parece indicarlo el Ponente en la primera de las sentencias comentadas cuando dice que la Doctrina que expone no es contradictoria con las otras dos anteriores que cita ya que aquellas se referían a arrendamientos simulados o inexistentes. Pero además, debe tratarse de casos semejantes, y obsérvese que abundado en estas matizaciones, se parte de un supuesto en el que se pactó la resolución de contrato de hipoteca en caso de arrendamiento por precio inferior a lo estipulado, lo que lleva —al margen del acceso o no de esta cláusula limitativa al Registro de la Propiedad por aplicación del art. 27 L.H.— a admitir, “*a sensu contrario*”, la locación por precio superior, por lo que las dos sentencias comentadas no son jurisprudencia en materia de resolución del arrendamiento no autorizado por el hipotecante.

Por último, las cuestiones debatidas, si bien de crucial importancia, han perdido a partir del RDL 30-4-1985, supresor de la prórroga forzosa del art. 57, cierta transcendencia ya que, aunque se vaya confirmando en posteriores sentencias la doctrina jurisprudencial que resulta de las aquí transcritas y comentadas y por tanto la jurisprudencia mantenedora del arrendamiento a pesar de la ejecución hipotecaria, la mayoría de los arrendamientos se pactan por un tiempo medio que no excede de tres años, y así, aún persistiendo el arrendamiento durante el plazo pactado el mismo se extinguiría por su transcurso y sólo ocasionaría al adjudicatario un mero retraso en la toma de posesión efectiva del bien adquirido, con independencia del peligro latente que encierran los derechos de tanteo y de retracto y cuyo examen escapa fuera de los límites del presente comentario.

C) Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCIONES COMENTADAS

DISTINCION ENTRE CLASES Y SERIES DE ACCIONES

(Res. 1 febrero 1991)

RESOLUCION de 1 de febrero de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Granollers, don José Poyatos Díaz, contra la negativa de la Registradora número 1 de Barcelona a inscribir una escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de aumento de capital y modificación estatutaria de una Sociedad (BOE 5 marzo).

195

“En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Granollers, don José Poyatos Díaz, contra la negativa de la Registradora Mercantil número 1 de Barcelona a inscribir una escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de aumento de capital y modificación estatutaria de una Sociedad.

CONTENIDO DOCUMENTAL

El día 25 de agosto de 1989, mediante escritura otorgada ante el Notario de Granollers, don José Poyatos Díaz, la Compañía mercantil «Font Verda. Sociedad Anónima» formalizó la ampliación de capital acordada por la Junta general, celebrada el día 25 de julio de 1989, en 30.000.000 de pesetas, mediante la emisión de 3.000 acciones de 10.000 pesetas de valor nominal cada una, con una prima de emisión de 75.000 pesetas, con un desembolso inicial del 50 por 100 que quedaron suscritas en su totalidad. Correlativamente se modificaron los artículos 5 y 6 de sus Estatutos sociales, que quedaron redactados del siguiente tenor literal: «Artículo quinto.—El capital social es de 60.000.000 de pesetas, representado por 3.000 acciones de 10.000 pesetas de valor nominal cada una, numeradas correlativamente del 1 al 3.000, ambos

inclusive y 3.000 acciones, serie B, de 10.000 pesetas nominales, desembolsadas en un 50 por 100, numeradas correlativamente del 1 al 3.000, ambos inclusive, emitidas con una prima de emisión de 225.000.000 de pesetas, es decir, 75.000 pesetas por cada acción de la serie B. Artículo sexto.—Las acciones son al portador y tienen los mismos derechos sociales y económicos. Por excepción, y en tanto las acciones de la serie B no estén totalmente desembolsadas, serán nominativas».

CALIFICACION

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona fue calificada con la siguiente nota: Denegada la inscripción del presente documento por observarse el defecto siguiente: Creación de una nueva serie de acciones, serie B, con igual valor nominal y con idénticos derechos políticos y económicos que la serie ya existente, serie A, en contra de lo preceptuado por el artículo 37 de la L.S.A. El defecto apuntado se estima insubsanable, por lo que no procede extender anotación de suspensión, que por otra parte no ha sido solicitada.—Barcelona, 13 de diciembre de 1989.—La Registradora.—Firma ilegible.—Fdo. María Dolores Fernández Ibáñez.

ARGUMENTACION DEL NOTARIO

El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la Registradora Mercantil de Barcelona mantiene una interpretación restrictiva del artículo 37 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951, en el sentido de que dicho precepto implica la exigencia de que la configuración de distintas series de acciones correspondiese a su vez a distinción en el valor nominal o contenido de derechos entre las distintas series, no pudiendo distinguirse series cuando las acciones son todas de igual valor nominal o confieren los mismos derechos. Que frente a la anterior interpretación cabe la contraria favorable a la distinción de series entre las distintas acciones representativas del capital social, aun cuando todas sean de iguales derechos o del mismo valor nominal, con base a los siguientes argumentos: 1. Lingüístico y conceptual.—Conceptualmente cabe entender que las palabras «clase» y «serie» no tienen igual significado, la primera alude al distinto contenido material y la segunda a identificación formal, distinción no recogida de forma expresa en nuestra Ley, *que incluso induce a confusión* [artículo 11, f) y 37 de la Ley de Sociedades Anónimas]. 2. Lógico.—El legislador en el artículo 37 quiso precisamente aclarar los distintos contenidos de la Ley distinguiendo implícitamente como distintos los conceptos serie y clase en el sentido indicado, explicitó que la distinción que permitía no era la puramente formal sino la material, siempre que se cumpla la exigencia de que las acciones de igual clase sean de igual valor nominal y confieran los mismos derechos, y 3. Legal.—Que la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de nuestra legislación

mercantil, parece confirmar la postura anterior, pues en su artículo 8-5.º, g), menciona «su clase y serie» y en su artículo 35 distingue claramente como conceptos distintos «clase» y «serie». Que se podrá invocar que distinguir series entre acciones de la misma clase y de igual valor nominal es superfluo, pero ello no es razón suficiente para rechazar la inscripción y obligar a la Sociedad a convocar una nueva Junta o esperar a la próxima ordinaria para rectificar la identificación de las acciones representativas de su capital social. Que de existir tal defecto ha de considerarse como «subsanable» por afectar a un requisito formal, que aunque supusiesen la infracción de un precepto sustantivo (artículo 37 de la Ley de Sociedades Anónimas) no afecta en lo fundamental a la validez del acuerdo de ampliación.

INFORME DEL REGISTRADOR

La Registradora dictó acuerdo manteniendo la calificación de todos sus extremos e informó: 1.º Que frente al argumento lingüístico y conceptual aludido por el recurrente, debe aclararse que la Ley de 17 de julio de 1951 emplea sinónimamente los términos «serie» y «clase» de acciones. El uso alternativo que hace el artículo 37 de ambos términos no deja lugar a dudas de la identificación conceptual que la Ley realiza entre ellos. Que de existir la distinción, más había que inclinarse por reservar el término «serie» para distinguir acciones de distinto valor nominal y el término «clase» pero de distinto contenido de derechos, postura a la que parece inclinarse el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989. 2.º Que frente al argumento lógico expuesto por el recurrente cabe objetar la necesidad de que la categoría «clase» y «serie» tengan efectivamente un contenido especial que las distinga, no cambiando, por tanto, la creación de series sin que exista un sustrato real que las diferencie. Esta afirmación parte del principio de igualdad de las acciones recogido tanto en la exposición de motivos de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y en los artículos 37 y 38 de la misma como por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 2 de febrero de 1957 y el Tribunal Supremo en Sentencias de 27 de noviembre de 1957 y 17 de febrero de 1958. Por tanto la creación de clases o series de acciones sólo tiene sentido como excepción al principio general de igualdad que establece la Ley y es precisamente cuando se quieren distinguir grupos de acciones en razón a que se atribuyan distinto contenido de derechos o a que tengan distinto valor nominal, cuando procede la configuración de series o clases. 3.º Que en relación con el argumento legal mantenido por el recurrente, cabe señalar que el Texto Refundido de 22 de diciembre de 1989 sigue manteniendo que la justificación de la existencia de «clases» y «series» está en la necesidad de una diferencia real entre distintos grupos de acciones que dé pie a la creación de los mismos. Que se considera que también existirá entre las series dentro de una cierta clase, una diferencia cualitativa que consistirá en la mayor o menor intensidad en que puedan ejercitar el específico contenido de derechos de que sean titulares, en función de la

relación obligada entre mayor o menor valor nominal y la prohibición de voto plural. 4.º Que la creación de series de acciones sin un motivo legal que la justifique puede crear y crea efectivamente confusiónismo y va en contra de la claridad que debe presidir la vida societaria y su correspondiente reflejo en el Registro Mercantil, y ello, entre otros problemas, porque la Ley atribuye unos efectos específicos a la división del capital en serie y clases, siendo el primero y primordial la creación de un derecho colectivo del que es titular el grupo que integra cada una de las clases o series de acciones (artículo 85.11 de la Ley de Sociedades Anónimas). 5.º Que por la vía de creación indiscriminada de series y clases se podría burlar la obligación legal que ordena enumerar correlativamente las acciones, impuesta por el artículo 35 de la Ley de Sociedades Anónimas. 6.º Que en el caso que se contempla, la creación de series ha obedecido a que se han producido dos emisiones de acciones distintas en el tiempo, pero lo que ocurre es que la fecha de emisión no tiene trascendencia alguna legal que justifique la división del capital. 7.º Que dada la importancia que la Ley de Sociedades Anónimas atribuye a la determinación del capital social y, en su caso, de las series en que se divida, parece claro el carácter insubsanable de la falta (artículos 11, 43 y 91 de la Ley de Sociedades Anónimas y 102 y 114 del Reglamento del Registro Mercantil), ya que no puede subsanarse de ningún modo sin una nueva expresión de voluntad de la Sociedad a través de la Junta General.

DOCTRINA DE LA DIRECCION

Vistos los artículos 37 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951; 49, 53 y 148 de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, y 122 del Reglamento del Registro Mercantil.

1. En el presente recurso se debate acerca de si, con ocasión del aumento del capital social de una Sociedad Anónima, puede emitirse una nueva serie de acciones que tendrá igual valor nominal e idéntico contenido de derechos políticos y económicos que las de la serie ya existente.

2. La cuestión carece de verdadera relevancia substantiva. Ciertamente, el artículo 37 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, presupone alguna diferencia entre las acciones pertenecientes a dos series o clases distintas; pero no cabe olvidar que este precepto identificaba los términos «serie» y «clase», mientras que en lo sucesivo (por imperativo del artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, que aunque no estaba en vigor al tiempo de plantearse la cuestión no puede ser desconsiderado), la serie queda reducida a una subclasificación dentro de la más amplia categoría que es «la clase» (que agrupará necesariamente a todas las acciones que atribuyan el mismo contenido de derechos) y que el establecimiento de varias series dentro de una clase no tendrá que obedecer a diferencia intrínseca alguna entre las acciones respectivas (por más que se exija que las de la misma serie deban tener igual valor nominal). Si a ello se añade que la existencia

dentro de una misma clase de varias series de acciones todas ellas con idéntico valor nominal, no planteará consecuencias negativas de ningún tipo (es absolutamente indiferente que el sistema para la numeración correlativa de las acciones se base exclusivamente en guarismos o en una combinación de guarismos y letras conforme a los criterios alfabético y decimal), no procede estimar hoy que dicha circunstancia constituya ya obstáculo suficiente para denegar la inscripción del aumento del capital social calificado.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y denegar el acuerdo y la nota de la Registradora.”

COMENTARIO

La resolución que comentamos, dice, en el segundo de los Fundamentos de Derecho, que la cuestión debatida carece de verdadera relevancia sustantiva. Se halla motivada por la discrepancia entre el Notario autorizante de la escritura —que estaba sometida a la Ley de 17 de julio de 1951— y el Registrador recurrido, acerca de si, con ocasión del aumento de capital social de una Sociedad Anónima, puede emitirse una nueva serie de acciones que tenga igual valor nominal e idéntico contenido de derechos políticos y económicos que la de la serie ya existente. Sin embargo, resulta para nosotros de verdadero interés su comentario, no sólo por cuanto puede ayudar a la difusión de la doctrina que sienta, sino por cuanto al abordar la cuestión debatida, va señalando algunos hitos en el camino de lo que podría llamarse el método de la calificación positiva.

Ciertamente en su tratamiento dialéctico de la nota de calificación, y aún más del acuerdo que la sostiene, la resolución que comentamos está subrayando las líneas maestras de la actividad calificadora, tanto en lo que tiene de interpretación de la norma, como en la valoración del título presentado para su inscripción en el Registro Mercantil. Así, cuando proclama que “la existencia dentro de una misma clase de varias series de acciones todas ellas con idéntico valor nominal no planteará consecuencias negativas de ningún tipo”, y cuando añade “es

absolutamente indiferente que el sistema para la numeración correlativa de las acciones se base exclusivamente en guarismos o en una combinación de guarismos y letras conforme a los criterios alfabético y decimal”, está poniendo de relieve el significado de dos de las facetas principales que implica la actividad calificadora:

a) El esfuerzo interpretativo, e integrador, de las normas jurídicas en su conjunto jerarquizado —en un primer lugar— para acceder, a continuación, a la valoración de los aspectos imperativos, y de los aspectos dispositivos de sus preceptos. Podríamos añadir que este esfuerzo requiere con frecuencia sobrepasar la tentadora interpretación literal de la Ley, buscando, más allá, el verdadero significado de los preceptos legales, en la perspectiva de las instituciones.

b) Resulta imprescindible, por otra parte, al calificar un título que pretende acceder al Registro Mercantil, valorar correctamente el papel de la Autonomía de la Voluntad y del propio Registro como instrumento de publicidad de los actos de los particulares, distinguiendo aquellos supuestos en que el Registro asegura el tráfico mercantil, en beneficio de terceros, y aquellos otros, en que meramente publica lo que los interesados han acordado lícitamente y en el marco de la autonomía privada. Ciertamente esta delicada tarea, de la que tan buenos ejemplos somos testigos a diario los Notarios, es una faceta nada desdeñable de la actividad calificadora.

Pensamos, sinceramente, que sería un mal camino llevar a los ciudadanos a desconfiar de sus posibilidades de desarrollar la autonomía de la voluntad, encerrando su libertad de contratación en tipificaciones rituales, y cláusulas de estilo con la esperanza de defender una pretendida seguridad jurídica abstracta —y con frecuencia discutible—, que en el caso que nos ocupa se formula en el acuerdo recurrido en alzada, como la defensa de “la importancia que la Ley de Sociedades Anónimas atribuye a la determinación del capital, y en su caso, de las series en que se divida”. Tras este comentario

creemos que vale la pena una lectura de los puntos cuatro, cinco, seis y siete del acuerdo por el que en trámite de reforma, se confirma la nota calificadora, para apreciar en la Resolución que motiva este comentario un esperanzador soplo de aire fresco, muy de estimar en estos tiempos de implantación de una normativa y una organización innovadoras.

José Manuel de la Cruz Lagunero
Notario

ESTATUTOS Y PLENITUD DE DETERMINACIONES: ADAPTACION DEL OBJETO SOCIAL Y RETRIBUCION ALTERNATIVA

(Ress. 18 y 20 febrero 1991)

203

RESOLUCION de 18 de febrero de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don Juan Carlos Caballería Gómez, contra la negativa del Registrador mercantil de Madrid a inscribir una escritura de protocolización de acuerdos sociales (BOE 5 marzo).

“En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don Juan Carlos Caballería Gómez, contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de protocolización de acuerdos sociales.

CONTENIDO DOCUMENTAL

El día 29 de marzo de 1990, ante el Notario de Madrid don Juan Carlos Caballería Gómez, se otorgó escritura de protocolización de los acuerdos sociales adoptados por la Junta extraordinaria universal de la Sociedad «Deportivo Center, Sociedad Anónima», celebrada el día 26 de febrero de 1990, entre los cuales hay que destacar los de adaptación de Estatutos a la nueva Ley que figura con los números 4 y 8 en la certificación correspondiente, tal como constan redactados en los fundamentos de Derecho. En los Estatutos sociales de la citada Entidad se establece: «Artículo 2.º, Constituye su objetivo: a) La gestión, de servicios comerciales y mercantiles en general. b) La adquisición, tenencia disfrute y enajenación de créditos, valores mobiliarios de renta fija o variable de todo tipo de Sociedades. c) La administración de negocios, créditos, valores, títulos y participaciones de toda clase de Entidades mercantiles

del ramo inmobiliario. d) La promoción, estudio y desarrollo de negocios y Empresas comerciales e industriales del ramo inmobiliario. e) La adquisición, tenencia, explotación y enajenación por cualquier título, de edificaciones, fincas urbanas y rústicas en general y la transformación y urbanización de las mismas. f) El desempeño de comisiones y representaciones para todo género de actividades de lícito comercio, y la realización de operaciones de exportación e importación de productos terminados o materias primas, en nombre propio o ajeno. g) Asesoramiento para el establecimiento de negocios, apertura de líneas de descuento y créditos en general, así como facilitación. h) Asesoramiento y mediación mercantil en general. i) Intervenir y colocar capitales en toda clase de Empresas. j) Suscribir y adquirir, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, acciones y participaciones en el activo de las Sociedades de todas clases, civiles, mercantiles e industriales, incluso obligaciones simples o hipotecarias, bonos y cualesquiera otros títulos de crédito. k) La representación de Sociedades, Entidades y particulares propietarios de bienes muebles e inmuebles, administración de los mismos, constituciones de hipotecas y derechos reales, sobre ellos y demás operaciones relacionadas con estas actividades.» «Artículo 16 (último párrafo). La remuneración del Administrador, en su caso, será fijada por la Junta general, pudiendo consistir, bien en una cantidad fija o en una participación en los beneficios, con las limitaciones que al efecto establece la Ley, y sin que en este último caso la participación pueda exceder del 10 por 100 de los beneficios sociales.»

