



REVISTA
JURIDICA
— DEL —
NOTARIADO

OCTUBRE~DICIEMBRE 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 EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS

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

Depósito legal: GU-72/92

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

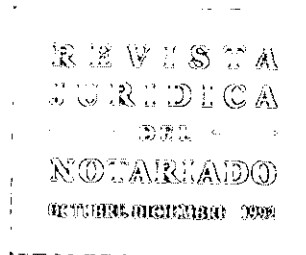
CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

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



Dirección:
Ruiz de Alarcón, 3
28014 MADRID

Tfno.: 91-531.49.05
Fax: 91-521.15.53

SUMARIO

Estudios

- 9 BLANQUER UBEROS, Roberto: "La proyectada reforma de la legislación de arrendamientos urbanos. (Notas sobre su ámbito, su eficacia respecto de terceros, su formalización y su publicidad)"
- 59 CAMARA ALVAREZ, Manuel de la: "La administración de la sociedad anónima"
- 135 COELLO DE PORTUGAL, Iñigo: "La impugnación jurisdiccional de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado"
- 171 PALAO TABOADA, Carlos: "El Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados a examen"
- 199 PAZ-ARES, Cándido: "Reflexiones sobre los dividendos *in natura* facultativos"

Práctica jurídica

Derecho Fiscal

- 239 — FALCON TELLA, Ramón: "El gravamen proporcional de Actos Jurídicos Documentados en los regímenes de Concierto y Convenio"

Jurisprudencia

A) *Tribunal Supremo*

246

—Retracto y sociedad de gananciales. (Lo que la Sala Primera del Tribunal Supremo no resolvió en la S. de 14 de marzo de 1992)

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

RESOLUCION COMENTADA

279

—“Renuncia al cargo de administrador” (Res. 27 mayo 1992)

RESOLUCIONES DE NACIONALIDAD Y ESTADO CIVIL

282

—Reseña de las correspondientes al segundo semestre de 1992

LA PROYECTADA REFORMA DE LA LEGISLACION DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

(Notas sobre su ámbito, su eficacia respecto de terceros,
su formalización y su publicidad) (*)

ROBERTO BLANQUER UBEROS

Notario

9

SUMARIO: AMBITO. **I.** SIGNIFICADO DEL ARRENDAMIENTO URBANO. **II.** EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL. **1)** Código Civil 1888. **A)** *Notas definitorias.* **B)** *Contenido esencial.* **C)** *El arrendatario poseedor.* **D)** *Colisión entre arrendatario y adquirente.* **2)** Legislación especial 1946 y 1964. **A)** *Notas definitorias.* **B)** *Colisión entre arrendatario y adquirente.* **3)** Ley Boyer 1985. **III.** LEY

(*) Confeccioné este trabajo con destino a la conferencia que me fue encargada para las jornadas organizadas por "El Nuevo Lunes" y por el Consejo General del Notariado para el tema "Reflexiones sobre arrendamientos urbanos (Estudio del anteproyecto de Ley)" los días 14 y 15 de diciembre de 1992.

Agradezco a los organizadores su confianza, y también su generosidad para esta publicación.

PROYECTADA. **1)** Cesiones de uso que no son arrendamiento. **2)** Arrendamientos excluidos. **3)** Arrendamientos normados. **CONTENIDO DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA. I. NOTAS DEFINITORIAS. 1)** Duración. **2)** Contraprestación - precio. **II. CONTENIDO ESENCIAL. 1)** Carácter necesario. **III. MECANISMOS DE EQUILIBRIO. EFICACIA DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA. I. EFICACIA ENTRE LAS PARTES. 1)** Ideas generales. **II. EFICACIA RESPECTO DE TERCEROS ADQUIRENTES DE LA FINCA. 1)** Idea general. **2)** La enajenación de la finca arrendada. **A)** *La solución del Código Civil. Prevalece el adquirente.* **B)** *La legislación especial (L.A.U.). Prevalece el arrendatario.* **C)** *El borrador o anteproyecto. a)* *El adquirente subrogado como arrendador.* **b)** *Subrogado por el tiempo en curso.* **c)** *Adquirentes a quienes se aplica. Art. 34 L.H.* **d)** *Pacto contrario.* **e)** *Arrendamiento inscrito.* **f)** *La buena fe del tercero registral.* **3)** Constitución de gravamen real sobre finca arrendada antes. **A)** *Constitución de usufructo.* **B)** *Transmisión sucesoria sujeta a sustitución fideicomisaria.* **C)** *Hipoteca de finca arrendada. a)* *El arrendamiento en la constitución y en la ejecución.* **b) *Arrendamiento inscrito o no inscrito.* **D)** *Venta con pacto de retracto.* **E)** *Opción sobre finca arrendada.* **4)** El arrendador es propietario de finca hipotecada, embargada, sujeta a demanda contradictoria o es titular de un derecho sujeto a extinción. Colisión con el adquirente (nudo propietario, ejecutante, demandante, etc.). **A)** *Arrendador usufructuario o análogo.* **B)** *Arrendador propietario "gravado" (hipoteca, demanda, etc.).* **5)** El arrendatario es propietario aparente. **III. EFICACIA RESPECTO DE TERCEROS ADQUIRENTES DEL DERECHO ARRENDATICIO. 1)** Planteamiento general. **2)** El consentimiento del arrendador. **A)** *En la cesión.* **B)** *En el subarriendo.* **C)** *Cesión o subarriendo "inconsentido".* **3)** La sustitución del arrendatario por causa conyugal y por ministerio de la Ley. **4)** La muerte del arrendatario. **A)** *No es transmisible "mortis causa".* **B)** *Cabe subrogación.* **C)** *Subrogación por tiempo.***

IV. CONCLUSIONES. FORMALIZACION. I. REGLA GENERAL. II. 1.280-2.º III. PRUEBA DEL MOMENTO INICIAL. SU CARGA. IV. PRECONSTITUCIÓN DE PRUEBA. PUBLICACION REGISTRAL. I. ARRENDAMIENTOS INSCRIBIBLES Y EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN. II. LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA Y LA INSCRIPCIÓN DEL ARRENDAMIENTO. EL RANGO DE LAS NORMAS. III. LA Oponibilidad del arrendamiento. POR LEY Y POR LA INSCRIPCIÓN. IV. LA TEMPORALIDAD DEL ARRENDAMIENTO Y LA CANCELACIÓN DE SUS ASIENTOS. V. LA INSCRIPCIÓN DE V.P.O. PECULIARIDADES DEL USO DISTINTO AL DE VIVIENDA. I. NOTAS DEFINITORIAS. 1) Tiempo y precio pactados. 2) Defecto de pacto en tiempo. 3) Prórroga. II. NORMAS Y REMISIÓN. 1) Eficacia respecto a tercero. A) *Enajenación de finca arrendada*. 1) Regla general. Prevalece arrendamiento. 2) Excepciones. a) *Pacto*. b) *Protección registral*. c) *Excepción de la excepción*. c') *Arrendamiento inscrito*. c'') *Aceptación del adquirente inscrito*. B) *Cesión del arrendamiento*. 1) Regla general. 2) Cesión de local y de empresa. III. INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA.

11

AMBITO

I. Significado

La regulación del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles urbanos tiene, además del interés jurídico de la normación legal de un tipo contractual, un evidente interés sociológico y económico por la trascendencia de sus efectos en la política de vivienda y en la urbanística en general.

Vamos a dejar fuera de nuestra atención la problemática del arrendamiento de bienes inmuebles urbanos no habitables; y sólo marginalmente me referiré al arrendamiento de bienes inmuebles urbanos habitables cuyo uso sea distinto al de la

vivienda. Nos centraremos en el llamado arrendamiento de vivienda; es un contrato cuyo tipo legal se define por la concurrencia de una nota objetiva (propia de su objeto) y una nota funcional (o teleológica, propia de su finalidad).

Es arrendamiento de vivienda el de un bien (i) inmueble urbano habitable (nota objetiva) y (ii) cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad primaria y permanente de vivienda (nota finalística).

Esta nota funcional o finalística, que destaca el significado social de la regulación de este contrato, se vincula con el artículo 47 CE (todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada), lo que le presta un significado político sustancial.

12 Como se ha dicho repetidamente la vivienda, más bien la política de vivienda, tiene diversas facetas; en unas (la industrial) prepondera el aspecto industrial o constructivo como en la construcción y en la rehabilitación (en sus facetas técnicas y económicas o financieras) y en otras (la jurídica) destacan los aspectos de propiedad, su uso directo o cedido y su tráfico (como los regímenes de acceso a la propiedad, su financiación y los regímenes de arrendamiento o cesión de uso), y en otras (la social), en fin y sobre todo, es esencial y definitoria la satisfacción de la necesidad humana de cobijo y alojamiento, de vivienda. Como es natural unos y otros aspectos y facetas se interrelacionan e influyen recíprocamente.

II. La evolución de la regulación legal del tipo contractual y de sus repercusiones prácticas

1) C.c. Situada en 1888 (edición primitiva).

A) *Notas definitorias:*

a) Tiempo determinado (1.546) de la cesión de uso. Cumplido el término cesa el arrendamiento sin necesidad de requerimiento especial (1.581 segundo).

- b) Precio cierto (1.546) por la cesión de uso.
- c) En defecto de pacto acerca del tiempo “se entiende hecho por años cuando se ha hecho un alquiler anual, por meses cuando es mensual y por días cuando es diario” (1.581).
- d) El tiempo determinado puede prorrogarse expresamente o quedar prorrogado por hechos significativos posteriores al fin del tiempo del contrato acompañados del silencio (tácita reconducción) (1.566). O sea, prórroga tácita resultante de hechos concluyentes no desmentidos expresamente, los hechos posteriores al vencimiento del tiempo del contrato y el silencio prolongado durante un plazo también posterior.

B) *Contenido esencial:*

- a) El arrendador se obliga a ceder el uso de la vivienda y a mantener al arrendamiento en su goce pacífico (1.554).
- b) El arrendatario que adquiere el uso se obliga a pagar el precio convenido y a usar de la casa conforme a su naturaleza con la “diligencia de un padre de familia” (1.555).

13

C) *El arrendatario como poseedor de la vivienda:*

- a) Es un poseedor inmediato y corporal o material y por tanto tiene derecho en propio nombre a la protección posesoria interdictal (1.560).
- b) La posesión jurídica y mediata del arrendador genera en el arrendatario, como poseedor material, la obligación de poner en su conocimiento a la brevedad posible cualquier usurpación o novedad dañosa (1.559).

D) *La colisión entre el arrendatario y quien adquiere la propiedad o derecho real de goce y uso sobre la vivienda arrendada.*

- a) El derecho del arrendatario de vivienda, en cuanto cesionario de su uso y poseedor de ella se subordina al del

comprador, que tiene derecho a que termine el arrendamiento vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario (1.571). Y debe respetarlo y soportarlo.

b) Si el arrendamiento se hallase debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad surtirá efecto con relación a terceros (1.549) y el comprador no tiene derecho a que termine el arrendamiento hasta su vencimiento temporal (1.571). Y debe respetarlo y soportarlo.

2) Legislación especial.

Iniciada en los años 20, en el año 1946 se publicó una “Ley de arrendamientos urbanos” de carácter especial, sustituida por el texto refundido de 24 de diciembre de 1964, todavía vigente.