CALIFICACION

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del presente documento por adolecer de los siguientes defectos subsanables. 1. Existe un error material en el apartado 6, al indicar que la cantidad desembolsada son 2.650.000 pesetas, y la certificación bancaria sólo 2.500.000 pesetas. 2. Objeto social. «La gestión de servicios mercantiles en general incluye actividades atribuidas en exclusiva a determinadas Sociedades (transporte aéreo, por ejemplo). El apartado B del objeto, al permitir la realización de la actividad por cuenta de terceros, incide en actividades propias de Sociedades de Inversión Inmobiliaria. El apartado F. El desempeño de comisiones de todo género de actividades de lícito comercio, además de ser contraria al artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil, por indeterminación del objeto, incluye actividades sujetas a legislación especial (ejemplo, Correduría de Seguros). La apertura de líneas de descuento y créditos del apartado G son actividades propias de las Entidades de crédito. Los apartados H e I inciden en la legislación de la Ley del Mercado de Valores. La administración de bienes muebles por cuenta de terceros es actividad propia de las Sociedades de Cartera. 3. La retribución de los administradores, si existe, debe constar en Estatutos, sin que sea válida la cláusula de reserva, «en su caso», en favor de

la Junta general, artículo 9, h), Ley de Sociedades Anónimas y 124.3 Reglamento Registro Mercantil.—Madrid, 16 de mayo de 1990.—El Registrador.—Firma ilegible.—Firmado: Valentín Barriga Rincón.»

ARGUMENTACION DEL NOTARIO

El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra los defectos 2 y 3 de la anterior calificación y alegó: I. En lo referente al segundo defecto de la nota de calificación: Que el artículo 2 de los Estatutos Sociales de «Deportivo Center, Sociedad Anónima», figura con la misma redacción que el primitivo de la Sociedad y no ha sido objeto de modificación, ni su redacción afecta a la adaptación de los Estatutos a la Ley 19/1989, de 25 de julio. Que si se hubiera querido modificar el objeto social se hubiera dicho expresamente tal como se hace con otras cuestiones. Que dado que el objeto social no ha sufrido alteración, tiene plena vigencia lo dispuesto en el artículo 7, 1.º del Reglamento del Registro Mercantil. II. En cuanto al tercer defecto de la nota de calificación: Que el Registrador parte de una interpretación errónea de la expresión «en su caso», que le hace ver una «cláusula de reserva» en favor de la Junta general para decidir si hay o no una retribución. Que la citada expresión debe interpretarse en el contexto íntegro de la cláusula, y relacionarlo con la participación en beneficios, pues si éstos no existen tampoco habrá retribución para el Administrador en aquellos supuestos en que se haya establecido un porcentaje sobre los mismos como retribución. Que interpretarse la expresión de otra forma es retorcer el sentido de la cláusula para que no produzca los efectos deseados por los contratantes, contra el criterio de interpretación de los contratos establecidos en los artículos 1.281 y siguientes, y muy especialmente el 1.284.

205

INFORME DEL REGISTRADOR

El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos, e informó: 1.º Con relación al segundo defecto de la nota de calificación: Que de la certificación de la Junta universal, que se protocoliza en la escritura, resulta que el acuerdo social modifica en su totalidad los Estatutos. Que el artículo controvertido puede tener igual redacción, pero la voluntad social está clara en lo referente a sustituir todos los artículos estatutarios por otros diferentes, sin excepción, y por ello son de aplicación los artículos 18, 2 del Código de Comercio y 6.º del Reglamento del Registro Mercantil, se califica el contenido del documento que pretende ser inscrito y no el contenido del Registro. 2.º Respecto al tercer defecto de la referida nota. Que claramente se ve por la redacción del precepto estatutario que tanto la expresión «en su caso» como la que señala «pudiendo sustituir» tienen un carácter condicional que se extiende no sólo a la cuantía de la retribución, sino a la existencia de la misma, lo que contraría de la retribución, sino a la existencia de la misma, lo que contraría los términos imperativos en que se

pronuncia el artículo 130 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Que teniéndose en cuenta lo anterior y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de noviembre de 1956 y 26 de abril de 1989, resulta que la retribución de los Administradores debe constar de forma indubitada en los Estatutos, sin que sea admisible la remisión de otro órgano social, para su fijación.

REPLICA

El Notario recurrente interpuso recurso de alzada contra el anterior acuerdo, manteniéndose en todas sus alegaciones y añadió: A. En orden al segundo defecto de la nota de calificación. Que el Registrador alega como único argumento para mantener la calificación recurrida una interpretación literal y parcial de la redacción del acuerdo octavo de los adoptados por la Junta universal de la Sociedad, pero de los acuerdos sociales y de la certificación que los recoge, según el contexto de la escritura resulta que la voluntad social no es la que pretende el señor Registrador, y aún más expresivo es que no se publique en dos periódicos de gran circulación en la provincia la modificación del objeto social que exige los artículos 163 del Reglamento del Registro Mercantil y 150 de la Ley de Sociedades Anónimas, a diferencia de la publicación que se hace en los periódicos del cambio de denominación. Que en definitiva, pudiendo demostrarse que la voluntad social es el mantenimiento del objeto social sin modificación alguna, tiene plena vigencia el artículo 7.º y la disposición transitoria quinta del Reglamento del Registro Mercantil. B. Respecto al tercer defecto de la nota de calificación: Que la redacción del artículo 16, último párrafo, de los Estatutos sociales es respetuosa con los artículos 9, h), y 130 de la Ley de Sociedades Anónimas y sus concordantes, y 124, 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil. Que las Resoluciones citadas en su acuerdo por el señor Registrador no pueden invocarse en defensa de dicho acuerdo, sino más bien en su contra.

DOCTRINA DE LA DIRECCION

Vistos los artículos 18 al 20 del Código de Comercio; 9, h), 130 y disposición transitoria tercera de la Ley de Sociedades Anónimas 7 y disposición transitoria quinta del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Para decidir acerca del primero de los defectos impugnados han de destacarse las siguientes circunstancias: a) Se presenta a inscripción una escritura por la que se elevan a públicos determinados acuerdos adoptados por la Junta general de cierta Sociedad anónima, entre los cuales figuran los dos siguientes: «Cuarto. Se propone por los accionistas de la Entidad la adaptación de los Estatutos sociales a la vigente Ley de Sociedades Anónimas, siendo dicha proposición aprobada por unanimidad. Octavo. Con el citado acuerdo de adaptar los Estatutos sociales a la Ley 19/1989, de 25 de julio, se modifican

en su totalidad los mismos, adaptándolos a dicha Ley y refundiéndolos en un solo texto con la nueva denominación y capital social —cuya modificación se acuerda también en el mismo acto—, y que tendrá la siguiente redacción, que es recogida a continuación. b) El Registrador estima que en el artículo de los Estatutos relativo al objeto social —que se mantiene en su integridad— se incluyen indebidamente actividades que están reservadas por Ley, de forma exclusiva, a determinadas Sociedades. c) El Notario autorizante, sin cuestionar la fundamentación sustantiva del defecto, solicita que se declare su improcedencia por cuanto «demostrado que la voluntad social es el mantenimiento del objeto social sin modificación alguna, tiene plena vigencia el artículo 7.º del Reglamento del Registro Mercantil y su disposición transitoria quinta y, en consecuencia, procede la inscripción del acuerdo de refundición estatutaria tal cual ha sido protocolizado.

2. Es cierto, como afirma el recurrente, que no hay cambio del objeto social y que aunque se formule un nuevo texto estatutario de refundición no por ello ha de deducirse la existencia de voluntad social modificativa respecto de aquellos preceptos que son trascritos íntegramente. Pero también lo es que existe una voluntad social de adaptación total de la norma estatutaria a la nueva legislación que, en cuanto a los artículos que se reproducen literalmente, implica una ratificación de su contenido con referencia al nuevo marco legislativo, y es precisamente la valoración de esta efectiva adecuación de aquéllos y ésta lo que el Registrador debe efectuar ahora en cumplimiento de la disposición transitoria tercera del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 y del artículo 18-2 C. de c. en su redacción actual.

Por otra parte, no cabe invocar en el caso considerado la presunción de validez del acto inscrito en el Registro Mercantil para decidir la calificación de los artículos estatutarios que no experimentan modificación respecto de su contenido anterior, pues es evidente que dicha presunción sólo puede operar con referencia a la legislación vigente en el momento de practicarse la respectiva calificación, y lo que ahora impone la citada disposición transitoria tercera es la revisión y depuración del contenido registral a la luz de la nueva normativa promulgada.

3. El tercero de los defectos de la nota impugnada invoca indefinición en la existencia o no de retribución para los administradores y falta de fijación del sistema retributivo si efectivamente la tuvieron. La cláusula en cuestión dispone: La remuneración de los administradores, en su caso, será fijada por la Junta general, pudiendo consistir, bien en una cantidad fija o en una participación en los beneficios, con las limitaciones que al efecto establece la Ley, y sin que en este último caso la participación pueda exceder del 10 por 100 de los beneficios sociales. El defecto debe ser confirmado en su totalidad. Por una parte, la frase inicial «en su caso» produce, efectivamente, indeterminación acerca de si los administradores estarán o no retribuidos, pues su sentido lógico y colocación lleva a entender que la retribución queda condicionada a alguna circunstancia; sin embargo, no se especifica cuál es «ese caso» en que habrá derecho a ella. No cabe estimar la alegación del recurrente de que esa

expresión no pretende condicionar la existencia, sino únicamente trata de aclarar que cuando la retribución consista en una participación en beneficios sólo tendrá lugar si los mismos existen. Si tal hubiera sido la finalidad perseguida con esa expresión, es evidente que no se han satisfecho las exigencias de claridad y precisión inherentes a la trascendencia de las normas estatutarias y a la reducción de los instrumentos públicos, máxime si se tiene en cuenta que aquella aclaración, por obvia, resulta innecesaria. Por otra parte, dicha cláusula no satisface las exigencias legales al respecto: Los artículos 9-H «in fine» y 130 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas son categóricos y no dejan lugar a dudas: Cuando se prevea retribución para los administradores, los Estatutos, en armonía con su naturaleza de norma rectora de la estructura y funcionamiento de la Entidad y con la exigencia de plenitud y especificación en sus determinaciones y para garantía de los legítimos intereses de los socios —actuales y futuros— han de precisar el concreto sistema retributivo a aplicar —sea éste simple o combinado—, de modo que su alteración exigirá la previa modificación estatutaria; no es suficiente la mera previsión estatutaria de varios sistemas alternativos, dejando al arbitrio de la Junta la determinación de cuál de ellos ha de aplicarse en cada momento.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el acuerdo y la nota del Registrador.”

RESOLUCION de 20 de febrero de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don José Luis Martínez Gil, contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de constitución de una Sociedad Anónima (BOE 5 marzo).

“En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don José Luis Martínez Gil, contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de constitución de una Sociedad Anónima.

CONTENIDO DOCUMENTAL

El día 19 de enero de 1990, ante el Notario de Madrid don José Luis Martínez Gil, se otorgó escritura de constitución de la Sociedad «Proinvestor, Sociedad Anónima». En los Estatutos de dicha Entidad se estableció: «Artículo 15, último párrafo.—No obstante la Junta se entenderá convocada y quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto siempre que esté presente todo el capital desembolsado y los asistentes acepten por unanimidad la celebra-

ción de la Junta». «Artículo 30.—Los miembros del Consejo de Administración tendrán derecho a una retribución que no podrá exceder del 5 por 100 de los beneficios líquidos repartibles en cada ejercicio social».

CALIFICACION

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos que impiden practicarla: No consta en la escritura la cuantía total o al menos aproximada de los gastos previstos de constitución, de acuerdo con el artículo 8.º 4 de la Ley de Sociedades Anónimas. Por considerar que la referencia al capital desembolsado que se hace en el último apartado del artículo 15 de los Estatutos Sociales no se ajusta a la forma determinada para las Juntas Universales en el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas. Por último, estimar que la forma establecida en el artículo 30 de los Estatutos Sociales para la retribución de los Administradores no cumple con los requisitos mínimos señalados en el artículo 30 de la Ley de Sociedades Anónimas. Siendo todos los defectos subsanables, no se toma anotación preventiva de suspensión por no haber sido solicitada.—Madrid, 21 de febrero de 1990.—El Registrador.—Firma ilegible.—Fdo.: A. Calvo y González de Lara».

209

ARGUMENTACION DEL NOTARIO

El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: Que el primer párrafo de la nota de calificación es un error del Registrador, pues en el expositivo III de la escritura calificada consta la cuantía aproximada de los gastos de constitución. Que el artículo 15 de los Estatutos Sociales se ajusta perfectamente a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que este precepto trata de la Junta Universal y siempre que esté presente en la misma todo el capital desembolsado, está también presente la totalidad del capital suscrito, porque cada una de las acciones tiene que estar desembolsada, al menos en un 25 por 100. Lo que requiere el artículo citado es que están presentes o representadas todas las acciones, y se llega a ese resultado tanto hablando de capital desembolsado como de capital suscrito. Que el párrafo 3.º de la nota de calificación hay que entenderlo referido al artículo 30 de los Estatutos y al artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuyos requisitos son imperativos y no es necesario reproducirlos en el precepto estatutario, cuyo sentido es que una vez cumplidos los requisitos legales, los administradores tienen derecho a una retribución que nunca puede exceder del 5 por 100 de los beneficios líquidos repartibles.

INFORME DEL REGISTRADOR

El Registrador acordó mantener la calificación en cuanto a dos defectos contenidos en los párrafos 2.º y 3.º de la nota, y reformarla en cuanto al párrafo 1.º de la misma, e informó: Que el artículo estatutario controvertido es una copia literal del artículo 55 de la antigua Ley derogada, redacción no recogida en el artículo 99 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que expresamente sustituye la palabra desembolsado por la de social por estricto cumplimiento de las directivas comunitarias, por lo que se puede afirmar que no existe el concepto de capital desembolsado en la legislación actual, estando todo el capítulo V, sección 1.ª del texto refundido de la Ley referido al capital suscrito y que el capital social es el capital suscrito que puede o no estar íntegramente desembolsado y que puede o no tener derecho a voto. Que el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas cita el capital social como sinónimo de capital suscrito para que le puedan ser aplicables los artículos siguientes. Que no es necesario regular en los Estatutos la composición de la Junta general universal, que puede quedar suplido directamente por la Ley, por lo que el hecho de regularse implica presumir que lo es con finalidad de modificar el criterio legal. Que la Ley derogada daba una gran importancia al concepto de capital desembolsado, señalada en la Resolución de 10 de octubre de 1984. Que la nueva legislación ha optado por la atribución del derecho de voto en equivalencia o correlación al capital suscrito o capital social. Que la referencia del artículo 15 controvertido, a capital desembolsado puede dar lugar a la interpretación de que el quórum de votación en las Juntas universales lo sería en relación a tal cualidad del capital y que, estando éste desembolsado en un 25 por 100, serían quórum inferior al mínimo legal. Que la única diferencia entre las Juntas universales y las demás Juntas generales es la falta de convocatorias, aplicándole a aquéllas todo el régimen de las generales, a excepción dicha. Que en cuanto al tercer defecto, hay que señalar que las cláusulas de los Estatutos Sociales deben ser entendidas de acuerdo con la doctrina general de la interpretación y que tal como se encuentra redactado el artículo 30 de los mismos, se entiende que existiendo líquido repartible y sin ningún otro requisito surgirá el derecho de los Administradores a ser retribuidos, sin que quepa otra interpretación. Que el citado artículo 30 no cumple y se aparta de lo señalado en el artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas, que tiende a proteger tanto a los Administradores como a los accionistas, que es imperativo, pero no se puede estimar que en todos los casos surge como supletorio.

REPLICA

El Notario recurrente interpuso recurso de alzada contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que la argumentación del Registrador, en cuanto al segundo defecto carece de base, puesto que son normas que se refieren a requisitos de constitución de la Junta, que no son aplicables

cuando se trata de Junta universal, porque debe estar presente la totalidad del capital social. Que en cuanto al tercer defecto, hay que señalar que las normas imperativas se imponen por sí mismas y excluyen la voluntad privada, no son nunca supletorias, estas son las dispositivas. Que del artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas deben distinguirse dos aspectos totalmente distintos: 1.—La base de cálculo de la participación; y 2.—Los beneficios de que puede detraerse la participación ya calculada. El primer aspecto no es tratado directamente por el citado artículo y, en consecuencia, cabe establecer la base del cálculo con arreglo al criterio que estimen oportuno los fundadores de la Sociedad (el criterio elegido en el caso que se estudia es el de beneficio líquido repartible, que coincide con las legislaciones alemana, italiana y francesa), siempre que en el momento de cobro, tal participación se detraiga de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo mínimo del 4 por 100.

DOCTRINA DE LA DIRECCION

Vistos los artículos 9 h), 12, 99 y 130 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989.

211

1. El primero de los defectos que es objeto de impugnación en el presente recurso presupone que la referencia al capital desembolsado en la previsión estatutaria relativa a los requisitos para la válida constitución de la Junta universal, no se ajusta a lo determinado en el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, que exige la presencia de todo el capital social. Ciertamente, que son conceptos distintos los de «capital social» y «capital desembolsado» y que la nueva ley ha sustituido esta expresión (vid antiguo artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951), por aquélla al regular la denominada Junta universal; sin embargo, no puede desconocerse que a los efectos de determinar la válida constitución de este tipo de Juntas, es irrelevante el empleo de una u otra expresión, pues al exigirse que el desembolso mínimo del valor nominal de cada una de las acciones (vid artículo 12 de la Ley de Sociedades Anónimas), tanto una como otra aseguran la presencia de todos los socios que es el requisito que la Ley, en definitiva, impone.

2. El segundo de los defectos que debe ser examinado en este recurso presupone que no se ajusta a las exigencias legales la previsión estatutaria relativa a la retribución de los administradores, que establece que «los miembros del Consejo de Administración tendrán derecho a una retribución que no podrá exceder del 5 por 100 de los beneficios líquidos repartibles en cada ejercicio social».