14

No es propio de nuestro intento ocuparnos, aunque sea sintéticamente, de los muchos matices de la legislación especial; no altera el contenido esencial del contrato en el que, al menos conceptualmente, se conservan las prestaciones recíprocas de cesión de uso y pago de precio y que refuerza la protección posesoria del arrendatario. Pero procede que nos refiramos sucintamente a ciertas disposiciones de derecho necesario contenidas en la Ley aplicables a los arrendamientos urbanos de vivienda.

A) *Notas definitorias.*

a) El tiempo deja de ser determinado y se convierte en indeterminado, casi indefinido, aunque con límite final. La duración máxima, una vez vencido el plazo contractual podría alcanzar, por decisión del arrendatario en ejercicio de su derecho de prórroga forzosa toda la vida del arrendatario contratante y la de dos inquilinos o arrendatarios subrogados (57 y 58). El arrendatario decide arbitrariamente, sin necesidad de causa justificativa, la terminación o la prórroga del arrenda-

miento y la prórroga decidida se impone “obligatoriamente” al arrendador por disposición legal (esto es sin o contra su voluntad).

b) El precio cierto es además fijo (95) durante la vida del contrato siquiera esta fijeza sea revisable o revalorizable (96) y siquiera puede pactarse desde la fecha de la Ley (1964) que el precio cierto sea actualizable según índices objetivos establecidos de común acuerdo por las partes.

c) No precisa demostración la realidad social y económica de la consecuencia de la concurrencia de la duración indefinida por ejercicio de la facultad de prórroga con la fijeza (o rigidez) del precio: El arrendatario venía a satisfacer por el uso de su vivienda un precio inferior al usualmente convenido en los nuevos contratos de arrendamiento de vivienda celebrados al mismo tiempo en el que el arrendatario decidía la prórroga (incluso por el mismo propietario y en el mismo edificio).

El valor en uso del inmueble destinado a vivienda, se traslada, en consecuencia desde la propiedad (que recibía menos de lo que valía el uso que cedía) al arrendamiento que recibía una vivienda (cuyo uso valía más de lo que pagaba). La consiguiente descapitalización de la propiedad (a consecuencia de capitalizar el traslado del valor del uso) ha repercutido negativamente en la conservación de las edificaciones destinadas a vivienda y ha disuadido la nueva inversión de capitales en la construcción de edificios de viviendas destinadas a alquilar.

15

B) *La colisión entre el arrendatario y quien adquiere la propiedad o el derecho real de goce y uso sobre la vivienda arrendada.*

a) El derecho del arrendatario prevalece respecto de todo tercero que suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones (58). El arrendatario, en caso de tercer adquirente por venta, dación en pago o adjudicación por división de cosa común, tiene derecho de adquisición preferente respecto del

adquirente (47 y ss.) y aun no ejercitándolo conserva el derecho de prórroga (58) especialmente protegido (53). El derecho de prórroga es ejercitable frente a todo sucesor (por cualquier título o causa, entrevivos oneroso o gratuito o por causa de muerte) incluso el que sea tercero inscrito en el Registro de la Propiedad.

b) La legislación consideró suficiente la publicidad del hecho posesorio del arrendatario y la extensión sin excepciones del derecho de prórroga y de todo ello resultó la prevalencia del arrendatario incluso respecto del tercero protegido por el artículo 34 L.H.

3) Ley Boyer.

16

La llamada Ley Boyer es el artículo 9 del Real Decreto-Ley sobre medidas de Política Económica 2/1985, de 30 de abril.

En definitiva viene a restaurar la nota definitoria del tiempo determinado, con el consiguiente complemento de la prórroga tácita.

El vigor normativo del régimen establecido por la Ley Boyer ha sido interpretado de diversa manera.

Existe acuerdo en su aplicación a los arrendamientos convenidos con sometimiento a su régimen. En este caso no se ha dudado del efecto del vencimiento del plazo contractual y de la posibilidad de la tácita reconducción.

La duda ha surgido cuando no resulta sometimiento a la Ley Boyer de manera expresa, o por interpretación de las cláusulas contractuales. Una interpretación más apegada a los precedentes de la Ley Boyer entiende que el contrato posterior a la misma que no excluyese la prórroga forzosa no privaba al arrendatario de este derecho que le confería la LAU (respecto de la cual la Ley Boyer es ley singular). Otra interpretación, parece que más próxima a la intención del legislador, entendió que todo contrato posterior a la Ley Boyer quedaba sujeto a su régimen, puesto que esta Ley pretendió suprimir el derecho

de prórroga forzosa en todo caso de contrato de arrendamiento urbano celebrado bajo su vigor. Alguna sentencia se ha inclinado por esta tesis, que parece ser la que el legislador asume según resulta de las normas transitorias del proyecto o del borrador que comentamos.

III. Arrendamientos normados por la Ley proyectada y cesiones de uso o arrendamientos excluidos de ella

La Ley para delimitar el ámbito de su aplicación configura, o tipifica, diversos tipos de arrendamiento.

1) Cesiones de uso de vivienda que “no son” arrendamientos de vivienda en el sentido de la Ley.

A) Arrendamientos cuya finalidad primordial sea el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio cuando se arriende “la finca con casa-habitación” (se excluyen de la Ley en proyecto y se someten a la Ley de arrendamientos rústicos —nos permitimos observar que así sucederá si ésta reclama su propia competencia—).

B) El uso de las viviendas militares, cualquiera que sea su calificación y régimen, que se regirán por todo lo dispuesto en su legislación específica.

C) Cesión de uso de viviendas que los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios tengan asignadas por razón del cargo que desempeñan o del servicio que presten (se excluyen de la Ley en proyecto, simplemente).

En estos casos la cesión del uso de la vivienda está subordinada a una relación funcional o contractual cuyos caracteres dominantes en cuanto a las características esenciales son definitorias. No es oportuno en este lugar un análisis acerca de si se trata de supuestos de contratos coordinados, subordinados, mixtos; es clara la decisión del legislador de considerar

que se trata de unas relaciones funcionariales o contractuales unitarias que absorben la cesión de uso de vivienda y la someten al régimen del tipo contractual tratado como principal y dominante.

2) Arrendamientos excluidos de la Ley.

Arrendamiento de fincas urbanas que no sean edificaciones habitables. (Quedan excluidas de la Ley en proyecto). Los conceptos representados con las expresiones “fincas urbanas” y “edificaciones habitables” resultan del sistema en general y de las reglas de interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Creo válida la doctrina jurisprudencial existente al respecto en varios campos del derecho (no sólo sustantivo —LAU y LAR—, si que también registral, administrativo, fiscal y urbanístico, etc.).

18

3) Arrendamientos normados por la Ley.

A) Arrendamiento de fincas urbanas que sean edificaciones habitables y cuyo destino primordial sea distinto a la satisfacción de la necesidad primaria y permanente de vivienda (normado por la Ley someramente y con remisión general al C.c.).

B) Arrendamiento de fincas urbanas (que sean edificaciones habitables por definición) cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad primaria y permanente de vivienda del arrendatario, de su cónyuge o de sus hijos dependientes.

Dos interpretaciones posibles (art. 2.1 y art. 3.1 de la anunciada Ley) en relación con “el destino primordial”. Una consiste en considerar el “destino primordial” como una cualidad de la finca arrendada, atendida su organización, distribución y aviamiento. Otra consiste en considerar el “destino primordial” como la finalidad perseguida por el arrendatario, supuesta la idoneidad objetiva de la finca. Las expresiones

“arrendamiento para uso distinto al de vivienda” ... “el ... que recaiga sobre edificaciones habitables” favorecen la prevalencia de la segunda interpretación: la finalidad del contratante arrendatario es elemento definitorio de la individualidad del contrato. Así lo confirma el artículo 1 del proyecto. De lo que se deduce la posibilidad de convenir el destino entre arrendador y arrendatario al concluir el contrato.

(Este arrendamiento es objeto de regulación detallada, de carácter imperativo en general y completa —en cuanto no se remite al C.c. como fuente supletoria—, sin perjuicio de que lo sea conforme a su título preliminar).

Será materia preferente de nuestra atención el llamado “arrendamiento de vivienda” en cuanto a su contenido y eficacia y su formalización y publicidad.

CONTENIDO

19

I. Notas definitorias de la relación arrendaticia de vivienda en la Ley en gestación

1) Duración:

A) Tiempo determinado: Bien sea el contratado, bien sea el legal mínimo de cuatro años si el contratado fuera inferior o no se hubiera fijado. Cumplido el término el arrendamiento no cesa, se prorroga, salvo requerimiento de exclusión de prórroga en tiempo.

B) El tiempo determinado puede ser objeto de prórroga. La prórroga es un efecto legal de la relación arrendaticia. Pero no es de carácter necesario. Cada una de las partes pueden excluir la prórroga notificando “al menos cuatro meses antes de la terminación del contrato” “su voluntad de no renovarlo”. Adviértase la diferencia con la tácita reconducción del C.c. Aunque el anteproyecto se refiera a tácita reconducción existe una diferencia fundamental: la tácita reconducción

del C.c. es consecuencia de unos hechos concluyentes posteriores al final del tiempo del contrato y al silencio respecto de los mismos prolongado un tiempo, mientras que la tácita reconducción del proyecto es efecto directo del silencio producido antes de un período de tiempo anterior al vencimiento del plazo contractual.

El nuevo período (de reconducción o de prórroga) tendrá la duración prevista en el contrato, si así se hubiese pactado, o tendrá la duración legal como supletoria, y en todo caso como mínima si la duración prevista para la prórroga fuese inferior.

20

C) La tácita reconducción puede producirse sucesivamente. El plazo vigente (legal o pactado) por tácita reconducción se considera en todo caso “plazo mínimo de duración del contrato a todos los efectos previstos en la Ley”. (La técnica de remisión empleada en los arts. 9.1; 9.3; 10.1; 13.1, en los que parece que el tiempo de tácita reconducción debe tener el mismo trato del plazo contractual o del plazo legal mínimo del contrato requiere mejora en su redacción para evitar confusiones con los casos en los que la Ley se remite al art. 7 para definir un tiempo determinado en relación al cual se admite un pacto contractual, en el caso de exclusión del derecho de subrogación que puede acordarse, así lo parece, para todo caso de tácita reconducción).

2) Contraprestación:

A) Precio determinado y actualizable (Índice Precios de Consumo) durante el plazo mínimo legal (cuatro años).

B) El precio determinado, libremente estipulado, podrá actualizarse según lo pactado por las partes para el plazo que exceda de cuatro años cuando el plazo convenido sea superior al mínimo legal.

C) Es razonable deducir de la permisón que acaba de comentarse bajo la letra B) la posibilidad de pactar inicialmente

al amparo del art. 15.1, tanto la renta para el período contractual (de 4 o más años) como la renta para el caso de tácita reconducción. La licitud de este pacto puede estimarse reforzada si fuese acompañado del que facilite el desistimiento del arrendatario.

II. Contenido esencial

1) Se articula con carácter necesario.

El art. 5 declara nulas (y añade que se tendrán por no puestas, lo que es innecesario) las cláusulas que modifiquen en perjuicio del arrendatario las normas legales, salvo que la Ley permita tal modificación.

La exposición tanto de los deberes del arrendador (ceder el uso, mantener en el goce pacífico, defender la posesión del arrendatario y hacer reparaciones) como la de los del arrendatario (cooperar a la defensa de la posesión y defender la propia, hacer las reparaciones pequeñas por desgaste de uso diario) excede de mi misión.