3. Debe confirmarse el criterio denegatorio del Registrador. Los artículos 9 h) «in fine» y 130 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas son categóricos al respecto y no dejan lugar a dudas: Cuando se prevea

retribución para los administradores, los Estatutos, en armonía con su naturaleza de norma rectora de la estructura y funcionamiento de la Entidad y con la exigencia de plenitud y especificación en sus determinaciones y para garantía de los legítimos intereses de los socios actuales y futuros, han de precisar el concreto sistema retributivo a aplicar, sea éste simple o combinado, de modo que su alteración exigirá la oportuna modificación estatutaria previa. No es, pues, suficiente la mera previsión de un límite máximo de retribución sin indicar cuál será el contenido de ésta, por lo que resulta innecesario formular ulteriores consideraciones sobre la precisión o ambigüedad de este tipo máximo en función de la existencia de atenciones legalmente preferentes.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto en cuanto al primero de los defectos recurridos, segundo de la nota impugnada, y desestimarlos en cuanto al otro defecto.”

COMENTARIO

212

Todas las resoluciones coinciden en un problema común relativo a la retribución de los administradores. Ello justifica un comentario conjunto, sin perjuicio de tratar separadamente las otras cuestiones suscitadas en cada caso a la Dirección.

A) Adaptación del objeto social.

En la Res. de 18 de febrero de 1991, aflora el complicado asunto de la adaptación del objeto social a la nueva legalidad. Quizás hubiera que considerar si esa adaptación es precisa y verdadera, porque, para ello, ha de subsanar, mediante una modificación estatutaria, una contradicción con la nueva Ley.

El art. 9-b de la Ley alude a “la determinación de las actividades” que integran el objeto social. Esta proposición, con ser novedosa, no aporta novedad respecto de la jurisprudencia registral consolidada al amparo de la legislación anterior (*Vid.* Manuel de la Cámara. *La Reforma del Derecho Español de Sociedades*. Madrid 1987. “Fundación...” pp. 64 y sgs.). Contrariamente, el art. 117 del Reglamento enfrenta la materia con un espíritu, que queda perfectamente expuesto, cuando al

reproducir el tenor legal, añade, a la necesaria “determinación”, el carácter de “sumaria”. Acto seguido expulsa: los actos jurídicos; la expresión “cualesquiera otras actividades de lícito comercio (apartándose de las Res. de 16-10-1964, 2-2-1966 y 27-11-1985 a cuyo entender tales expresiones no representaban fórmulas omnicomprendivas ya que no añadían nada nuevo). Y, finalmente, requiere la concreta indicación de un posible ejercicio total o parcial del objeto enunciado a través de sociedades intermedias.

El criterio reglamentario en cuanto transforma en sustantivo un prurito gramatical, me parece criticable, según expuse en relación al proyecto correspondiente en el homenaje a Manuel de la Cámara (*AAMN*, T. XXXV, V.II). Ahora bien el efecto perturbador se incrementa si se contempla dicho precepto como un mero desarrollo de lo previsto en la Ley. De esta suerte se invierte el orden lógico de las premisas, para deducir que contradicho el Reglamento, contradicha la Ley, con la consiguiente adaptación estatutaria en todo caso, que al tomar como pauta el reglamento le asigna una eficacia retroactiva por vía indirecta.

Hasta aquí una visión ortodoxa del asunto. Pero, ¿qué ha ocurrido? Se ha atendido a razones de oportunidad. Desde la Ley de 1951 han llovido múltiples disposiciones sobre anónimas especiales. En vez de establecer una interpretación acorde con la realidad, que reputara excluidas ex lege, las actividades sujetas a la legislación especial, el Centro Directivo ha seguido una línea excesivamente rígida, cuya consecuencia pone en evidencia su fundamento, ya que finalmente ha desembocado en una cláusula de estilo en las escrituras, en la redundancia de declarar excluido, lo ya excluido legalmente. Fuera de esta solución militan, sin embargo, muchas sociedades inscritas: es el momento de aprovechar la oportunidad y realizar —como reza la resolución comentada— “una revisión y depuración del contenido registral a la luz de la nueva normativa”.

Casi todas las adaptaciones estatutarias del objeto social acaban en la práctica por quitar determinados “etc.” o “cláu-

sulas de lícito comercio en general” y en la introducción de sendas cláusulas de estilo, la de participación en otras sociedades y la exclusión de las actividades reservadas a las anónimas especiales.

Es hora de inquirir si esto implica una auténtica modificación estatutaria, cuando resulta evidente, que no hay más que meras correcciones gramaticales o la explicitación, por activa y por pasiva, de conclusiones obvias. Por eso, entiendo que una respuesta positiva traduciría una regresión jurídica injustificable al tornar sacrosanta la letra, ya ni siquiera de la Ley, sino de la ordenanza reglamentaria. Carece, pues, de sentido recabar en estos casos, el acuerdo de la Junta, así como la publicación de anuncios.

214

Se ha querido, en fin, rehabilitar objetos sociales inscritos, cuando propiamente no hacía ninguna falta. Pero ante lo inevitable: ¿no sería suficiente una solicitud de los administradores para limpiar el objeto social de impurezas reglamentarias? La pregunta se responde por sí sola.

Esto supuesto, la resolución precisa con acierto que la refundición de los Estatutos —mera reordenación— no supone una voluntad modificativa. Si bien, en el caso de especie, se acoge a la declaración escrituraria de que los Estatutos se modifican en su totalidad, para dar entrada a la calificación global de todas sus cláusulas, inscritas o no. El argumento de la Dirección es impecable en el plano lógico, por más que la lógica siempre esta presa de sus premisas. Queda en el aire —al no haber sido debatido— el fundamento sustantivo de los defectos señalados.

De cualquiera de las maneras, un breve análisis revela, a la postre, el artificio: si la voluntad de adaptación plena, abre paso a la recalificación de lo ya inscrito, ¿qué acontece en la hipótesis denegatoria? Pues que el asiento recalificado prosigue en el Registro bajo la salvaguardia de los tribunales. O sea, que no se rechazaría el asiento inscrito, sino la pretendida adaptación del mismo. Mas, entonces, ¿a qué negar la inscripción de los estatutos, si es perfectamente posible significar en el título calificado, que la cláusula en cuestión, sigue pendiente de adaptación?

B) La irrelevancia a los efectos de la válida constitución de la Junta Universal del empleo de la expresión capital suscrito o capital desembolsado.

Esta declaración cae por su propio peso: sorprende, por consiguiente, que hayan tenido que recaer dos resoluciones sobre el particular tan espaciadas en el tiempo, la de 20 de febrero de 1991 y la de 26 de agosto de 1991.

C) Eliminación de los sistemas de retribución alternativa.

Sin entrar en el análisis concreto de cada una de las cláusulas, que motivan las diferentes resoluciones, centraré mi comentario en la doctrina establecida por la Dirección de una manera general. Quiero, sin embargo, introducir aquí un inciso, que considero importante, respecto de la Res. de 20 de febrero de 1991, cuyo recurso me ha hecho llegar amablemente mi compañero José Luis Martínez Gil.

Esta resolución —que se orienta en igual sentido que las demás hacia la eliminación de los sistemas alternativos de retribución— incurre en una evidente incongruencia, por cuanto las cuestiones discutidas no eran otras que: la supuesta necesidad de reiterar en los Estatutos la aplicación del art. 130 L.S.A.; cuando por sí misma esta norma es imperativa; y la circunstancia de si puede pactarse, como razona perfectamente el Notario recurrente, que los beneficios a recibir sean los repartibles, en lugar de los líquidos, cual pretendía el Registrador. No se entiende bien, por lo tanto, la razón de semejante desviación (cuando en la Res. de 18 de febrero de 1991, anteriormente comentada, se ignora expresamente el fondo de los defectos alegados por no haber sido cuestionado); y es que la simple invocación del art. 130 L.S.A. en relación a sendos extremos concretos no debe autorizar a la Dirección para enjuiciar una problemática diferente, para ampliar, en definitiva, la calificación del Registrador con nuevos reparos,

salvo que con ello se pretenda desnaturalizar su función para convertirla en un órgano calificador superpuesto. Resulta, en fin, tanto más vulnerable cuanto el resumen de los antecedentes omite buena parte del recurso del Notario, en defensa de su escritura y en cierta dosis de su crédito profesional. Sería más oportuno y, por supuesto, más conforme con la realidad, que al reproducirse la nota, se haga igual con el recurso consiguiente.

Expuestas las consideraciones precedentes, procede examinar la doctrina de la Dirección, que se declara en los siguientes términos:

“Los artículos 9h ‘in fine’ y 130 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas son categóricos y no dejan lugar a dudas: Cuando se prevea retribución para los administradores, los Estatutos en armonía con su naturaleza de norma rectora de la estructura y funcionamiento de la Entidad y con la exigencia de plenitud y especificación en sus determinaciones y para garantía de los legítimos intereses de los socios —actuales y futuros— han de precisar el concreto sistema retributivo a aplicar —sea éste simple o combinado— de modo que su alteración exigirá la previa modificación estatutaria: no es suficiente la mera previsión estatutaria de varios sistemas alternativos, dejando al arbitrio de la Junta de la determinación de cuál de ellos ha de aplicarse en cada momento.”

Este párrafo se repite en todas las resoluciones referidas.

“Los artículos 9h y 130 LSA son categóricos no dejan lugar a dudas”. Efectivamente, no dejan lugar a las dudas sobre la necesidad de indicar si el cargo ostenta o no carácter retribuido. Pero no van más allá.

Como pone de manifiesto Tomás Giménez Duart al glosar la Res. de 20 de febrero de 1991 en *La Notaría* (n.º 3 de 1991), el art. 130 de la LSA: “no pretende que se establezca un derecho irrevocable de los administradores, cuando éstos, como tales, pueden ser revocados en cualquier momento. Tampoco puede perseguir el precepto que se fije cuantitativamente el tantum de la retribución... Por otra parte, ni esta norma, ni

ninguna otra de la LSA, puede pretender que los estatutos aten de tal modo a la sociedad, que ésta se vea obligada a remunerar a los administradores aunque haya pérdidas o, caso de acudir al sistema de participación en las ganancias, que de este porcentaje resulten unas cifras exorbitantes. Tampoco es previsible que la norma obligue a un sistema formal de retribución cuya concreción material quedará siempre al arbitrio de la Junta (ése es el resultado a que lleva la doctrina de la Dirección: pura forma)."

Suscribo íntegramente las palabras antecedentes y coincido con el autor en el hecho de que el art. 130 de LSA sólo trata de advertir a los socios —presentes y futuros— acerca del carácter retribuido del cargo.

El criterio de la Dirección rompe, en este punto, con una práctica, que sin exagerar, se venía produciendo, por más de treinta años. Como siempre acontece en el mundo societario, la rigidez añadida a las estructuras jurídicas, se sortea con fórmulas subyacentes de flexibilidad. Así tiene uno la impresión de que cada vez menudean más las cláusulas que atribuyen al cargo un carácter gratuito, sin perjuicio de la posible asignación de dietas de asistencia por la Junta General. En esta previsión, aparentemente inocente, la dieta suplanta a la retribución, que por indeterminada ni siquiera está reconocida.

Resulta, en suma, criticable, que se dé la espalda a un sistema que respondía perfectamente a las necesidades reales. Ello sin un apoyo positivo, puesto que los artículos aducidos, en recta interpretación, como hemos visto, no entran a dilucidar si cabe o no un sistema alternativo de retribución, que contemple una remuneración fija o una participación en beneficios, a elección de la Junta General; en el segundo caso, con aplicación de lo dispuesto en el art. 130 LSA. Es más, estas cláusulas son perfectamente admisibles a la luz de las directivas comunitarias, incluso en lo que concierne al Proyecto de Quinta Directiva, que únicamente prohíbe la autodeterminación de la retribución por el órgano que deba percibirla.

La insuficiencia de los artículos enunciados no escapa a la

Dirección que se ve obligada a redondear su conclusión sobre la base de la naturaleza de los estatutos como: “norma rectora de la estructura y funcionamiento de la Entidad y con la exigencia de plenitud y especificación en sus determinaciones...”

El Centro Directivo emplea el método, que los lógicos, denominaron “ponendo tollens”, en su versión “de pongo” (la plenitud de determinaciones) “para quitar” el sistema alternativo de retribución. Se interpone el concepto para desmontar una cláusula perfectamente conciliable con la Ley.

Se utiliza el método en una dirección opuesta a la que propugnara Ortega y Gasset en la razón histórica. Decía Ortega: “el pensamiento tiene para alcanzar al radical extranjero que es el ser, que es lo real, que restarse a sí mismo... sacar de la realidad lo que él ha puesto en ella, que es siempre una falsificación de ella, porque, es cuando menos, una exageración”.

218

Pareciera que sobre la auténtica dimensión real del problema ha prevalecido el llamado principio de especialidad.

Las consecuencias de seguir este hilo conductor se perciben en la nota que dio lugar a la *Res. de 4 de septiembre de 1991* (BOE 8 de octubre de 1991) cuando afirma el Registrador que “no puede dejarse el arbitrio de la Junta como hace el art. 16 de los Estatutos, el fijar o no la remuneración de los Administradores, así como su cuantía sino que debe fijarse en los Estatutos.

La Dirección resuelve elegantemente el problema, por cuanto considera la cuestión carente de interés doctrinal.

Ello es explicable en relación a la petición exorbitante de fijar la cuantía, pero en relación a la parte restante del defecto causa la más absoluta perplejidad constatar que la cláusula discutida (el susodicho art. 16 de los Estatutos) es idéntica a la que rechazara, por las razones expuestas, la Resolución de 18 de febrero de 1991 (el Notario autorizante de las escrituras es el mismo). La cláusula reza: “La remuneración de los administradores, en su caso, será fijada por la Junta general,

pudiendo consistir bien en una cantidad fija o en una participación en los beneficios, con las limitaciones que al efecto establece la Ley, y sin que en este último caso, la participación pueda exceder del diez por ciento de los beneficios sociales.”

Repito: la redacción es absolutamente idéntica; en un caso es repudiada; en el otro deviene sin interés doctrinal.

Pienso que esta posibilidad, reconocida en el artículo 76 del Reglamento del Registro Mercantil habría de quedar en letra muerta. El caso de especie ilustra sobradamente esta conclusión, pues deja al intérprete en la más absoluta penumbra sobre el pensamiento de la Dirección: ¿existe una rectificación encubierta? Y si no existe, ya que lógicamente habría de ser expresa, ¿se está reputando sin interés doctrinal la misma doctrina sentada por la Dirección General?

José Angel Martínez Sanchiz
Notario

SOBRE LA DELIMITACION TEMPORAL DEL ORGANO ADMINISTRATIVO EN LAS SOCIEDADES LIMITADAS

(Res. 13 marzo 1991)

221

RESOLUCION de 13 de marzo de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto a efectos doctrinales por el Notario de Madrid, don Carlos Vázquez Balbontín, contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de constitución de sociedad (BOE 22 mayo).

“En el recurso gubernativo interpuesto a efectos doctrinales por el Notario de Madrid, don Carlos Vázquez Balbontín, contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de constitución de sociedad.

CONTENIDO DOCUMENTAL

El día 29 de junio de 1990, ante el Notario de Madrid, don Carlos Vázquez Balbontín, se otorgó escritura de constitución de la sociedad de Responsabilidad Limitada «Castilriba, Sociedad Limitada».

CALIFICACION

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: Suspendida la inscripción del precedente documento por comprender los siguientes defectos que impiden practicarla: 1. Haber caducado la certificación de la denominación social (artículo 379-1 Reglamento del Registro Mercantil). 2. No expresarse la nacionalidad de don David Calle Lofstrom y don Enrique Calle-Pinker (artículo 7-1.º Ley de

Sociedades de Responsabilidad Limitada). 3. No expresarse la duración en el cargo del Administrador (artículo 124.3 Reglamento del Registro Mercantil). Si bien dichos defectos son subsanables, no se toma anotación preventiva por no haber sido solicitada y, en cumplimiento del artículo 62.3 del Reglamento del Registro Mercantil extendiendo la presente en Madrid a 13 de agosto de 1990.—El Registrador Mercantil. Firma inteligible. Posteriormente subsanados los defectos apuntados, fue inscrita la citada escritura.

ARGUMENTACION DEL NOTARIO

El Notario autorizante del documento interpuso a efectos doctrinales recurso de reforma contra los defectos primero y tercero de la calificación, y alegó: Que la certificación de denominación social expedida por el Registro Mercantil Central fue de fecha 4 de mayo de 1990, cuyo plazo de vigencia viene determinado en el artículo 379.1 y el artículo 378.1 y 2, ambos del Reglamento del Registro Mercantil, establece cuándo debe estar vigente dicha certificación. Que el artículo 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil no es directamente aplicable, sino por remisión del artículo 174.8 del mismo, pero hay que entender, que sólo son aplicables las menciones congruentes con la propia naturaleza de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, en las que no es esencial el plazo de duración del ejercicio del cargo de Administrador. Y al no señalarse plazo es, por tanto, de duración ilimitada, conforme, todo ello, a lo dispuesto en los artículos 11 y 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que prevalecen frente a la interpretación extensiva de preceptos reglamentarios.

222

INFORME DEL REGISTRADOR

El Registrador dictó acuerdo, manteniendo la calificación en todos sus extremos, e informó: A. En cuanto al punto primero de la nota de calificación: Que el defecto apuntado es inexistente y, como alega el recurrente, del artículo 379.1 del Reglamento del Registro Mercantil se desprende la plena vigencia de la certificación de la denominación social. B. En lo referente al punto tercero de la nota de calificación: Que en cuanto a si en una sociedad limitada debe constar el plazo de duración en el cargo de los Administradores hay que señalar que según los artículos 11 y 13 de la Ley de dichas sociedades y 124 y 174.8 del Reglamento del Registro Mercantil, salvo lo específicamente regulado en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, será de aplicación a los administradores de la sociedad limitada lo dispuesto para los administradores de la sociedad anónima; por tanto hay que tener en cuenta los siguientes preceptos del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas: 9 h), 126 y 138, sin olvidar el artículo 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil. De todo lo cual resulta la imperatividad de la constancia del período de duración en el cargo de los Administradores de una sociedad limitada, o bien, que no se pone límite a tal período y que ejerzan su cargo indefini-

damente (en tanto no les fuera revocado). Que en cuanto a si en los casos de ausencia del plazo de duración en el cargo de los Administradores, ha de entenderse que el nombramiento se efectúa por tiempo o plazo indefinido, hay también que citar el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que está exigiendo la expresión del periodo de tiempo de duración y no cabe suponer el plazo indefinido ante su inexpressión. En este sentido se orienta el artículo 1.285 del Código Civil y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las Resoluciones de 24 y 26 de noviembre de 1981, que son de aplicación analógica.