La propia dicción de los arts. 1 y 2.1 del anteproyecto parece sugerir la idea de que éste parte de una configuración básica del tipo según el C.c., al cual deberá recurrir para encontrar la norma legal aplicable en las materias de las que la proyectada Ley nueva no se ocupe o en la parte de ellas de la que no se ocupe.

III. Mecanismos de equilibrio

Las partes implicadas disponen de mecanismos para corregir a la eventual falta de equilibrio económico entre las prestaciones que recíprocamente causalizan y justifican el contrato.

El propietario, mediante la exclusión de la tácita reconduc-

ción, y el arrendatario, además, mediante la facultad de desistir; y a la vez se proporciona a la relación arrendaticia de vivienda una razonable duración mínima, acorde con la índole de las necesidades que satisface el arrendamiento.

EFICACIA

I. La Eficacia entre las partes

- 1) Es el efecto vinculante del contrato.

El contrato es un hecho (acto humano por el que contraen unas obligaciones cuya regulación puede ser más o menos producida por los interesados o por la Ley) del que nace un vínculo obligatorio y que establece las reglas a que éste debe ajustarse en el marco de las posibilidades de la autonomía privada.

2) La celebración del contrato genera el vínculo arrendaticio entre las partes.

3) El contenido normativo del contrato está sustraído a la autonomía privada en aquellas materias que la Ley regula con carácter necesario imperativo y en lo demás se reconoce y respeta la autonomía privada, bien conforme al principio general de la Ley Civil bien por permisión expresa del texto legal especial al delimitar el alcance de la norma de derecho necesario.

4) Queda fuera del encargo recibido un estudio detallado de las relaciones entre las partes y de los derechos y facultades atribuidas a cada una frente a la otra.

II. La eficacia respecto de terceros (propietarios o titulares de derechos sobre la vivienda)

1) El efecto vinculante del contrato, nacido de la decisión de celebrarlo y configurado por los términos de su celebración, se limita a quienes lo han celebrado y a sus herederos. Pero

el contrato, una vez celebrado, penetra en el mundo de la realidad jurídica (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN) y produce un efecto reflejo para los terceros que deben respetar la situación jurídica creada por el contrato (JHERING).

En el caso de arrendamiento de vivienda podemos relacionarlo con terceros desde diversos aspectos.

2) La enajenación de la finca arrendada.

Es el caso que permite plantear y analizar con más claridad la cuestión de la colisión entre el derecho del arrendatario y el de un tercero y que permite evaluar las consecuencias que se siguen, en el terreno práctico y en el doctrinal, de la solución recogida según el derecho al que se otorgue mayor firmeza.

23

A) *Conviene analizar con cierto detalle la solución del C.c. (1.571).*

Como regla general un comprador de finca arrendada tiene derecho a que termine el arrendamiento vigente al verificarse la venta. Y si usase el comprador de este derecho el arrendatario tiene derecho a que el arrendador vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen por la extinción anticipada del arrendamiento; aunque la indemnización no procede si el arrendador se hubiese reservado en el contrato de arrendamiento la facultad de vender, con lo que el arrendatario hubiese asumido el riesgo correspondiente.

Esta regla general tiene dos excepciones: Una ocurre cuando el arrendador vendedor hubiese pactado con el comprador la exclusión del derecho de éste a dar por terminado el arrendamiento y su obligación de respetarlo y cumplirlo como arrendador “sucesor”. También priva al comprador de su derecho a la terminación del arrendamiento la aplicación de la Ley Hipotecaria, esto es la inscripción en el Registro del

arrendamiento inscribible, que debe ser respetado por el comprador.

No es momento de profundizar en la materia registral. Baste señalar que del sistema del C.c. y de la legislación registral (Hipotecaria) vigente desde 1861, resulta: a) En principio todo comprador, inscrito o no, adquiere un derecho que vence al arrendamiento existente, aunque este goce de la apariencia y protección posesorias.

b) El arrendamiento que estuviese inscrito “surte efecto en relación a tercero (art. 1.549 C.c.)” y por tanto “perjudica a tercero (art. 32 LH)” y en consecuencia se sobrepone a todo comprador tercero, con independencia de que este comprador llegue a ser o no titular registral e incluso aunque sea tercero protegido por el art. 34 LH.

24

Téngase en cuenta el régimen de duración del arrendamiento según la regulación del C.c., de ahí la tasa que la legislación registral introduce al tipificar los arrendamientos inscribibles. Se pueden formar dos grupos: a) aquellos casos justificados por las circunstancias del contrato bien sea su larga duración bien sea la lógica necesidad de asegurar el cumplimiento del plazo por el cumplimiento o pago anticipado de la contraprestación por precio. b) aquellos otros casos justificados por el mero consentimiento de ambas partes para su inscripción, que lleva implícita la renuncia del arrendador a vender la finca arrendada a comprador que puede resolver el arrendamiento arbitrariamente.

Debo renunciar al estudio del alcance de la interpretación extensiva de la facultad del comprador, así como al de la posibilidad de su aplicación analógica, aunque alguna referencia haré a ello al referirme al borrador o anteproyecto (contratos que se entienden comprendidos en la expresión “compraventa” y contratos análogos o semejantes a la compraventa a estos efectos).

B) *La legislación especial supuso un vuelco total. La propiedad y su tráfico quedaron subordinados de manera absoluta al arrendamiento.*

La regla general de la prevalencia del arrendamiento tenía varias manifestaciones de las que me basta señalar dos. En caso de venta, adjudicación en pago y división de cosa común el arrendatario podía sustituir al adquirente y convertirse en propietario mediante el ejercicio del derecho de adquisición preferente. Y en todo caso de enajenación o de transmisión, incluso en aquellos en los que teniéndolo no hubiese ejercitado el derecho de adquisición preferente, el arrendatario podrá ejercer el derecho de prórroga forzosa frente al adquirente exactamente igual que frente al anterior propietario. El efecto de prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el arrendatario se producía (art. 57 LAU) “aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones”.

25

Por virtud de la Ley especial el arrendamiento que ella regula surte efecto con relación a tercero y le perjudica por el mero hecho de su existencia, incluso aunque el adquirente sea tercero protegido por el artículo 34 en términos generales y además fuese de buena fe (valga el impresionismo de la expresión) respecto del arrendamiento. (El incumplimiento por el vendedor de su deber de manifestar el arrendamiento no perjudica al arrendatario ni beneficia al comprador).

C) *El borrador o anteproyecto de Ley de arrendamientos contiene una regulación que sugiere comentarios desde diversos puntos de vista.*

a) En principio conviene destacar esta regla: “El adquirente de la vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador”. Puede sostenerse que viene a ser el mismo régimen de la LAU 46-64; o el mismo régimen del C.c. cuando así lo pactaban vendedor y comprador.

El adquirente debe, según la norma, respetar el arrenda-

miento en el que queda subrogado por Ley, “aun cuando concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria”. Todo adquirente sea o no titular registral, e incluso el protegido por la fe pública registral, adquiere la vivienda arrendada con la carga del arrendamiento aunque sea de buena fe respecto de éste.

b) Esta norma, o más bien la enunciación general de la norma, viene matizada en relación con la duración del arrendamiento, intermedia entre la LAU y el C.c. Mientras la regulación de la Ley especial se proyectaba sobre un arrendamiento de duración indeterminada y sólo limitada a largo plazo la del C.c. se proyectaba sobre un arrendamiento de breve duración (recuérdese el plazo de seis años como determinante de la necesidad de capacidad dispositiva —art. 1.363 (desde 1888 hasta 1981) y art. 1.548— y como determinante de la inscribibilidad del arrendamiento aun sin consentimiento contractual del arrendador —art. 2.5 LH— y la norma supletoria del defecto de pacto expreso de plazo —1.581 C.c., de la que resulta como ejemplo la previsión máxima el plazo de un año, aunque no parece excluido plazo mayor—).

Si el arrendamiento tiene en el borrador en estudio la duración prevista como mínima en el art. 7 (4 años), sea en plazo contractual o en plazo de reconducción, la subrogación obliga al comprador durante el plazo que reste, sin limitar su facultad —facultad del comprador ya propietario arrendador— de manifestar su voluntad de no renovarlo (art. 8 del borrador) en su momento.

Si el arrendamiento tiene una duración superior a los cuatro años la regla de subrogación es aplicable al adquirente en general y le sujeta por todo el tiempo de duración pactada, con excepción del adquirente que llegue a ser titular registral en el que concurren los requisitos del artículo 34 LH (o sea del titular registral protegido por la fe pública registral en especial respecto y en relación con el arrendamiento), en cuyo caso la subrogación no obligará al adquirente durante todo el

plazo del contrato sino hasta el transcurso del plazo legal mínimo de cuatro (parece que desde la fecha del arrendamiento).

c) La norma del borrador o anteproyecto es aplicable a todo adquirente. Mientras la reglamentación del C.c. se refiere al comprador (adquirente a título oneroso, podríamos interpretar) al que permite extinguir el arrendamiento, la nueva reglamentación se refiere a todo adquirente (entre vivos o mortis causa, oneroso o gratuito), que, subrogado en la posición jurídica del arrendador, queda obligado a respetar el arrendamiento en los términos del contrato o de la reglamentación legal.

Como norma singular y excepcional el adquirente inscrito en quien concursan las circunstancias que establece el art. 34 LH queda subrogado en la posición de arrendador y queda obligado a respetar el contrato de arrendamiento inscrito con rango preferente según los términos de la reglamentación legal pero queda liberado de respetar la duración contractual en cuanto exceda de la legal mínima.

27

d) La última proposición gramatical del número 2 del art. 13 del borrador o proyecto es de difícil interpretación. Después de liberar al “tercero registral protegido por la fe pública del Registro” del exceso de duración pactada respecto de la duración mínima legal, dispone, separado por punto seguido: “Lo mismo ocurrirá cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento”.

¿Qué partes? ¿Las del contrato de arrendamiento? ¿Las del contrato de compraventa?

Esta última hipótesis resulta redundante. El convenio entre arrendador vendedor y comprador subrogado en el arrendamiento no puede alterar, modificar o reducir los derechos del arrendatario (art. 1.257 C.c.); aunque en la venta se hubiese pactado la extinción del arrendamiento el arrendatario conser-

vará frente al comprador todos los derechos que le otorga la Ley al sujetar a éste al arrendamiento como subrogado. Y si a la compraventa concurrese el arrendatario para desistir “convencionalmente” (como supuesto diverso del regulado en el art. 7 del borrador) la extinción resultaría del consentimiento del arrendatario y no de la voluntad negocial de los otros contratantes.

Si la previsión de que “la enajenación de la finca extinguirá el arrendamiento” se hubiese establecido en el contrato de arrendamiento la norma que comentamos viene a establecer que tal pacto contractual es relativamente ineficaz en cuanto que el arrendatario puede volver sobre su propio consentimiento y en lugar de aceptar la extinción del arrendamiento a consecuencia de la compraventa podrá reclamar frente al comprador la efectividad de la subrogación de éste en el contrato hasta que se cumplan los cuatro años de su duración mínima.