REPLICA

El Notario recurrente apeló, a efectos doctrinales, el anterior acuerdo, manteniendo las alegaciones referentes al punto tercero de la nota de calificación, y añadió: Que la palabra señalar es sinónima de mostrar o indicar, y en este sentido muestra la duración indefinida el simple hecho de que el nombramiento no está sometido a plazo, lo cual es permitido por la Ley (artículo 117 del Código de Comercio) y, además, es algo específico de la naturaleza de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Que el artículo 13 de la citada Ley no habla de plazo, sino de duración, y la duración no sujeta a plazo es indefinida. Que los artículos 1.281, 1.283 y 1.284 apoyan la tesis mantenida. Que las Resoluciones de 24 y 26 de noviembre de 1981 se refieren a Sociedades Anónimas.

223

DOCTRINA DE LA DIRECCION

Vistos: Los artículos 11 y 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 9, 126 y 138 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 124-3.º y 174-8.º del Reglamento del Registro Mercantil.

Primero.—En el presente recurso se suspende la inscripción de una escritura de constitución de Sociedad Limitada por no expresarse la duración del cargo de administrador a lo que se opone el recurrente por entender que «el hecho de que el nombramiento no esté sometido a plazo demuestra inequívocamente la duración indefinida del cargo de administrador, lo cual está permitido por la Ley, al no estar prohibido (artículo 117 del Código de Comercio) y además es algo específico de la naturaleza de la Sociedad Limitada».

Segundo.—La cuestión planteada es, pues, la de determinar si está efectivamente exigida la fijación en la escritura de constitución de una Sociedad Limitada de un plazo de duración para el cargo de administrador o si, por el contrario, cabe estipular que su duración sea indefinida; y en esta última hipótesis si el no señalamiento de plazo equivale a la previsión de duración indefinida. Queda fuera del recurso lo relativo a la existencia o no de límite temporal máximo, en caso de ser necesaria la fijación del plazo.

Tercero.—Debe confirmarse el defecto impugnado toda vez que: a) El artículo 11 de la Ley de Sociedades Limitadas (modificado por la Ley 19/1989)

ordena la aplicación a los administradores de esta sociedad de lo dispuesto para los administradores de la Sociedad Anónima sin más excepciones que las establecidas en aquella Ley; b) La Ley de Sociedades Anónimas quiere indubitadamente la temporalidad del cargo de administrador sin perjuicio de indefinidas reelecciones, al imponer la fijación estatutaria de un plazo de duración que, además, no podrá exceder de cinco años (*vid.* artículos 9, 128 y 138 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas); c) El actual artículo 13 de la Ley de Sociedades Limitadas lejos de excepcionar para la sociedad limitada esta necesaria determinación de plazo, ordena que la escritura social señale el período de tiempo durante el cual los administradores ejercerán el cargo; d) La exigencia de señalamiento de un período de tiempo para el ejercicio del cargo de administrador es obviamente incompatible con la duración indefinida por cuanto el señalamiento de un período de tiempo supone la fijación de sus momentos inicial y final.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto confirmando el acuerdo y la nota del Registrador.”

Quizás pueda expresar mejor mi pensamiento ciñéndome a la argumentación de la Resolución.

Dice la Resolución:

1.º El ejercicio del cargo de Administrador es temporal. Cierto.

2.º El artículo 11 LSRL remite a la LSA. Cierto.

3.º El artículo 13 LSRL lejos de excepcionar confirma la remisión. Cierto. “Juxta modum”.

En efecto:

a) No excepciona respecto a la temporalidad del ejercicio del cargo.

b) Sí excepciona respecto al plazo y en dos maneras:

Una, no mencionando el plazo, por lo que aquí debería jugar el art. 117 C de c y los arts. 1.281 y ss. C.c.;

Otra, dejando inequívocamente claro que de existir (o tener que existir) plazo, éste no tiene límite temporal legal, por lo que podría señalarse la consumación de los siglos o el fin de los tiempos, que, pese a dejar perfectamente definida

la duración, es lo más parecido que yo imagino a la duración indefinida.

4.º Señalar un período de duración exige la fijación de sus momentos inicial y final. Ciertamente, pero de esto no se sigue necesariamente que los momentos inicial y final, deben ser por fuerza expresados voluntariamente y distintos de los fijados por la Ley.

De todo lo cual se concluyen dos cosas posibles:

Una, que tenga que decirse expresadamente (frente a las normas de interpretación más admitidas) que se quieren los plazos legales (que son imperativos);

Otra, que sea necesario fijar un verdadero plazo voluntario, cuyo momento inicial parece marcado forzosamente por la Ley, y el final puede ser tan distante en el tiempo que resulte casi grotesco y prácticamente haga la duración indefinida.

Carlos Vázquez Balbontín
Notario

COMPRA: PRECIO Y DISTRIBUCION

(Res. 5 abril 1991)

RESOLUCION de 5 de abril de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Granollers, don José Gómez Pascual, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 4 de Barcelona a inscribir una escritura de compraventa (BOE 22 mayo).

227

“Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Granollers, don José Gómez Pascual, contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número 4, de Barcelona a inscribir una escritura de compraventa.

CONTENIDO DOCUMENTAL

El día 7 de julio de 1989, don José Gómez Pascual, Notario de Granollers autorizó escritura de compraventa en la que doña María Luisa Páez Fernández y don José Luis Escrivá de Romaní Páez venden una vivienda de la que la primera es usufructuaria y el segundo nudo propietario, a los esposos don Francisco Bosa Rodríguez y doña Montserrat Mato Salgado, casados en régimen de separación de bienes, que la compran por mitad y proindiviso.

CALIFICACION

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, número 4, de los de Barcelona, fue calificada con la siguiente nota: Registro de la Propiedad número cuatro de Barcelona.—Suspendida la inscripción del precedente documento (escritura autorizada por don José Gómez Pascual, Notario de

Granollers, el 7 de julio de 1989, número 1.927) porque, realizando la venta el usufructuario y el nudo propietario de la finca, no consta la distribución del precio entre ellos (o su destino); y porque, siendo dos los compradores, tampoco consta la distribución entre ellos del mismo precio (o su origen).—No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado.—Contra esta calificación puede interponerse recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña, en el plazo de cuatro meses, conforme a los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario.—Barcelona, 24 de octubre de 1989.—Fdo.: Pedro Avila Navarro.—Registrador de la Propiedad.

ARGUMENTACION DEL NOTARIO

El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la venta es un sólo negocio jurídico en el que dos personas, usufructuaria y nudo propietario venden por un precio cierto, cuya distribución entre ellos es cuestión interna que no es de incumbencia ni del Notario autorizante ni del Registrador de la Propiedad que tiene que inscribir. Que en cuanto a los compradores, la cuestión es aún más diáfana, pues al comprar dos personas por mitades indivisas y por un precio cierto, parece lógico presumir que el precio lo han satisfecho también por mitad pero si no fuere así, ello escapa a la calificación registral. Que no se invoca ningún precepto legal porque la nota de calificación tampoco lo hace para decir cuál se infringe.

INFORME DEL REGISTRADOR

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: A.—Que la nota de calificación gira en torno al concepto y requisitos de la compraventa en el artículo 1.445 del Código Civil. B.—La venta de nuda propiedad y de usufructo.—Que teniendo en cuenta lo establecido en el artículo antes citado hay que señalar que como hay contrato cuando una persona vende a otra el usufructo de una finca, y lo hay también cuando otra persona vende la nuda propiedad al mismo comprador, hay dos compraventas cuando ambos venden, sus respectivos derechos: afirmación que hay que hacer en todos los casos de unidad o pluralidad de escrituras, porque el hecho de que los actos se formalicen en uno o varios instrumentos no puede cambiar la naturaleza de las cosas, y en el caso de que los dos vendedores vendiesen fincas distintas, siendo esto lo que ocurre en el caso que se estudia, en virtud de lo establecido en el artículo 334 número 10 del Código Civil. En este sentido cabe citar las Resoluciones de 10 de octubre de 1907, 9 de febrero de 1928 y 5 de mayo de 1931, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1947. C.—La compra por partes indivisas.—Que lo mismo debe decirse cuando varias personas compran partes indivisas de una misma finca; la pluralidad de compraventas se ve claramente en ese supuesto tan frecuente en la actualidad en que

un local destinado a garajes se vende por cuotas, con o sin asignación de plazas, todas esas ventas tienen su precio, muchas veces distinto para las mismas cuotas, y no deben dejar de tenerlo por el hecho de que se reflejen en una sola escritura. D.—La Subrogación real.—Que al hablar la nota recurrida de «destino» y «origen» del precio, trata de dejar abierta una nueva posibilidad que el vendedor-usufructuario y el vendedor-nudopropietario hayan recibido el precio para hacerlo suyo en usufructo y nuda propiedad, en subrogación real con la finca vendida; o que los compradores proindiviso hayan pagado con dinero que también les pertenecía proindiviso en la misma porción; pero ninguna de esas posibilidades puede presumirse, y en este punto hay que citar las Resoluciones de 10 de febrero de 1928 y 5 de mayo de 1931. E.—El negocio Unitario.—Que la afirmación del recurrente de que la venta es un solo negocio jurídico no está en contradicción con las ideas expuestas, pues la doctrina del negocio complejo hace perfectamente viable que ambas compraventas sean queridas por todas las partes como un solo negocio dirigido a la transmisión de la cosa como cosa cierta. El que dicho negocio complejo sea querido como un solo negocio refuerza la necesidad de precios separados para compraventa, pues para el caso de resolución en cadena de todas las compraventas, por fallo de una de ellas, será necesario conocer el precio que debe restituirse a cada uno de los vendedores y F.—Alcance de la calificación.—Que se trata de un problema sustantivo de exigencia de un precio cierto en la compraventa. Que siendo un requisito esencial para la existencia del contrato, la nota de calificación no deniega la inscripción sino que la suspende, puesto que se estima *inverosímil* que en la realidad extranotarial se haya celebrado el negocio sin acordarse el precio que había de cobrar cada vendedor y de pagar cada comprador, por ello, dando por supuesto que la distribución o fijación del precio ha sido hecha en la realidad, encuentra el defecto en que no se ha reflejado en la escritura.

229

AUTO PRESIDENCIAL

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador fundándose en los argumentos aducidos por éste.

REPLICA

El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que si se lleva la argumentación del señor Registrador a últimos extremos nos encontraríamos en presencia de cuatro compraventas. Que es fundamental en la cuestión debatida el principio de autonomía de la voluntad, inspirador de nuestro ordenamiento jurídico, recogido en el artículo 1.255 del Código Civil. Que desde el punto de vista estrictamente sustantivo, no existe en nuestro Código Civil ningún precepto que se oponga a que las partes configuren sus relaciones como un solo y único contrato de compraventa (artículos 1.262, 1.273, 1.274 y 1.445 del Código Civil). En las

relaciones entre compradores y vendedores surgen antes de su consumación, a cargo de ambas partes, obligaciones recíprocas, únicas e indivisibles, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.139 del Código Civil. Que, por supuesto, nada impide que las partes hubieren configurado de otra manera sus relaciones, precisamente amparadas en el principio de autonomía de la voluntad, y que hubieren querido dar trascendencia a las particulares relaciones entre cada uno de los titulares, tanto transmitentes como adquirentes, o que esa trascendencia viniese impuesta por normas imperativas, pero ello no ocurre aquí. Que tampoco desde el punto de vista hipotecario, existe ningún precepto que impida la inscripción. El Título presentado es idóneo para causar la inscripción de dominio en favor de los adquirentes (artículos 2.1 de la Ley Hipotecaria y 4 y 5 de su Reglamento). Que no parece que puedan considerar decisivos los criterios de la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones alegadas, ya que no constituyen doctrina consolidada, como lo demuestra la Resolución de 5 de mayo de 1931. Que, por último, tampoco parece decisiva la cita de la aislada sentencia del Tribunal Supremo pues no se aclara si la argumentación del Alto Tribunal constituía «ratio decidendi» de la cuestión litigiosa o era mero «obiter dictum».

Vistos los artículos 1.139, 1.149 a 1.151 inclusive, 1.255, 1.445 y 1.772 del Código Civil; 217 del Reglamento Hipotecario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1964, y las Resoluciones de 10 de octubre de 1907, 9 de febrero de 1928 y 5 de mayo de 1931.

1. En este expediente hay que resolver si es inscribible una escritura de compraventa en la que los vendedores-usufructuario y nudopropietario transmiten la propiedad de un piso a un matrimonio de vecindad civil catalana y, por tanto, casados bajo el régimen legal de separación de bienes, por precio de ocho millones de pesetas, piso que ambos esposos adquieren por mitad y proindiviso y en donde se da la circunstancia —según la nota de calificación— de que en la escritura de compraventa no aparece distribuido el precio satisfecho ni entre los dos vendedores de una parte, ni entre los dos compradores de otra.

2. En todo negocio jurídico que se concluye es primordial la voluntad de las partes en base al principio de autonomía de voluntad recogido en el artículo 1.255 del Código Civil y por eso pueden concurrir los pactos y cláusulas que tengan por conveniente siempre dentro de los límites establecidos en dicho artículo y de ahí que la prestación —entrega de la cosa o pago del precio en la compraventa— puede configurarse bajo la forma de mancomunada o solidaria, divisible o indivisible, etc., lo que se traslucirá en unas consecuencias jurídicas diferentes que se acomodarán a lo requerido por los interesados y se encuentran protegidas legalmente.

3. En las obligaciones indivisibles, junto a las que lo son por la propia naturaleza del objeto, cabe también encontrar una indivisibilidad convencional

en los casos en que siendo dicho objeto divisible, los contratantes bien mediante convenio expreso o bien implícitamente han estipulado que la obligación se ejecute como indivisible, y esto último es lo que sucede en la escritura discutida, pues de su lectura se deduce que se trata de un solo y único contrato de compraventa en el que la prestación tanto por parte de los vendedores como por la de compradores es conjunta e indivisible.

Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y la Nota del Registrador."

DOCTRINA

No es preciso distribuir el precio de la compraventa entre los vendedores, usufructuario y nudo propietario del bien, ni entre los compradores que lo adquieren por mitades indivisas.

COMENTARIO

Perfecta resolución, en su claridad argumental y en sus conclusiones, que por fin acaba con la ficción hipotecaria de que, vendiendo o comprando varios sujetos, existe una pluralidad de compraventas.

La cuestión no es de mera técnica registral, sino que pudo tener su trascendencia sustantiva, fundamentalmente en lo que al pago del precio aplazado se refiere. En efecto, supuesto que compren varias personas con precio aplazado y no pague una de ellas, constituiría una auténtica aberración estimar que el vendedor únicamente puede resolver la compra respecto del que no ha pagado, porque, no siendo solidarias las obligaciones de los compradores (no hay solidaridad si no se pacta expresamente), cada uno de ellos cumple aisladamente con el vendedor pagando "su parte". Este modo de proceder supondría romper gratuitamente la unidad negocial, mediante estimar tantos contratos diferentes como "partes" compradoras o vendedoras hubiere.

Como ya puso de relieve Roca Sastre, la clasificación de los créditos conjuntos en mancomunados y solidarios es a todas luces insuficiente, y precisamente de esa insuficiencia arranca la confusión a la que la anterior forma de argumentar conduce. Téc-

nicamente, decía Roca, los créditos conjuntos se clasifican en:

a) PARCIARIOS, que son los que el C.c. llama “mancomunados” (cada uno debe o cada uno acredita una parte del total);

b) SOLIDARIOS (cada sujeto debe o acredita la totalidad, sin perjuicio de los ajustes internos); y

c) EN MANO COMUN, que es una institución quasi procesal en cuya virtud, pese a que cada uno puede ser deudor o acreedor de una parte, todos los acreedores han de actuar, o todos los deudores deben ser demandados, *conjuntamente* (litis-consorcio activo o pasivo necesario). A este último tipo pertenecen las obligaciones “indivisibles” que contemplan los artículos 1.149 y ss. del C.c. y, más concretamente, en lo que concierne a nuestro supuesto, el artículo 1.151-1.º Y ello sin perjuicio de que la obligación indivisible pueda ser, a su vez, mancomunada o solidaria.

232

Pues bien, en el caso objeto de la resolución, habiendo indudablemente un solo negocio de compraventa, hay una sola obligación de entrega de la cosa y una sola obligación de pago del precio, lo que no significa que en caso de pluralidad de sujetos la “parciariedad” ex art. 1.137 se rompa, sino que siendo, por ejemplo, la obligación de pago indivisible (porque no tendría sentido que el vendedor cobrara media casa y recuperara la otra mitad) todos los compradores constituyen “una sola parte”, por lo que el impago por uno afecta a los demás, no en el sentido de que a ellos pueda ser reclamada la parte del insolvente (la obligación no se transforma en solidaria), sino en el sentido de que todos ellos (quién pagó y quién no pagó) sufrirán las consecuencias (resolución ex art. 1.504, por ej.) del cumplimiento parcial de la obligación de pago del precio.

Por ello, habiendo una relación jurídica indivisible, como dice el Notario recurrente (Gómez Pascual), la distribución es cuestión interna que carece de trascendencia a los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Tomás Giménez Duart
Notario

A) Informes y comunicaciones

RENACIMIENTO DE LA IDEA DE LA CODIFICACION: EL CODIGO CIVIL HOLANDES DE 1992

ANGEL MARTÍNEZ SARRIÓN

Notario

235

El título que sirve de base a estas breves reflexiones, a modo de adelantado de una consideración más elaborada, reproduce en castellano lo que constituía la temática general de un coloquio celebrado en Salzburgo el año 1990, cristalizado después en un volumen recopilado por sus inspiradores Franz Sydlinski, Theo Mayer-Mali y Johannes W. Pichler, bajo la denominación genérica de *Renaissance der Idee der Kodifikation: Das neue Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch 1992*, Viena-Colonia 1991.