28

e) Si el arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad el adquirente posterior aunque sea titular registral y reúna los requisitos del artículo 34 LH quedará sujeto conforme al art. 32 LH a los términos del arrendamiento inscrito con rango preferente, cuya duración deberá respetar en su integridad por interpretación armónica y cumulativa de las normas legales de la Ley del borrador y de la Ley Hipotecaria.

Podría mejorarse la redacción del art. 13, para facilitar el entendimiento de lo apuntado en las letras d) y e).

No es vano advertir que la inscripción del arrendamiento no mejora frente al adquirente la posición jurídica del arrendatario cuyo contrato fuese por el plazo legal mínimo de cuatro años; y que sí la mejora cuando el plazo fuera de duración superior.

f) En último lugar una reflexión: Si en el contrato que sea causa o título de la adquisición se consignase como circunstancia de la finca enajenada la existencia del arrendamiento de vivienda,

su fecha y duración, el comprador quedará subrogado en el arrendamiento según los términos por él conocidos y no podrá invocar su condición de tercero registral (tercero hipotecario), aunque estuviese protegido por la publicidad registral a otros efectos, frente al arrendatario aunque no estuviese inscrito el arrendamiento “conocido”. El conocimiento de la real situación de la finca en cuanto al arrendamiento sobre ella, que el adquirente obtenga o reciba al tiempo de contratar su título (material de la transmisión y de su inscripción) le impide, según el principio de buena fe, invocar en su beneficio la falta de constancia registral de la situación real arrendaticia por él conocida.

3) Constitución de un gravamen “real” sobre la finca arrendada.

Especial consideración merece el análisis de la repercusión en el arrendamiento perfecto y en fase de cumplimiento del nacimiento posterior de derechos reales en cosa ajena, como por ejemplo: de un usufructo sobre la finca arrendada, de la constitución de una hipoteca sobre ella, de la traba de un embargo o del planteamiento de una demanda contradictoria del dominio del arrendador. Me temo que estas cuestiones requieran un análisis con cierto detalle.

El borrador o anteproyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos que circula contiene una norma (número 4 del art. 11) según la cual “Los derechos a que se refieren los apartados anteriores (entiendo que se refiere a los derechos aludidos en los apartados 1 y 2) que hubieren accedido al Registro de la Propiedad con posterioridad al arrendamiento no perjudicarán al arrendamiento inscrito”.

Esta norma contiene, según su redacción, una afirmación cierta e irrefutable. Al margen de toda cuestión teórica, dogmática o constructiva un derecho inscrito no debe resultar perjudicado por otro que accede al Registro y queda inscrito después, con posterioridad y con rango inferior.

Pero esta proposición nos lleva directamente a la problemática del art. 32 LH. La consecuencia (deducida de contrario) según la cual el derecho inscribible legalmente existente pero no inscrito (arrendamiento en lo que nos ocupa) no perjudica al derecho nacido con posterioridad pero inscrito, tiene el carácter de deducción o afirmación de valor absoluto en el ámbito del “rango registral”, pero en el ámbito de la conexión o relación entre Registro y “vida real jurídica plena” es una afirmación o proposición cuya efectividad depende de que el titular del derecho posterior inscrito lo haya adquirido a título oneroso y además tenga buena fe en el sentido de no tener por existente el derecho no inscrito aunque realmente existente, o sea en el sentido de no conocer la realidad jurídica carente de constancia registral. Y esta consecuencia de contrario que proclama cómo lo no inscrito no perjudica a tercero (dicción del art. 32 LH), no es predicable de los derechos que por Ley deben prevalecer sobre los derechos inscritos. Que es cabalmente lo que dice expresamente el anteproyecto en otros preceptos.

A) *Constitución de usufructo sobre finca arrendada.*

Según las previsiones del C.c. (arts. 471 y 474) el contrato de arrendamiento genera frutos civiles para el arrendador y si éste constituyera un usufructo el usufructuario adquirirá su derecho sobre la cosa arrendada, y con él el deber de respetar el arrendamiento como adquirente de un derecho limitado procedente por su constitución del arrendador (que no puede atribuir más derecho del que él tiene) y el derecho de percibir la renta como fruto civil, en proporción al tiempo que dure el usufructo. Ello es así por los principios generales del ordenamiento y la regulación del derecho de usufructo en el C.c. (que, recuérdese, subordina el arrendamiento al comprador pero no al usufructuario aunque se constituya título oneroso).

Aunque el usufructuario inscribiese su derecho y el derecho del arrendatario no estuviese inscrito aquel carecería de legiti-

mación, según la estructura de su derecho (vinculado como el del arrendatario al tronco único del propietario —aunque nudo—), para intentar la extinción del derecho del arrendatario. La constitución del usufructo provoca respecto del arrendatario un simple cambio en el perceptor de la renta tratada como fruto civil.

B) *Transmisión sucesoria de finca urbana arrendada para vivienda por el causante que hubiese dispuesto sustitución fideicomisaria.*

Según todos los principios de derecho, y así lo dispone el art. 659 C.c., la herencia comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte. En relación a la vivienda arrendada a tercero existente en el as hereditario del propietario arrendador se debe considerar a la finca como bien en el activo y su arrendamiento para vivienda como obligación en el pasivo (sin entrar en problemas de su evaluación y sin confundirlo con detalles referentes a rentas devengadas u obras debidas). Y según las normas de la sucesión hereditaria el fiduciario recibirá lo que tenía su causante para conservarlo y transmitirlo al fideicomisario, que recibirá, a su vez, lo recibido por aquél; y entre lo recibido el deber de respetar el arrendamiento contratado por el causante según la relación asumida por él mismo. Este deber es exigible a los herederos, fiduciario y fideicomisario, que hubieren inscrito su adquisición hereditaria aunque el arrendamiento no hubiese sido inscrito. Si fuese de otra manera se alterarían las normas civiles sucesorias que resultan favorables al arrendatario y se generaría una situación más perjudicial para él por el incumplimiento de una formalidad no contemplada en el C.c. (La inscripción como requisito para perjudicar al sucesor mortis causa del arrendador).