Casi simultáneamente a la aparición del libro, con presteza germánica el *Archiv für die civilistische Praxis*, dedicaba, puede decirse que monográficamente el cuaderno 5.º de su núm. 191, a lo que en sus breves frases introductorias y de agradecimiento a la sensibilidad de la Revista, reputaba el profesor Dieter Medicus que “en vista de tal proyecto las dificultades unidas al transcurso y consecuencias de este proceso son para otros

países del mayor interés”, con lo que destacaba la posible resonancia que su metodología y sistemática estaba llamada a ejercer dentro de las concepciones que giran en torno a los modelos significados por el Código Civil suizo, el alemán y el austriaco, sin marginar las repercusiones respecto al problema de mayor entidad en torno a la vigencia del fenómeno codificador y su adecuación a nuestros tiempos.

Ciertamente que el proceso codificador se ha visto sometido a revisión en los últimos años. Parecía que, como toda institución humana era más apta para incorporarse a la historia de los cuerpos legales codificados que para abrirse al futuro. Codificación sí, codificación no, ha constituido el dilema en que se han debatido los juristas en las últimas décadas.

Los trabajos y opiniones vertidas en diversos coloquios internacionales, acentuaban la idea de que la codificación estaba superada. En Milán el año 1979 se producía una fuerte tendencia a considerar la inadecuación de la codificación, cual se muestra en las actas del coloquio intituladas *Temi della cultura giuridica contemporanea* (Padua 1981), que ya había permitido escribir a Natalino Irti, en *L'età della decodificazione* (*Diritto e società* 1978, p. 613): “*Il codice è morto. Il tempo in cui si codificava - specialmente, in cui si codificava il diritto civile - è un tempo superato*”.

Fiel a estos postulados mantiene Irti su apreciación en otra de sus aportaciones, señaladamente en *Legi speciali. Del mono-sistema al poli-sistema* (Riv. dir. civil. tom. XXV, I, 1979, p. 145): “No más *mono-sistema* correlativo a la estructura del Código civil, dirigido con arreglo a los diseños y participaciones en él (de donde nacía el “*Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code*”); sino *poli-sistema*, como cuadro de conjunto o marco de conjunto en el que se inscribe una *pluralidad de micro-sistemas y de lógicas sectoriales*. El Código civil es tan sólo una parte del sistema (o poli-sistema) del derecho privado, que tiene en su centro a la Constitución y de la que irradia un haz de núcleos legislativos”.

El planteamiento de Irti, no deja de ser novedoso y un poco también noveloso. Pensar que porque existe una Constitución sobre el Código civil, pues que con mayor amplitud se establecen, reconocen y protegen los intereses legítimamente protegidos, entraña un simplismo fundamentalista que entra abiertamente en la magia de los conceptos para volver las espaldas a la realidad ambiental que es el caldo de cultivo que determina la oportunidad o conveniencia de las formulaciones teóricas de principios.

El Código civil en el pensamiento irtiano pasa a ser un verdadero cajón de sastre, del que se van extrayendo las partes aprovechables para integrarlas en leyes especiales y del que al cabo de los años sólo cobijará aquellos harapos que aunque inservibles, se conserven por el solo valor de afección que pueden tener. Con lo que el Código civil más que exposición de antigüedades pasaría a ser el destartelado almacén de un ropavejero.

237

Congruentemente se inscriben sus derivaciones respecto a lo que a su entender viene a significar el jurista: “Al jurista ya no le corresponde decidir el destino de la sociedad ni de vigía de la custodia de los supremos intereses del Código civil. Posee una competencia específica y suministra prestaciones técnicas, destinadas a confluir, junto con otras innumerables, hacia horizontes lejanos que escapan a su elección y a su control. En la edad liberal, el Código civil manifestaba una visión conjunta de la sociedad, de la que los juristas no eran tanto intérpretes cuanto artífices o realizadores. En nuestros años, el jurista es un personaje secundario y más bien incómodo, que recuerda a los verdaderos grupos decisorios —clase política, empresarios, administración pública— el denso entramado urdido por las leyes especiales”.

Esta visión idealizada para los políticos, economistas, financieros y especuladores, resulta completamente caricaturesca para los hombres dotados de una formación humanista. Querer hacer ingenieros juristas conlleva a ver en los seres humanos, no la individualidad sino el rebaño, el hormiguero o la colmena.

Estos y otros excesos y arbitrariedades han servido para mostrar las desnudeces encubiertas de semejantes concepciones. Por ello ha intentado Adriano De Cupis volver a reconducir las aguas a su cauce natural, al que deben confluir las torrenteras que amenazan con inundarnos de leyes, tan poco eficaces y devastadoras como las aguas naturales. Así en su escrito *A propósito di Codice e di decodificazione* (En Riv. dir. civil. XXV. II. 1979, núm. 6, p. 53) ha dado un aldabonazo al sentido común, pues que “a través de las vicisitudes, las crisis y los cambios, la exigencia de un sistema legislativo ordenado razonablemente, idóneo a satisfacer la perdurante aspiración a la certeza, recogido en un *corpus* orgánico en vez de disperso en tantos cuerpos separados, permanece: Es la exigencia que en tiempos extremadamente diversos (y no por primera vez en el siglo pasado) ha dado vida al movimiento de la codificación, que todavía justifica la esencialidad del Código, adaptado a las nuevas exigencias, receptivo de las reformas, que induce a rechazar la construcción de un sistema policéntrico, o sea, de un conglomerado de fragmentos diversos, para que prevalezcan sobre el Código, pese a su total carencia de organicidad”.

La visión agonística de los detractores del Código, como en la estampa evangélica estaba llamada a caer sobre un pedregal y en el mero decurso de unos años se había agostado. Ello ha posibilitado el meditar sobre la vieja temática y repristinar los tradicionales planteamientos, que no en balde suele ser mejor lo malo conocido que lo bueno por conocer.

No tenía, por ende, nada de extraño, que, una institución tan prestigiosa como la Academia Internacional de Derecho comparado vinculada a la *Faculté internationale pour l'enseignement du droit comparé* de Estrasburgo, que ya se había acreditado por encontrarse a la vanguardia de las grandes corrientes jurídicas del pensamiento actual en sus Congresos, 6.º en Hamburgo (1962), 7.º en Upsala (1966), 8.º en Pescara (1970), 9.º en Teherán (1974) y 10.º en Budapest (1978), se consagrara en su reunión de 1982, con motivo del 11.º, celebrado en Caracas, al estudio específico, entre sus cuarenta y seis temas,

en su Sección 1.^a B, *Teoría general y filosofía del derecho* de “¿La codificación, una forma superada de legislación?” en el que actuaron de coordinadores internacionales los profesores Wilhelm de Frankfurt a Main, y Sacco de Turín.

Según la relación que del mismo efectúa el profesor Gambaro (*Riv. dir. civil.* XXIX, 2.^a parte, 1983, p. 89) “las comunicaciones nacionales más significativas, Tallón por Francia, Coing por Alemania, Baudouin por Québec, Bodenheimer por EE.UU., se han mostrado concordes en sostener la vigencia de la codificación como sistema en uso”.

Es un hecho constatado que en Francia, en la génesis de la codificación, Napoleón la inició con cinco Códigos, que hoy alcanzan el número nada desdeñable de cuarenta y ocho, todos ellos en vigor. Y en congruencia con ello, desde 1948, han sufrido modificaciones esenciales, cuando no han aparecido por primera vez en su redacción primigenia, nada menos que cuarenta Códigos civiles, lo que ha motivado que Rodolfo Sacco haya escrito que desde la Segunda guerra mundial, gran parte del mundo parece sumida en un frenesí codificador, en una fiebre cuya intensidad no tiene precedentes en la historia. Así se insertan en esta panorámica Grecia, Portugal, Québec y Luisiana.

Sobre la base de un proyecto de Código civil general, la Unión Soviética, en 1961 facilitaba a cada una de las repúblicas que la integraban la elaboración de un Código civil que recogiera sus peculiaridades dentro de lo poco permitido por la inelasticidad de sus principios generales. En 1964 Polonia llevaba a cabo la aparición del primer Código civil en su historia. La anterior República democrática alemana, sustituía el BGB, en 19 de junio de 1975 por su *Zivilgesetzbuch* (ZGB) integrado por 480 párrafos. Checoslovaquia, redactaba en 1949 y en 1961 un primero y segundo *epcansky zákonik* o código civil. Hungría sacaba a la luz un proyecto de bases en 1959 y de ella obtenía el PTK de 1978. Yugoslavia reunía en un Código el derecho de familia y de sucesiones y establecía, a similitud del suizo, un Código único para las obligaciones. Bulgaria y

Albania preparaban un Código general que incorporase en una trabazón armónica todo el derecho privado diseminado en leyes especiales. Rumanía sentaba las bases de un nuevo Código civil.

En la órbita de los países africanos, iniciaba la orientación codificadora Abisinia, por medio de la promulgación por Haile Selassie del Código redactado por René David, habiéndole seguido en este sentido, Egipto en 1948, Siria en 1949, Irak en 1951, Libia en 1953, Jordania en 1971, Sudán en 1971, Somalia en 1973 y Argelia en 1975.

De los países de América latina, Colombia efectuaba la puesta al día del Código civil de 26 de mayo de 1883 en el año 1973; Bolivia en 1976; Brasil completaba su Código civil de 1 de enero de 1916 con la Ley de introducción de 4 de septiembre de 1942; Chile por Decreto de 17 de julio de 1987 fijaba el texto legal actual; Perú, reconocía vigencia desde 14 de noviembre de 1984 a su primer Código civil; y finalmente Paraguay, por Ley 1.183 de 18 de diciembre 1985 promulgaba el Código civil de la República del Paraguay para regir el 1 de enero de 1987, con lo que derogaba plenamente el Código argentino de Velez Sarsfield.

Meditando sobre esta realidad de vida del Código que atestigua su presencia activa en los más variados lugares y que van adoptando los países en la medida que se van integrando en los estadios de una civilización más depurada, deduce Rodolfo Sacco (*Codificare: modo superato di legiferare?* En Riv. dir. civil. XXIX, 1.º, 1983, p. 131) que “la presencia de una jurisprudencia activa, consciente, coherente, reduce la importancia del problema de la codificación. Por un lado, si de hecho se desea la codificación para dotar de uniformidad, previsibilidad y modernidad a la regla de derecho, estas mismas ventajas se aseguran con la presencia de un derecho creado por el juez, con tal que aquél sea suficientemente coherente y moderno. Por otro lado, la presencia de un derecho judicial adornado de las cualidades mencionadas y siempre que el lenguaje de los jueces sea (o pueda ser) aproximadamente

uniforme, hace viable la redacción de un Código. Basta con etiquetar ordenadamente todos los productos del Tribunal, para redactar un código. El código anotado ayer deviene el código nuevo de hoy, en el que las anotaciones llegan a ser los verdaderos artículos, que se añaden a los artículos del modelo original. Paulatinamente, en el que sólo la jurisprudencia prepare las adiciones y la puesta al día alcanzaría una consolidación. El grado de abstracción de cada artículo en concreto, no superaría la amplitud de la regla que aparece como la mejor a los ojos del juez.”

Y cuando un código “no sea la consolidación de unos precedentes jurisprudenciales, hay que investigar la relación en que se encuentra con la doctrina. Un tal código no presupone la organicidad del derecho. Presupone la organicidad de la representación del derecho; es decir, del conocimiento que tienen los juristas, de su propio derecho. La organicidad de esta representación va a pie juntillas con la presencia de conceptos (o, alternativamente, de principios) generales bien sistematizados, lo que garantiza al dictado normativo el carácter general y abstracto, la solemnidad, el estilo lapidario y un tanto inspirado, la precisión, en una palabra el estilo lógico y literario, característico de los códigos.”

En este campo de Agramante, donde todos se consideran vencedores, ciertamente, ha venido a terciar, la auténtica irrupción en el sombrío panorama, que supone el Código civil holandés, *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (N.B.W.) cuyos libros 3, 5 y 6, así como una parte del 7 han entrado en vigor el primero de enero del año en curso. Con ello se han acumulado materiales nuevos al viejo edificio de la Codificación.

Si bien no sería exacto sostener que la Codificación era poco menos que una reliquia histórica, relegada al estudio de los juristas eruditos, tampoco es afortunado estimar que con ella, se tiene el prototipo permanente al que reconducir todos los procesos legislativos. Los códigos que se mantienen estables se anquilosan, al igual que el hombre inmóvil acaba por entumecerse. Por ello es imprescindible ese caminar impercep-

tible, reposado, pausado, pero que delata su vida, por cuanto sólo así, sus preceptos dejan de ser fuente del derecho para convertirse en derecho mismo.

Mas repárese en esto: La movilidad o adaptación debe provenir de adentro, de su misma estructura orgánica, como una salida natural de su peculiar conformación, paliando sus limitaciones y salvando sus deficiencias por el tratamiento adecuado a que lo someten los juristas, marginando con ello los remedios postulados por los políticos que a modo de ortopédicos improvisados, suplen sus desconocimientos con aprestarse a aportar unas muletas, que por muy bien que se las revista y disimule, por muy articuladas que se las presente, no dejan de manifestar la función de suplir las extremidades del hombre, la carencia de sus valores legales, pese a que se ponderen con el estrambótico mote de leyes especiales. Con un buen código y unos buenos tribunales que dicten una jurisprudencia progresiva sobra legislación y legistas; al tiempo que se descubre la exigencia de contar con un buen estamento de juristas, como en los mejores tiempos. Lo demás es decadencia y babelismo. El jurista es el crítico de la ley, no el servidor de ella. No ha sido creado el hombre para ser esclavo de la ley, sino para beneficiarse de ella. Que lo aprendan de una vez los que consideran equivocadamente y sin dolo que la eficacia de un parlamento va unida al peso de sus leyes.

El trabajo del profesor Hondius, *Das neue Niederländische Zivilgesetzbuch* (en *Arch. für civ. Praxis*. 191 (1991), p. 378 sig.) resulta aleccionador en extremo, por lo que, constituye materia obligada de referencia.

Ya en 1947 la reina Guillermina había confiado al profesor Eduard Maurits Meijers la preparación de un proyecto de una nueva Codificación del derecho civil holandés. Casi cuarenta y cinco años más tarde, en 1987 se preguntaban los juristas de los Países Bajos en un estudio especialmente dedicado a esta cuestión, *Het Nieuw B. W. in perspectief* si esta nueva Codificación se había conseguido o más bien había resultado un fracaso. La contestación, según Hondius, debe considerarse en

lo que atañe a la visión que acerca de la Codificación tienen formada los juristas alemanes, austriacos y suizos, con la perspectiva de la elaboración de un futuro código civil europeo.

La nueva codificación holandesa ofrece la característica de producirse por etapas sucesivas, cual si con ello se quisiese sacar las consecuencias provechosas de las cubiertas y conjurar las dificultades presentadas sobre la marcha para intentar marginarlas, por lo que, se ha ido demorando su entrada en vigor de una sola vez y como si fuese un cuerpo sistemático. De aquí que ya rigiesen con antelación los libros 1.º, dedicados al derecho de personas y de familia, el 2.º a las personas jurídicas, y el 8.º a medios de tráfico y transportes.

Como indicaba los libros que han entrado a regir en el primer día del año noventa y dos, han sido el 3.º, comprensivo de la parte general del derecho patrimonial, el 5.º, del derecho de cosas, el 6.º, parte general del derecho de obligaciones, y cuatro capítulos del 7.º, que afecta a la parte especial del derecho obligacional, recogiendo en un texto unitario los contratos que con anterioridad se integraban en el Código de comercio, cuales los seguros y los títulos valores, junto con aquellos otros en que merece consagrarse un trato especial a la parte contratante más desvalida o débil, como el arrendamiento de goce y de goce y disfrute, los contratos de trabajo y los de compras a plazos.

Se destaca especialmente por Hondius y por Hartkamp (*Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht, Arch. für civ. Praxis*, cit. p. 369 sig.) que la nueva Codificación prácticamente ha desmantelado al Código de comercio, sin que formalmente haya sido derogado, con lo que, propiamente ha quedado reducido a constituir tan sólo una reglamentación subsidia-ria para las actividades internas entre comerciantes. Y ello quizá, porque se ha pensado, que no hay que dejarse llevar por los afanes iconoclastas de considerar que aquello que hoy no responde a los dicterios de la moda o de las inclinaciones

de las gentes, está por demás conservarlo. Lo que hoy no sirve puede servir mañana. Por ello está más en consonancia con la naturaleza de las cosas dejar que duerman las instalaciones que no matarlas, o fulminarlas.

La nueva codificación ha extraído así mismo, las normas básicas desperdigadas en los prolijos y alambicados preceptos de las leyes especiales, dotándolas de una mayor resonancia, proveyéndolas de una mayor claridad gramatical y de conceptos y despojándolas de toda la hojarasca circunstancial y oportunista. Así, de la legislación acerca de la protección del consumidor, entiende que tal protección se desenvuelve con mayor eficacia cuando se actúa en el derecho civil y no se reduce al derecho mercantil. Ciertamente, la difusión del tráfico en masa, ha sido tan nefasto en el ámbito del derecho, que inconscientemente ha llevado al legislador a degradar al hombre a consumidor, y ello por lo que tiene de víctima más o menos indefensa ante la catarata de medios con que se le intenta hacer prisionero del consumismo. Hay que proteger al consumidor. Falso. Hay que respetar los derechos individuales del hombre. Y estos derechos se encuentran preferentemente amparados en las leyes civiles, en nuestro caso, en el Código civil. En este sentido expresa Hondius que “la protección del consumidor, proveniente de los últimos decenios, no se encuentra únicamente en el ámbito de la parte general de las relaciones obligacionales, sino también en particular en los contratos concretos, como compra y fianza”.

Ciertamente con esto se supera un planteamiento añejo: La inmobiliaria que se dedica a construir edificios para vender, en la calificación jurídica de su actividad, ha de tener la consideración de relevante el comprador, que si no es comerciante, atrae consigo la naturaleza civil de su operación, y lo mismo en la fianza de Bancos y establecimientos de crédito que aunque sean mercantiles pierden esta coloración cuando se aplica a remediar necesidades de particulares, no comerciantes.

El primitivo Código holandés que data de 1838, carecía de una parte general, a modo de ley introductoria, tan del agrado y al par tan necesitada, en los códigos de estampa germánica. El NBW ha colmado este vacío, con lo que, posibilita una sistemática al conjunto, pese a la temporalidad de su distante entrada en vigor.

En el art. 13 introduce el concepto de abuso del derecho.

En el libro 3:

El capítulo 3.2 regula la inscripción en el Registro de la Propiedad.

El capítulo 3.3 sienta una nueva regulación de la representación.

El art. 84 prohíbe la transmisión fiduciaria de la propiedad.

El art. 86 ofrece una nueva normación de la adquisición y pérdida de la propiedad de las cosas muebles.

El art. 92 contiene una cierta restricción a las reservas de propiedad.

En el libro 6:

El art. 80 como nueva regulación establece un derecho de reducción general en la compensación de los daños.

En el art. 212 introduce una normación del enriquecimiento injustificado, hasta el entonces no tenido en consideración.

Se inscribe el NBW en la general tendencia europea de ampliar los supuestos de responsabilidad por riesgo y en los esfuerzos por reemplazar el sistema de sanción de daños delictuales por un más eficiente sistema social de resarcimiento.

A grandes y toscos trazos ahí queda insinuado el itinerario jurídicamente a recorrer. Si durante algún tiempo prevaleció el desaliento y el desinterés por la legislación, en manos pecadoras de políticos más avisados que preparados para estos menesteres, vuelve de nuevo a despertar la conciencia jurídica, condescendiente y complaciente con un pretendido vendaval democrático, que durante los últimos años más que recomponer la sociedad ha buscado primar sus conveniencias programáticas, más al servicio de utopías devaluadas,

que de la realidad constatada. Cuando las leyes salen como los hongos, a diferencia de éstos, no hay ninguna comestible.

Con sólo leyes circunstanciales, de ocasión o de saldo, lo más que se consigue es apuntalar el Estado de derecho. Importa, aquí y ahora, ir aprendiendo la lección que brinda Europa.

LIBERTAD Y EQUILIBRIO EN EL CONTRATO

JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO

Notario

247

Consentimiento y Libertad. Esquema clásico: su insuficiencia ulterior.

La idea de Contrato hunde sus raíces en la de Libertad y sólo es concebible desde ella; pues este área de la acción humana, referida a las convenciones sobre intereses materiales, es un círculo menor dentro del más amplio y concéntrico de libertad civil que comprende todo acto o convención de Derecho Privado, y que a su vez se inscribe en otro aún mayor que abarca cualquier manifestación de la Libertad como principio y derecho constitucional, incluyendo las formas supremas de compromiso con ideales y valores.

De ahí que la Ley no sólo repunte inexistente la voluntad contractual si falta la capacidad-tipo (sin la cual ni siquiera hay conciencia de la libertad ni de su ausencia); sino que además admita la desvinculación cuando el consentimiento haya sido

forzado por una coacción física o moral, o afectado tanto por malicia ajena como por error propio en el objeto o en la causa (arts. 1.300/1.301 C.c.).

Durante siglos, este sencillo esquema pareció completo y vino a constituir el marco del consentimiento, esencia del contrato. Sin embargo, lo cierto es que tal esquema estaba trazado desde el valor entendido de que los contratantes eran iguales (al menos, dentro de una relatividad tolerable) en una libertad de determinación no rebajada al grado mínimo por desequilibrios de necesidad, o de dificultad en el conocimiento de las consecuencias contractuales. Sin embargo, en los últimos tiempos, a causa de fenómenos sobrevenidos, estos presupuestos no revelaron, en el sector más importante de la contratación (el inmobiliario), ingenuos y contradichos por la realidad.

248 En efecto, la extensión del sistema de “economía de mercado” a la producción y distribución de bienes inmuebles y servicios aplicables a su tráfico, al afectar a bienes de tan primaria necesidad como los espacios físicos de trabajo y vivienda, desencadenó un proceso aún no detenido de acumulación y escasez que ocasionó una absoluta quiebra de la teórica igualdad entre las fuerzas de la oferta y la demanda en el mercado, y un avasallamiento del consumidor y el inversor por la oferta empresarialmente organizada.

Los Ordenamientos no reaccionaron a tiempo ante esos procesos monopolistas u oligopolistas, de acumulación y especulación, y su pasividad permitió que los núcleos de poder material generados de esta forma acabaran convirtiéndose en fuerzas indispensables para el desarrollo económico y el empleo, lo cual vendría a condicionar gravemente la corrección legal de aquellas patologías del mercado.

La actividad legislativa, miope ante este fenómeno y sus consecuencias en ciernes, se centró, así, en organizar primero un sistema de seguridad jurídica inmobiliaria cimentado sobre un Registro de la Propiedad de alta precisión técnica, dirigido ante todo a ofrecer garantías plenas al crédito financiero como motor de impulso de la circulación de la riqueza inmueble;

y mucho más tarde (a destiempo ya de enmendar infinitos desmanes consumados y apta sólo para preservar el futuro) en una normativa de ordenación territorial conceptualmente muy depurada. Ni una ni otra servían para regular el equilibrio del mercado inmobiliario; y por añadidura, la innegable calidad técnica de ambas corría pareja con su complejidad, poco asequible al contratante medio, lo cual más bien complicó el desequilibrio denunciado, ya que la desigualdad en el acceso al conocimiento jurídico, sumada a la económica de capacidad decisoria en el mercado, potenció el abuso y el dolo contractuales.

Al cabo de esta evolución, hay que interrogarse si realmente sobrevive la libertad civil en la contratación privada. ¿Acaso ante la presión de la necesidad y la carencia provocadas no se halla el consentimiento tan coercido como ante la coacción violenta o intimidatoria? Y ante el vasto e intrincado universo normativo, la contratación en términos de adhesión y la privación de facto al consumidor de una asistencia institucional inexcusable que compense su inferioridad de información, ¿no ha agravado el desequilibrio real hasta el límite, desamparando a éste ante el contratante dominante, gangrenando su libertad decisoria, y abandonándole a una inseguridad jurídica plagada de riesgos? No puede honradamente arguirse la pretendida igualdad entre adultos constitucionalmente libres: la propia Constitución (art. 9,2) reconoce la distancia entre deseo y realidad. En las condiciones expuestas, la libertad decisoria “*en*” el contrato está minada y asfixiada, y es falaz sostener que contratar o no, sean alternativas reales que supongan libertad “*de*” contratar.

El esquema jurídico tradicional quedó pues desbordado y rezagado, porque los Ordenamientos occidentales (un día cristalizados sobre modelos prestigiosos, pero dogmatizados con exceso reverencial) se mostraron incapaces de calibrar o de contrarrestar las alteraciones que el sistema económico adoptado desde entonces introdujo en la antropología social, al compás de la cual debe evolucionar el Derecho.

“Liberalismo” y libertad real: necesaria recuperación de ésta.

250

No se hizo un replanteamiento honesto del dogma de libertad contractual ni un análisis crítico de los efectos en gran medida antisociales que, en un contexto de hondas desigualdades de poder entre gentes y grupos, provocó el liberalismo jurídico, diseñado paralelamente al económico en el doble plano sustantivo y formal. El liberalismo sustantivo abrió de hecho la veda a todo tipo de cláusulas abusivas, o de riesgo fraudulento, del contratante dominante frente al débil; y el liberalismo formal acabó privando al último por regla general, en el crítico momento de suscribir el contrato, de la información y asistencia preventivas (tan precisas en un Derecho de alta complejidad técnica) que el dispensador de la forma pública está institucionalmente obligado a suministrar con ocasión de ella. Hoy, los contratos inmobiliarios entre promotores y particulares (y aun entre particulares, casi siempre que interviene una “empresa mediadora”) son predispuestos, “de adhesión”, en términos de “lo toma o lo deja” para el contratante necesitado, de modo que de hecho, hasta esta simple alternativa es sólo nominal, incluso en tema de vivienda, “derecho fundamental” según el art. 47 de la Constitución, dentro del Título I, y hasta asimilada (art. 10 ap. 2) a los derechos humanos.

Equilibrio en las opciones y en la información son presupuestos de la auténtica libertad civil contractual; y el Estado debe promoverlos en su Ordenamiento con atención prioritaria. En los contratos entre particulares (cuya igualdad relativa puede considerarse suficiente) cabe entender que tal equilibrio existe; pero en la contratación entre empresas y consumidores o inversores particulares, en que lo presumible es el desequilibrio, las condiciones “de adhesión” sólo se justifican cuando se trata de empresas que, tras arriesgadas inversiones industriales o mercantiles de beneficio general, suministran bienes o servicios a la masa de la población. No es el caso de la

promoción inmobiliaria, cuya inversión concentrada carece de riesgo y genera casi sistemáticamente plusvalía especulativa. Por eso urge que la Ley erradique en este sector empresarial el contrato de adhesión y devuelva su sentido auténtico a la libertad contractual.

Si el Código civil (art. 1.091) equipara el contrato a una Ley entre las partes, ello debe entenderse tanto en términos de vinculación como de garantías. Por tanto, en su libertad decisoria y en la información que la funda, las partes han de ser iguales en el contrato, como iguales son los ciudadanos ante la Ley; y puesto que el contrato es considerado parte del Ordenamiento jurídico, ha de estar sometido al imperio de los principios superiores de igualdad y libertad enunciados por el art. 1 de la Constitución, que —como la dignidad humana, otra de las claves de la bóveda jurídica constitucional tan malparados resultan en los contratos de derecho privado suscritos en términos y circunstancias de adhesión. Bien está que el contrato digno de tal nombre tenga status de Ley; pero nunca por encima del que la Constitución asigna a la Ley misma, que es lo que representaría no aplicarle los presupuestos que aquélla exige para identificar y reconocer la auténtica Legalidad.

251

Bases legales de promoción del equilibrio contractual.

Si la normativa civil (acobardada ante la expansión del mercantilismo) se mantuvo en una pasividad favorecedora de los intereses del oligopolio deformante del mercado inmobiliario, la Constitución sí contiene unos principios que podrían servir por sí mismos —dado el directo carácter supernormativo que se les reconoce— para inducir una corrección de su aberrante prepotencia. Tras incluir la libertad entre los valores superiores del Ordenamiento jurídico español proclamados en su art. 1,1, el 9,2 alecciona a los Poderes Públicos (y por ende al legislativo y al judicial) sobre su deber “de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo

sean reales y efectivas” y de “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”; debiendo añadirse que el art. 51 no sólo ordena en su número 2.º a esos Poderes que promuevan la información y educación de los consumidores y usuarios, sino que les exige en el 1.º garantizar su defensa, protegiendo mediante procedimientos eficaces su seguridad y sus legítimos intereses económicos.

La faceta de la información ha sido ya objeto de desarrollo parcial (en general acertado, aunque todavía perfectible) principalmente a través del RDL de 21 de abril de 1989. Pero hay dos importantes asignaturas pendientes. Una, la regulación-marco de las Condiciones Generales de la Contratación (cuyo anteproyecto, ya estudiado por la Comisión General de Codificación, sigue en el anaquel de los buenos propósitos); y otra, una normativa garantista de la Forma en la contratación inmobiliaria, de la que hace poco fue anunciado otro anteproyecto por el Ministerio de Justicia a los medios de comunicación.

La Ley que regule las Condiciones Generales de la Contratación con la Administración, entes públicos o concesionarios de servicios públicos, monopolios naturales y entidades públicamente intervenidas o controladas, es la ocasión de desactivar (empleo deliberadamente terminología artificiera antiterrorista) los contratos de adhesión con consumidores, sobre todo de vivienda, predispuestos por empresas inmobiliarias, y prohibir cuantas cláusulas merezcan proscripción por sus riesgos abusivos o fraudulentos, sea cualquiera su forma documental, y se propongan o no en términos de adhesión. En lo que respecta al anteproyecto anunciado por Justicia, sus líneas generales de documento público e inscripción no obligatorios, pero sí constitutivos del efecto transmisivo de propiedad, o creador o transmisor de derechos reales inmobiliarios, podrían realmente, si no quedan cabos sueltos que permitan su soslayo, vaciar de sentido los contratos privados previos expuestos al “dictado”, promover información y asistencia institucional equilibradora, y reforzar la lucha contra el fraude y el abuso.

Función notarial, equilibrio y libertad civil.

Perfeccionándose esta contratación, en el 999 por mil de los casos, en documento privado, parece acertado el promocionar así, como instrumento activo frente a aquella manera degradada y degradante de “pseudocontratar”, la formalización directa del contrato en documento notarial.

Dentro de un sistema notarial de corte latino, tal idea es correcta; pues a diferencia del Derecho anglosajón (donde el servicio notarial, en la corta medida en que el Ordenamiento recurre a él, es de mera constatación de hechos a título de testigo especial, ni siquiera revestido de una fe pública a la que se aparece un singular efecto en juicio), en los eurocontinentales de tradición latina —entre ellos, muy señaladamente en el español— se orienta en cambio a controlar y reconducir los actos y negocios jurídicos a fin de prevenir e impedir litigios privados, o al menos aligerarlos y facilitar su solución. Es un servicio cautelar ideado para preservar la paz jurídica, despejando incertidumbres y eliminando gérmenes de conflicto. Joaquín Costa expresó impecablemente su grado ideal de efecto en su antológico adagio “notaría abierta, juzgado cerrado”; y de ahí su relación con el tema que nos ocupa, pues la estadística de controversias judiciales sobre abusos y fraudes se nutre —sin parangón con otras fuentes originadoras— de contratos privados de adhesión.

Esa limpia misión institucional de seguridad jurídica requiere dos servicios en uno: de un lado, llenar unas formalidades documentales dotadas de fe pública para dar certeza a determinadas circunstancias básicas del acto (fecha, lugar, identidades, apreciación de capacidad y libertad de acción de los sujetos, reseña de sus declaraciones); y de otro, suministrar a los mismos cuanta información legal precisen para que su voluntad se forme con plena consciencia, libre de error propio, y en lo humanamente posible, de engaño ajeno.

Es claro que la supremacía —tanto ética como de utilidad social— corresponde a la segunda de ambas funciones; sobre

todo considerando la norma reglamentaria que ordena que, dentro del marco de la imparcialidad, la asistencia deba prestarse cualificadamente a la parte más necesitada de ella. O sea que, sin desdeñar la relevancia de esa patente social de la verdad que la fe pública entraña en los actos privados extrajudiciales, tal potestad es inferior en jerarquía al servicio de información y asistencia institucionales, que sólo un astigmatismo mental puede hacer ver como oportunista añadido legal a la función pública documentadora. Al contrario, el núcleo es el servicio público controlador de la regularidad de las voluntades, y coadyuvante de su formación; función institucionalmente concedida, por razones de eficiencia, a una estructura profesional con economía y responsabilidad independientes. Lo apendicular es la prerrogativa de la fe documental, atribuida por esa capacidad regularizadora, que en esa dual función depara la mayor cuota de seguridad jurídica perseguida.

254

Sin duda, la intención de la Ley al organizar el servicio notarial con esa dualidad fue acuñar una función que orientase a los sujetos acerca de las consecuencias de los actos jurídicos, con imparcialidad institucional, y a la vez, con una depurada competencia de especialista profesional sujeto a concurrencia y a responsabilidad personal por sus yerros; alta profesionalidad que se procuró con una rigurosa selección del aspirantado, y además, con la libertad de elección del notario en plural concurrencia, que basa en la personal confianza el requerimiento de consejo. Así se buscaba una calidad óptima de servicio, capaz de lograr preventivamente un alto grado de seguridad jurídica, con ocasión, sí, de la Forma; pero mediante el control de fondo del acto formalizado.

Dicho control apunta a la legalidad del acto de modo primordial, mas no sólo a ella; pues tras su verificación, se debe extender también, según la normativa reglamentaria, a su mejor adecuación a los fines lícitos perseguidos por los sujetos, y a las condiciones de equidad o equilibrio en que el acto se presente, a las que el autorizante ha de contribuir con su asistencia compensadora. Y a dicho control se debe el que

la anexa investidura formal se favorezca con un efecto de presunción legal de derecho que, en cuanto implícita garantía de la legalidad y juridicidad del acto que adorna, motiva su virtualidad ejecutiva y su aptitud casi exclusiva para la publicidad registral, ambas con un respaldo judicial privilegiado.

La médula de la función es, pues, la asistencia asesora, imparcial por institucional, pero compensadora, cuando los haya (como matiza la norma reglamentaria) de los desequilibrios de información; ya que siempre que existan, habrá un agravio para la equidad que expondrá a riesgos la seguridad jurídica del acto, concebible sólo como prefiguración—no suplantación— de la justicia, y nunca como forma de consolidar lo que la ofenda. Y para eliminar esos riesgos, la naturaleza de las cosas impone que nunca el notario que ha de prestar la asistencia compensadora sea designado, en virtud de razón alguna, por la parte cuya prepotencia causa entre las libertades decisorias de una y otra el desequilibrio a compensar. Lo contrario priva al contratante débil de su última oportunidad compensatoria y degrada la función así desviada de su objetivo.

Por tanto, constituye una acción obligada, en cumplimiento del art. 9,2 de la Constitución, que la igualdad de conocimiento en el contrato inmobiliario sea promovida mediante la exigencia más terminante, y más rígidamente sancionada en caso de soslayo, de que la elección del notario informador y asistente institucional se haga indeclinablemente, por el adquirente consumidor o inversor, o por el prestatario o acreditado financieramente para su adquisición. Existe una disposición, aunque a nivel reglamentario e incompleta en su ámbito, enfocada en esa dirección; pero cuando precede contrato de adhesión, su inobservancia es sistemática, disfrazada de renuncia (en realidad impuesta), o de elección simulada, o dirigida por la contraparte a cambio de supuestas ventajas, o manipulando la ignorancia de su derecho por parte del consumidor.

Mientras ese derecho de elección no sea efectivo, humanamente peligrará el fin a que obedece su previsión reglamentaria: la igualación de los contratantes inmobiliarios en el conocimiento, en la cual, y en grado casi equiparable al equilibrio en la necesidad de hacerlo, se sustenta la libre decisión de contratar.

**PROTECCION AL CONSUMIDOR *IUS POENITENDI*
EN CIERTOS DOCUMENTOS PRIVADOS
(LEY 21 NOVIEMBRE 1991)**

JOSÉ ANGEL MARTÍNEZ SÁNCHEZ

Notario

257

En el BOE del 26 de noviembre de 1991 ha sido publicada la Ley 26/1991 de 21 de noviembre sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Ello en función de la Directiva del Consejo de Comunidades Europeas 85/577 de 20 de diciembre.

Su ámbito de aplicación abarca los contratos, que tengan lugar entre el empresario y el consumidor en el marco subjetivo definido en la Ley 26/1984 de 19 de julio, cuando se desarrollen fuera del establecimiento mercantil.

Quedan fuera por razón del objeto: los de precio inferior a 8.000 pts.; los contratos de seguro y los relativos a la construcción; venta y arrendamiento de bienes inmuebles; así como los atinentes a valores mobiliarios. Por razón de la forma: los documentados notarialmente.

Es conveniente resaltar la precisión terminológica, "los do-

cumentados notarialmente” que literalmente excluye los intervenidos por corredores de comercio. Implícitamente la Ley reconoce la imparcialidad e independencia notariales y las garantías que para el consumidor representa el documento público notarial.

En los demás casos, los contratos privados se sujetan a las siguientes reglas:

a) Se consideran excluidos los realizados en función de catálogo previo, sobre la base de un contacto continuado entre las partes y con la condición de reflejar en el catálogo y en el contrato la posibilidad por parte del consumidor de rescindir libremente el mismo en un plazo que no podrá ser inferior a siete días desde la recepción de las mercancías.

b) Los demás contratos o la oferta contractual —no excluidos— deberán formalizarse por escrito en doble ejemplar, acompañados de un documento de revocación e ir fechados y firmados de puño y letra del consumidor.

258

El contrato celebrado o la oferta realizada con infracción de estos requisitos podrán ser anulados a instancia del consumidor (en realidad aquí la ley no es muy técnica: la oferta se rechaza, no se anula).

El consumidor podrá revocar su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna, hasta pasados siete días desde la recepción. Para determinar la observancia del plazo se tendrá en cuenta la fecha de la emisión de la declaración revocatoria. Esta revocación no está sujeta a forma; en todo caso se entenderá válidamente realizada mediante el envío del documento de revocación. La prueba de haber ejercitado este derecho corresponde al consumidor.

La Ley recoge sucesivamente: una facultad de rescisión (como condición de los contratos excluidos); la facultad de revocación; y a la acción de anulación de los incluidos.

Las facultades de rescisión y revocación coinciden en el plazo preclusivo de siete días, que obviamente es un requisito de mínimos. ¿En qué difieren?

Es indudable que la acción de revocación opera como una

acción legal respecto de un contrato perfecto y seguramente consumado; por eso la ley se remite a lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.308 del C.c. (restitución del precio con sus intereses y de la cosa con sus frutos).

En lo que hace al derecho de rescindir libremente, no integra una acción de rescisión (por causa de lesión), ni propiamente interrumpe la perfección del contrato, ya que sólo cabe rescindir un “quid” preexistente. En rigor se asemeja al desistimiento del art. 1.594 del C.c. pero sin que haya lugar a indemnización. Puede pensarse en una suerte de condición potestativa, amparada legalmente frente a las dudas consustanciales al 1.115 del C.c., y con la consiguiente aplicación del art. 1.120 del C.c., recíprocamente compensados los frutos e intereses de las respectivas prestaciones puesto que no resultan aplicables, en línea de principio, ni el 1.303 ni el 1.308 C.c.

En fin, esta nota no pretende un comentario extenso de la Ley; sí resaltar la importancia del camino emprendido con cierta timidez a la vista del ámbito excluido. En cualquier caso particularmente interesante resulta la introducción del derecho de revocación “*ius poenitendi*”, por el que aboga FIGA FAURA en su importante conferencia sobre la invasión del ámbito civil por las normas mercantiles (*AAMN T. XXVIII*); no ya en el sólo ámbito del consumidor, sino en el más amplio, de lo que denomina: “el hombre civil”.

Quizás haya que considerar en un futuro la aplicación de estas ideas a las operaciones inmobiliarias, que en el pensamiento del autor antecitado se habrían de encontrar comprendidas. Posiblemente una solución de esta naturaleza, combinada con la que en su día ofrecieron MANUEL DE LA CÁMARA y EMILIO GARRIDO CERDÁ, en su ponencia de Montevideo (Vid. *R.D.N.*, n.º 64, pp. 145 y sgs.) sobre la necesaria anticipación de la escritura pública en sede de adquisición de inmuebles, sería la mejor manera de resolver las dudas e incertidumbres anejas al documento privado.

B) Notas bibliográficas

“Metodología de las leyes”, VALLET DE GOYTISOLO, Juan. Bms., Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1991, 715 págs.

Este es un nuevo trabajo de Vallet de Goytisolo que hace el número 130 ó 131 de sus escritos de filosofía jurídica, políticos y sociales, y el número 354 ó 355 si a éstos sumamos sus escritos jurídicos. Tal es la ingente obra de su autor, compañero nuestro en el Notariado y maestro de juristas; ya que Vallet —dice Blanquer Uberos en la “Presentación” de los VII volúmenes de trabajos en *Homenaje a Juan Bms. Vallet de Goytisolo*, a punto de finalizar su edición por la Junta de Decanos, o Consejo General del Notariado—, “es uno de esos juristas que marcan una época y de los que nadie puede intentar apropiarse”. En este nuevo trabajo —un libro de 715 páginas—, Vallet nos muestra, al lado de su vastísima cultura, jurídica y humanística, una profundidad en nada contrapuesta a la sencillez didáctica. En verdad, no puede decirse de Vallet de Goytisolo lo que decía una estudiante universitaria de uno de sus profesores, hombre tenido por poseedor de una gran sabiduría: “¡Sí, ya lo creo, este señor debe ser un gran sabio, puesto que yo no le entiendo casi nada de lo que escribe y explica!”. No puede decirse esto de la “Metodología de las leyes”, ciertamente. En esta obra brillan “el estilo claro, puro y preciso (...), la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma”, que, como deber específico de los Notarios, establece el artículo 418 del Reglamento Notarial; norma que debiera seguirse también por todo el que se precie de jurista (Abogados, Jueces, Registradores de la Propiedad), filósofo o, incluso, escritor.

Una reseña circunstanciada del libro ocuparía muchas páginas de nuestra Revista. Por otra parte, no parece necesario que se llame la atención en estas páginas acerca de la gran importancia de aquél, estimulándose a todos los Notarios para su adquisición y atenta lectura. Como escribió González Palomi-

no: “No todo el quehacer del Notario es objeto del Derecho Notarial (...) (pues) la mayor y mejor parte de su quehacer profesional es su actuación como jurista”; y, para serlo —para ser jurista verdadero—, no bastan, aunque mucho ayuden, haber ganado una oposición, ni siquiera la práctica jurídica en muchos años de ejercicio profesional, moral y legalmente irreprochable. Todo ello constituye, ciertamente, la base en el prestigio concreto del Notariado como corporación, pero no deben olvidar nuestros jóvenes compañeros que la Ciencia Jurídica, esa que algunos practicones llaman despectivamente “teorías”, demostrada por tantos Notarios españoles, ha sido posiblemente el factor más influyente en el Notariado internacional. Este libro de Vallet es una muestra auténtica de dicha ciencia, y de ahí su gran importancia también para los Notarios.

Dice Vallet, en la Introducción del libro, que en su curso de doctorado de 1987-1988, del que resultó una obra anterior “Metodología jurídica” (CIVITAS, Madrid, 1988), partió de diferenciar tres caminos: el de las leyes, el de la determinación del derecho y el de la ciencia del derecho; y que, ahora, desea comenzar por separado la exploración y el estudio de aquellos tres caminos, comenzando por el de las leyes. Este es, pues, el objeto del libro aquí recensionado: el camino de las leyes.

Para un camino adecuado, se precisa una meta adecuada; tal ha de ser el de precisar un concepto idóneo: qué es la ley. En las doce páginas primeras, expone Vallet los significados, sentidos, clases de leyes y la extensión del concepto. Con una breve alusión a la fecunda teoría de Alvaro d’Ors entre “potestas” y “auctoritas” (al “poder” y al “saber”, respectivamente, socialmente reconocidos), abre el estudio metodológico con la distinción entre normas de derecho humano —dotadas de razón y de “auctoritas”— y las que, además, tienen el apoyo de la voluntad imperativa de quien rige la comunidad y de la “potestas” de las personas que imponen esa voluntad. Además de esas normas de derecho humano, han de estudiarse las normas dimanantes de la ley eterna, natural y divina positiva, en cuanto éstas tengan trascendencia jurídica. Tal es la amplísima “Perspectiva general” que constituye la primera parte del libro. La integran tres títulos: Las fuentes de las leyes (I), ordenamientos humanos y ordenamientos jurídicos (II) y las diversas respuestas a la pregunta sobre si existen ciencias jurídicas y cabe, en ellas, la de legislar (III). En cada uno de estos títulos, Vallet sintetiza magistralmente las numerosísimas doctrinas de autores y escuelas filosófico-jurídicas.

En el título I, respecto a la fuente primera de las leyes, resume Vallet las concepciones de Santo Tomás, de Vico, de Montesquieu; las del pensamiento protestante y el teologismo jurídico moderno; las de la tradición histórica y el tradicionalismo filosófico; las perspectivas científicas; y la evolución del cómo el hombre al erigirse en autor y camino inmanente de las leyes —desde los sofistas a la soberanía de la “volonté générale”, del Estado utilitario a la tecnocracia, pasando por las doctrinas sobre el “espíritu del pueblo” y su asunción por el Estado—, ha llegado al positivismo legalista (en este punto hay una breve, aunque muy sugestiva, referencia al “historicismo germanista”,

positivista, y al “foralismo español”, fiel al pensamiento tradicional de ver un fundamento trascendente al derecho, toda vez que, de otro modo, se carece de defensa frente al poder político que siempre asumirá el monopolio real de la voluntad popular o del espíritu del pueblo, o sea de lo que suele denominarse la “razón histórica). Finaliza este título con el estudio de cómo el hombre ha llegado a identificar la naturaleza, la humanidad y la historia: la naturaleza, por el panteísmo determinista de Spinoza; la humanidad, en las doctrinas de Comte y en el organicismo krausista; la historia, a partir de Hegel, pasando por el marxismo —¡que paradoja la del derecho en los Estados comunistas!—, hasta la cosmogénesis de Teilhard de Chardin, en la cual ni siquiera el derecho tiene un quehacer estable porque en esta concepción también los derechos individuales, subjetivos, e incluso el propio derecho objetivo, se transforman en “fluidos convergentes en un todo social”.

En el título sobre los ordenamientos humanos y los jurídicos (II), se contempla una perspectiva general de las fuentes del derecho con otro contraste, igualmente iluminador, entre la perspectiva antológica abierta, en Santo Tomás de Aquino, y la cerrada en la “pirámide jurídica”, de Kelsen. Dentro de este panorama, muchas otras perspectivas y concepciones del ordenamiento jurídico: bien como conjunto de normas; o como unidad lógica o sistema (desde Hobbes, Kant y el propio Kelsen, hasta los neocontractualistas angloamericanos); o, finalmente, contemplándolo en su funcionamiento “real”; es decir, en el orden impuesto por la naturaleza de las cosas, como lo fundamentaron griegos y romanos; o en una “ordinatio” abierta a las leyes divina y natural, al derecho natural, como lo fue en la concepción cristiana medieval, en el “ius comune”; y que, en algunos casos —así por ejemplo en los derechos forales españoles— se quiso hacer perdurable.

Finaliza la parte primera (título III), con las diversas respuestas dadas a la pregunta de si existen ciencias jurídicas y si en ellas cabe la de legislar. Vallet había ya planteado esta pregunta en una sesión de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en 1989. En el libro, aquí reseñado, explicita aquel planteamiento, y estudia la cuestión sintetizando las diversas concepciones, desde la romana de la jurisprudencia a la de la ciencia de legislar, con las incidencias del nominalismo de Ockam; de la ciencia jurídica para determinar el derecho y la elaboración de las leyes a la expositiva y explicativa de las normas positivas: con el voluntarismo y subjetivismo moral de Kant; con la Escuela histórica del derecho en Alemania y el nombre central de Savigny; con las orientaciones psicológicas y sociológicas de la ciencia del derecho y de la jurisprudencia de intereses, Ihering a la cabeza; por último, con los intentos de superar los conceptos de ciencias y jurisprudencia en las teorías de muy diversos filósofos y juristas modernos: Stammler, Max Scheler, Binder, Larenz, Radbruch, Gény, etc., superadores de la “ciencia jurídica” e iniciadores de la “técnica jurídica”.

En la segunda parte del tratado se integra el estudio de los diversos géneros de leyes en especial. Del título primero, dentro del estudio de las leyes divinas positivas, habría que destacar el espacio dedicado a las intoxicaciones ideológi-

cas en la teología y, especialmente, de la llamada “teología de la liberación”; así como de su aplicación, totalmente inadecuada por falsa y utópica, al derecho; pues la teología de éste trata de alcanzar un conocimiento racional universal que ilumine la experiencia jurídica partiendo de una fuente de orden superior, cual es la revelación; así como la filosofía del derecho lo pretende alcanzar interpretando la propia experiencia jurídica; y, por último, la ciencia jurídica solamente pretende un conocimiento racional individualizado y descriptivo de aquella experiencia.

Los principios generales del derecho se estudian en el título segundo de esta parte segunda. Luego de una introducción centrando la materia, Vallet agrupa los principios generales en cinco categorías: principios ético-jurídicos (los derivados, respectivamente, de la ley natural, de la jurisprudencia, de la moral, y de la justicia); principios tradicionales de cada país (se trata en este punto de la tradición como fuente y de los principios tradicionales del derecho español y los específicos del derecho foral, con su —dice Vallet— “perspectiva realista, su sentido común y el equilibrio de sus fuentes: pactismo, libertad civil y costumbres”); principios políticos (organizadores de la comunidad social y cómo han de jerarquizarse, coordinarse y concretarse); y, en quinto lugar, principios dimanantes de la naturaleza de las cosas, con el estudio de los principios de justicia en sus clases de general o legal, conmutativa y distributiva. El título termina con la explicación de los métodos para el hallazgo y configuración de los principios generales “del” derecho y “de” derecho: el método tomista de observar la cosa, en sí misma y en relación a sus consecuencias (método basado en la realidad que concreta, en cada supuesto, la justicia o injusticia de las cosas y su aplicación jurídica en leyes), y el método de la “wertungjurisprudenz”, que de la “ratio legis” induce los principios generales, aunque aquella “ratio legis” deba de estar —para esta concepción— infundida o insertada (“inserida” se traduce hoy con palabra que no encuentro en el diccionario de María Moliner) en una cierta calificación ética, o, por lo menos, útil aunque no contraria a la ética.

La costumbre es objeto de estudio en el título tercero. La costumbre, con su sentido religador, en su formación, vigencia y valor; en su historia viva —derecho romano, medioevo, época moderna—; en sus clases —escrita y no escrita—; en su confrontación con las leyes —en las Partidas y en los derechos forales: según ley y contra ley—; en su valor de lo vivido racionalmente; como soluciones de razón práctica, etc. En todas estas cuestiones, Vallet ofrece un logrado fruto, una perfecta síntesis de una materia que ha estudiado profundamente; tanto en un orden general —“Estudios sobre fuentes del Derecho”, 1982—, como en aplicaciones concretísimas —“Reflexiones sobre Cataluña”, 1989—.

Un título, cuarto de esta segunda parte, se dedica al tratamiento de las normas escritas con “auctoritas” pero sin “potestas” —las “responsae” y las “regulae”, las opiniones de los autores y las sentencias concordantes—. ¿Es la jurisprudencia fuente de derecho en el derecho español? Se nos da un amplio resumen de las distintas tendencias de juristas como D’Ors, Puig Brutau, Castán

Tobeñas, Elías de Tejada, De Castro, Beltrán de Heredia, en derecho común; y de una pléyade de foralistas, encabezados por Costa; y también de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo en varias de sus sentencias. La opinión de Vallet no se halla alejada, a mi modo de ver, de la de Alvaro d'Ors, pues viene a concluir que lo que ocurre es que el Tribunal Supremo, con su "auctoritas", crea el derecho en casos concretos pero, como toda norma de derecho sin "potestas", no lo crea imperativamente (con "potestas"), sino como norma orientadora. Respecto a la cuestión de la existencia de normas legales sin "potestas" pero que deban valorarse por su "auctoritas" —leyes facultativas, supletorias o declarativas; leyes supérfluas no derogadas e, incluso, recogidas en compilaciones de leyes—, Vallet estima acertada la tesis de Géný, de una integración que para fijar el alcance de un texto legal lo relaciona con la época en la que se pone en vigor, y así la "potestas" del legislador, que pudo desaparecer con un cambio de circunstancias, queda viva como "auctoritas" de la "mens" y de la "ratio" del precepto, puestos en relación con la naturaleza de las cosas. A mi modo de ver, esto implicaría una singular aportación a la eficacia de las leyes que retuvieran su "naturaleza antigua", las cuales conservan un rango preferente para la interpretación e integración de otras leyes. Tal, por vía de ejemplo, el principio de la "tradición jurídica navarra" formulado en la ley 1 de la Compilación del Derecho Civil o Fuero Nuevo de Navarra. Otro apartado lo dedica Vallet a la exposición de las instituciones jurídicas y el derecho institucional, abarcando, en una perspectiva histórica, la conjunción de principios específicos, costumbres, práctica jurídica y jurisprudencia en la formación de instituciones de derecho adecuadas. Savigny, Puchta, Larenz, Hauriou —cuya teoría de la institución social se trata con amplitud— y Roca Sastre —con su concepción institucional del derecho—, son los principales autores traídos a colación.

Las leyes humanas en sentido estricto y restrictivo, es decir, dotadas de "potestas" y no sólo de "auctoritas", sus definiciones (desde las perspectivas iusnaturalistas hasta las positivistas más extremadas, con sus dos polos respectivos en Santo Tomás y en Kelsen), su finalidad (la virtud, la justicia, el bien común, el mantenimiento del Estado, la utilidad social, etc., según las distintas concepciones a lo largo de los siglos), su necesidad ("para que los buenos puedan vivir entre los malos", como pragmáticamente consignaban Las Partidas), todo ello es objeto de análisis en el título V de esta "Metodología de las leyes". En uno de los apartados del título, denominado "Metodología legislativa e Historia del derecho", se presentan modelos históricos que la metodología puede utilizar para sus propios fines. En este punto, Vallet explicita, con nuevas aplicaciones de la distinción entre "auctoritas" y "potestas", varias cuestiones que pueden surgir en la redacción y promulgación de las leyes, así como el modo conveniente de legislar. Repasa, nuevamente, los precedentes clásicos de griegos y romanos, las orientaciones de San Isidoro de Sevilla y de Santo Tomás; el cambio del "legere" en la "natura rerum" a las formulaciones, en los siglos XVII y XVIII, sobre primero "intuere" y luego "deducere" o "facere"; junto con el desarrollo de la "ciencia de legislar" en

Montesquieu, Filangieri, Comte, etc., hasta llegar al positivismo normativista (traducido en un dicho aldeano que yo escuché en mi Notaría de Pamplona: “‘Aranzadi’ —se refería al Repertorio de Legislación de la prestigiosa Editorial— gordo, ¡mal gobierno!”); positivismo normativo “en creciente” que, gracias a Dios, parece estar siendo revisado en la actualidad por la ciencia jurídica alemana, en un nuevo retorno a la fundamentación ética de las leyes según la “naturaleza de las cosas”.

Las páginas finales de este formidable trabajo de Vallet de Goytisolo, se centran en el estudio de las posiciones metodológicas en la ciencia de legislar, desde los nominalistas (que niegan toda posibilidad a dicha ciencia y a su método puesto que responden a los apotegmas: “lo que place al príncipe tiene fuerza de ley”, o “la ley es la expresión de la voluntad del pueblo”, o del “espíritu del pueblo”), pasando por las concepciones opuestas del iusnaturalismo y el sociologismo, hasta las novísimas tendencias pragmatistas y operativas, basadas en diversas combinaciones de principios morales, razón práctica y prudencia política. “Theoría”, “Praxis” y “Poiesis”, constituyen en realidad, viene a decirnos Vallet, el fundamento de una distinción metódica trimembre adecuada a sus respectivos objetos. No caben reeducacionismos en la legislación, ni por las ideologías ni por meras técnicas. La ciencia de legislar ha de comenzar por la realidad de las cosas, cosas divinas y humanas, como enseñaron los juristas romanos. La “juris-prudentia” en la labor legislativa es el camino, cuyo fin no es otro sino el de la ordenación al bien común, materia ésta de la justicia general o legal; y ésta ha de atender al hombre y a la sociedad, como comunidad de hombres concretos, que han de regirse, esencialmente, por los principios de participación, solidaridad y subsidiariedad.

La recapitulación final, nos deja la mejor síntesis —ya señalada en las líneas anteriores—, cual es la de una concepción tradicional (y aquí he de traer al texto la formulación de Alvaro d’Ors, recogida también por Vallet, de que “son los vivos los protagonistas de la tradición y no los antepasados muertos (...) y este protagonismo del que recibe lo que le entregaron los antepasados es decisivo para entender el sentido dinámico de la tradición, lo que ésta supone de progreso”); una concepción tradicional, pues, también en esta materia, tan debatida en la actualidad, acerca de “lo legal” y “lo moral”, y las relaciones entre ambos términos. Una de las bases esenciales para la vuelta a la tradicional concepción metodológica de la ciencia prudencial legislativa, ha de ser la de afirmar la preeminencia del bien moral, que hoy parece olvidarse; pues el hombre se ha ido acostumbrando a mirar el bien o el mal de las cosas desde un punto de vista exclusivamente amoral y técnico, lo que da lugar al enloquecimiento de la razón; es decir, a una razón operando en el vacío. Vallet transcribe aquí un profundo pensamiento de Sciacca: “(El hombre actual) confunde lo útil y eficaz con lo bueno y razona separado de la verdad”. No es ajena a esto la ciencia de legislar, olvidada hoy en buena parte de la fuente primaria de las leyes y, por lo tanto, confusa ante el camino (la metodología) de llegar a la verdad.

Así, pues, en este magnífico trabajo —publicado por “Edersa” en una

edición sencilla, pulcra, sin apenas erratas, Vallet de Goytisolo, luego de repasar abrumadoramente todas las concepciones jurídicas en materia de la metodología de las leyes, reabre la puerta —no hay otra posible que sea real y eficaz— al sentido común, base también, en una grandísima parte, del sentido jurídico.

Javier Nagore Yarnoz
Notario

“Historia del Derecho Privado. Trabajos en Homenaje a Ferran Valls i Taberner”, Hans ANKUM, Herbert WAGNER, Alvaro D’ORS, Frank SOETERMEER, Paul NEVE, Jean Pierre POLY, P. P. J. L. Van PETEGHEM, William D. PHILLIPS, jr., Emilio BUSSI, Marek WASOWICZ. Vol. X (Edición y nota introductoria de Manuel J. Peláez), PPU, Barcelona, 1989, pp. 2773-3027, 200x125 mm.

267

Este décimo volumen de los que constituyen “el homenaje más extenso hecho hasta ahora a cualquier historiador o jurista catalán” ha sido dedicado por su promotor, Manuel J. Peláez, a resaltar la proyección internacional de Ferran Valls i Taberner; si bien en una especialidad en la que no fue fructífero el homenajeado: la Historia e Instituciones de Derecho Privado. Valls vertió su fecunda y corta vida en estudios iushistóricos de Derecho Público. Sin embargo, su formación francesa con su paso por la *École Pratique des Hautes Études* de París (de la que se ofrece amplia noticia en la introducción) sería una base histórica iusprivatista suficiente para, años después, editar algunas Fuentes Jurídicas Catalanas Medievales, en las que el elemento privado constituían sus objetos. Cabe recordar su *Consolat de Mar* (*Llibre del Consolat de Mar*, *Ordenanzas de Seguros*, *Ordinationes Ripariae Barchinonae* y otros textos y privilegios) y los *Privilegis i ordinations de les valls pirenenques* (*Andorra, Aran, Aneu, Vallferrara, Querol* —reeditados en los últimos años—) que sin contener comentario, constituyeron a principios de este siglo una de las escasas manifestaciones historiográficas en el ámbito del Derecho privado.

Los articulistas reparten sus especialidades entre el Derecho Romano y la Historia del Derecho y las Instituciones, iniciando el primer bloque romanista el Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Amsterdam, Hans Ankum. Su contribución, con el título “Pap. D. 21.2.65: The legal position of two heirs who sold a thing mortgaged by the deceased”, se fija en ese texto de

edición sencilla, pulcra, sin apenas erratas, Vallet de Goytisolo, luego de repasar abrumadoramente todas las concepciones jurídicas en materia de la metodología de las leyes, reabre la puerta —no hay otra posible que sea real y eficaz— al sentido común, base también, en una grandísima parte, del sentido jurídico.

Javier Nagore Yarnoz
Notario

“Historia del Derecho Privado. Trabajos en Homenaje a Ferran Valls i Taberner”, Hans ANKUM, Herbert WAGNER, Alvaro D’ORS, Frank SOETERMEER, Paul NEVE, Jean Pierre POLY, P. P. J. L. Van PETEGHEM, William D. PHILLIPS, jr., Emilio BUSSI, Marek WASOWICZ. Vol. X (Edición y nota introductoria de Manuel J. Peláez), PPU, Barcelona, 1989, pp. 2773-3027, 200x125 mm.

267

Este décimo volumen de los que constituyen “el homenaje más extenso hecho hasta ahora a cualquier historiador o jurista catalán” ha sido dedicado por su promotor, Manuel J. Peláez, a resaltar la proyección internacional de Ferran Valls i Taberner; si bien en una especialidad en la que no fue fructífero el homenajeado: la Historia e Instituciones de Derecho Privado. Valls vertió su fecunda y corta vida en estudios iushistóricos de Derecho Público. Sin embargo, su formación francesa con su paso por la *École Pratique des Hautes Études* de París (de la que se ofrece amplia noticia en la introducción) sería una base histórica iusprivatista suficiente para, años después, editar algunas Fuentes Jurídicas Catalanas Medievales, en las que el elemento privado constituían sus objetos. Cabe recordar su *Consolat de Mar* (*Llibre del Consolat de Mar*, *Ordenanzas de Seguros*, *Ordinationes Ripariae Barchinonae* y otros textos y privilegios) y los *Privilegis i ordinations de les valls pirenenques* (*Andorra, Aran, Aneu, Vallferrara, Querol* —reeditados en los últimos años—) que sin contener comentario, constituyeron a principios de este siglo una de las escasas manifestaciones historiográficas en el ámbito del Derecho privado.

Los articulistas reparten sus especialidades entre el Derecho Romano y la Historia del Derecho y las Instituciones, iniciando el primer bloque romanista el Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Amsterdam, Hans Ankum. Su contribución, con el título “Pap. D. 21.2.65: The legal position of two heirs who sold a thing mortgaged by the deceased”, se fija en ese texto de

Papiniano como la apoyatura más próxima romana del principio del *ius commune* que se expresa en la máxima *pignoris causa indivisa est*; que luego harían suya los derechos codificados hasta el presente. Su trabajo se sirve de las conclusiones a las que se llegaron en el Seminario de Derecho Romano de su Universidad en el otoño de 1986, cuando el profesor Ankum y sus doctorandos tomaron a discusión la casuística propuesta por el gran Jurisconsulto romano. En síntesis, se trata de comprobar las posibilidades que podía tener un heredero cuando, frente a otro, vende o libera un crédito de una cosa pignorada o hipotecada, entrando en las distintas variantes que las sutiles diferencias de ambas instituciones permiten y el juego de acciones que configuran este carácter indivisible. Le sigue el artículo "Remarks on the history of interest on loans", de Herbert Wagner, Catedrático de la misma disciplina en la Universidad de Marburgo, con un tema incardinado con el siempre actualizable de la usura. Tras analizar algunos antecedentes de la extinta institución de la prisión por deudas, se planteará una serie de cuestiones acerca del interés en el préstamo. Analizará su esencia, su admisibilidad moral, su detestabilidad igualmente moral y legal, el límite de su admisibilidad y la libertad de pactos, sin olvidar la relación entre el interés del crédito y el anatosismo. Todo ello en el sistema jurídico romano. Sin apartarse de este grupo, pero con la hilación histórica de una institución como la propiedad hasta nuestros días, es la contribución del único romanista español que participa en este volumen, Alvaro d'Ors, Catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Navarra. Su trabajo es una síntesis de pensamiento sobre la propiedad y su privacidad que ha podido incubarse a lo largo de su dilatada vida académica; se titula "La Función de la Propiedad en la Historia del Ordenamiento Civil", y podría considerarse, la comprensión definitiva de esa institución al propugnar su adecuación fáctica a los resultados teóricos de la evolución histórica. Conectando su conceptualización con la de la justicia y al entender ésta como el "dar a cada uno lo suyo", desarrolla la evolución jurídica de una institución aparecida para demarcar un carácter respecto de los bienes inmuebles, y luego extendida para relacionar al hombre con las más variadas cosas. Abunda en conclusiones etimológicas, pero no descuida los contextos históricos sucesivos, significando para cada uno de ellos lo entendido por propiedad, que nunca ha sido igual, ni lo será. Porque la apropiación se justifica por servir a la totalidad y, por tanto, la disminución de los poderes del propietario, también. Entre sus eruditos contenidos descansan conclusiones clarificadoras, como apuntar en esa relación del hombre con el suelo, aquella en la que "se presenta de manera más elemental y trascendente la contraposición entre lo público y lo privado". Su reflexión termina presentando una propiedad, no coartada, sino sujeta a nuevas necesidades generales y, por ello, también va a cambiar el concepto de justicia con que comenzaba, ya que ahora "lo suyo" que hay que dar al otro, no van a ser cosas "sino el servicio que la sociedad, en cada caso, puede considerar oficialmente exigible".

Fijándose en una institución de rasgos más difusos en cuanto a su privaticidad, el Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Católica de Nimega, Paul Nève, aporta un estudio sobre las diferencias iushistóricas de los modos

de legitimación en el Derecho romano y el canónico. Destaca el interés que en una etapa de resurgimiento del Derecho romano va a tener la legitimación por rescripto del Príncipe, tan necesitada por reyes y condes para legitimar sus proles naturales o ilegítimas y darles acceso a una sociedad restringida a los bastardos. Centrando sus conclusiones en los condes de los Países Bajos, titula su artículo "Une legitimation par rescrit de l'Empereur Byzantin aux Pays Bas?, quelques observations sur les activités des comptes palatins auliques".

Despegándose de los contenidos institucionales que van construyendo el volumen, el Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Amsterdam, Frank Soetermeer, hace una aportación sobre fuentes, su trabajo se llama "L'ordre chronologique des apparatus d'Accurse sur les libri ordinarii". Lo basa en un manuscrito aparecido en la Biblioteca Vaticana, a partir del cual puede establecer la cronología de la glosa y, por tanto, su verdadero valor, en razón a la "derogabilidad" que la glosa posterior tiene sobre la anterior; para ello contrastará con las colecciones que la recogen y la propia actividad del profesor de Bolonia.

El Catedrático de Historia del Derecho de París X-Nanterre, Jean-Pierre Poly, aporta el artículo titulado "Coheredes Legum Romanorum. La Renaissance du Droit Romain dans le Midi de la France". En él se destaca el recorrido académico de los provenzales de los siglos XII, XIII y XIV hacia las Universidades italianas, de donde traerán (como a España) las antiguas fórmulas jurídicas romanas. El autor parará en cada una de las iglesias y centros que crearían escuela. Es una historia de la recepción en el Midi, analizando algunas muestras de este influjo a través de sus buenos usos. Sobre esta misma influencia, que no es otra que la creadora del *ius commune*, avanza contenidos el Profesor de Historia de la Universidad Católica de Nimega, P. P. J. L. Van Peteghem, con "Les Testaments d'Erasmus et l'Histoire du Droit Privé. Remarques Préliminaires". Aprovechando el estudio de los testamentos de Erasmo, se interesa por el Testamento en los Países Bajos y su debatir histórico entre sus costumbres germánicas y el influjo romano en sus provincias meridionales. Luego analizará la institución sucesoria a lo largo de la edad moderna y las verifica en los testamentos del famoso humanista. Concluirá como advertía en su título, con la mención de que aún es una figura poco estudiada en los Países Bajos.

Dando un giro al enfoque de los estudios hasta ahora reseñados, aparece el del Profesor de Política e Historia Legal de la Universidad de Minnesota, William D. Phillips, jr., "Testaments in the spanish world in the early modern period". Sus parámetros temporales se alejan y también el uso que ofrece de los documentos jurídicos para la historia. Su trabajo se fijará en los abundantes testamentos conservados en el Archivo Histórico de Protocolos de Madrid, de Sevilla y del Archivo General de Indias, para desde ellos hacer historia social y, con estos instrumentos, la de la familia y su posición estructural e institucional en la sociedad. Pero su interés crece cuando, como es el caso, ha fijado su atención sobre testamentos de comerciantes españoles con América y Mar del Norte. Después de describir la forma de los testamentos, comenta sus peculiaridades y luego profundiza en cuestiones concretas.

También lejos de los parámetros temporales que iniciaron el volumen se sitúa la reflexión que el Emérito de Historia del Derecho italiano de la Universidad de Módena, Emilio Bussi, presenta al homenaje. “Meditazione sullo ‘Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten’” es la aproximación a un capítulo de la historia del derecho italiano, aunque sea específicamente alemán. Su estudio es sobre esa obra de la codificación propugnada por Federico II. El A.L.R. pretendió servir para colmar las lagunas del derecho antiguo, dar nuevas normas a los nuevos magisterios y profesiones, dirimir las dudas de significado en las leyes y simplificar el formalismo romano, al tiempo que se acercan las soluciones jurídicas al pueblo, empleando un lenguaje y expresión sencilla. Cómo luego pretenderá la codificación, se tiende al racionalismo naturalista. El profesor Bussi analiza en cada una de sus partes esta colección de Derecho privado y público, pues contempla en su totalidad las relaciones jurídico sociales, siendo un documento para la historia alemana.

Cierra este décimo volumen de los *Estudios interdisciplinarios en homenaje a Ferran Valls i Taberner con ocasión del centenario de su nacimiento* dedicado a la *Historia del Derecho Privado*, una interesante aportación que proviene de la Universidad de Varsovia. Marek Wasowicz, Catedrático de Historia del Derecho y del Estado, nos hace una síntesis esclarecedora, de la evolución jurídica de Polonia en el pasado siglo, a raíz de la irrupción de sus costumbres, del derecho codificado desde la cultura jurídica romanista. En “La notion du domaine public au duche de Varsovie et au Royaume de Pologne depuis l’introduction du Code Napoléon jusqu’à la reconnaissance de droit de propriété paysanne (1807-1864)” nos describe como, a pesar de las leyes modernas impuestas desde el 1 de mayo de 1808, sigue afectado el funcionamiento social a los modos del Antiguo Régimen. Para ello se interesa por la conceptualización del dominio público en relación a la propiedad individual que atrae al *Code*. Hace un repaso doctrinal y legal del dominio público en la Polonia del XIX, reconociendo una tradición comunal (aunque basada en la propiedad feudal) que choca con la tradición romana, que sólo llegará al Derecho polaco de forma indirecta, a través de la católica Lituania que lo mantiene. Como conclusión el autor sostiene que la noción de propiedad pública aparece con un doble sentido en el Reino de Polonia: a) como heredable, continuación de los sujetos colectivos feudales y b) como categoría de “res extra commercium” y agrega: “Parallèlement on observe une apparition de la construction de la personne morale, au début dans les sociétés par actions, puis en ce qui concerne les anciens sujets de la propriété publique. Ainsi ces sujets perdent leur caractère corporatif, venent du Moyen Age, et se transforment en une construction juridique abstraite” (p. 3015).

Elías Romero González

Profesor Asociado de Historia del Derecho