C) *Hipoteca de finca arrendada.*

La crisis efectiva del arrendamiento surge al producirse la ejecución forzosa, no al contratarse la hipoteca.

Recuérdese: i) que según el C.c., el comprador tiene la facultad de dar por terminado el arrendamiento existente al tiempo de la compraventa (y el mismo derecho se reconoce al rematante en la subasta promovida en ejecución o realización de la hipoteca); ii) que según la LAU el rematante queda sujeto forzosamente a la prórroga decidida por el arrendatario (art. 57) que no desease ejercer el derecho de adquisición preferente (art. 47 y ss.). En cuanto al rematante no deja de ser un tercero que sucede al arrendador, por la vía de la hipoteca. La solución es armónica con la prioridad temporal del arrendamiento, aunque desde el punto de vista registral se tratase de una carga oculta (pero “visible posesoriamente”).

32 También debemos tener presente que el arrendamiento “posterior” (en el tiempo o en el rango) a la hipoteca, caso de ejecución de ésta, tiene asegurada una duración legal mínima de cuatro años, desde su vigencia. El borrador de proyecto no vincula esta duración a la inscripción del arrendamiento sino a su real vigencia (art. 9.2 del proyecto).

Finalmente, adviértase que el rematante puede notificar la voluntad de no renovar por tácita reconducción el arrendamiento aunque deba respetarlo como anterior o de rango preferente. La sujeción al arrendamiento, o el respeto a su existencia, sólo obliga hasta el vencimiento del plazo legal mínimo de su duración.

a) Hipoteca de finca arrendada y arrendamiento ya inscrito al otorgarse la escritura que la constituya (arts. 1.875 C.c. y 1.024). El rematante debe respetar el arrendamiento por el tiempo de su duración pactada e inscrita (art. 7 o art. 8 del borrador o anteproyecto) tanto si el arrendamiento ha sido declarado en la escritura como si ha sido ocultado (art. 11.4 del borrador o anteproyecto y 32 y 34 LH).

b) Hipoteca de finca arrendada, si el arrendamiento no ha sido inscrito al otorgarse la escritura de hipoteca.

b') En la escritura de hipoteca se omite toda referencia a la existencia del arrendamiento no inscrito al tiempo del otorgamiento pero que resulta inscrito antes que la hipoteca. Según los mismos artículos citados (11.4 y 32 y 34) el rango registral determina la prevalencia del arrendamiento, cuya ocultación puede justificar la demanda por el prestamista de declaración de irregularidad del préstamo hipotecario (por error en el objeto o por dolo contractual) y como efecto consiguiente el vencimiento de su restitución o más bien la procedencia de la reposición "al estado anterior de las cosas".

b'') En la escritura de hipoteca se omite la declaración de existencia del arrendamiento ya perfecto, y la hipoteca se inscribe antes que él (es indiferente que el arrendamiento se inscriba después o no). El rango registral determina la preferencia de la hipoteca; el arrendatario no puede tener más derechos que los previstos para el caso de ser posterior a la hipoteca y tiene, por tanto, el derecho a que el rematante, en su caso, como adquirente quede subrogado en el lugar —derechos y obligaciones— del arrendador y queda además a salvo el posible ejercicio de acciones por el arrendatario para demostrar la mala fe del acreedor hipotecario (en cuanto conocedor del arrendamiento) y el de las que permitan al arrendatario reclamar daños y perjuicios frente al arrendador hipotecante (dentro del limitado juego de posible perjuicio en atención a las diferencias de tiempo entre unos y otros supuestos). Es claro que el ejercicio de estas acciones reporta dudosas ventajas al arrendatario.

Y no parece oportuno analizar en este punto o lugar la trascendencia que respecto de la buena fe del acreedor pueda tener la apariencia resultante de la posesión por el arrendatario sobre la finca arrendada e hipotecada, especialmente si el acreedor se hubiese preocupado de obtener tasación de la finca en sus valores de uso y de cambio.

b'') En la escritura de hipoteca se reseña la existencia del arrendamiento (no inscrito). Parece lo más seguro, puesto que la propia escritura es el título ejecutivo, que el rematante, tanto por su condición de causahabiente del derecho de hipoteca, según el principio de respeto de cargas y derechos preexistentes, como por la particular aplicación del principio de la prevalencia del arrendamiento de vivienda sobre el adquirente de propiedad (art. 13 del borrador o anteproyecto), deberá respetar el arrendamiento, al igual que cualquier adquirente de finca arrendada.

Esto es así aunque el arrendamiento expresado o reconocido por el arrendador hipotecante no llegase a inscribirse. La falta de inscripción no puede hacer de peor condición al arrendatario de una vivienda que luego se hipoteca y se ejecuta que al arrendatario de una vivienda que se enajena pura y simplemente por el arrendador.

34 Si el rematante alegare que la demanda ejecutiva omite la circunstancia de la existencia del arrendamiento que hubiese sido mencionado en la escritura constitutiva (y no inscrito antes que la hipoteca por hipótesis, en cuyo caso hubiese aparecido en la certificación de cargas) es lo cierto que dicho rematante como adquirente debe aceptar o asumir la posición jurídica regulada en el art. 13 del borrador y el perjuicio que pudiera sufrir el arrendatario a consecuencia de perder el tiempo de duración pactada superior al mínimo legal que debe respetar el rematante, podrá reclamarlo del acreedor ejecutante al amparo de su condición, respecto del remate, de tercero interesado perjudicado (en la medida del perjuicio, pues si el art. 13 se refiere al plazo del artículo 7 como duración tanto del contrato originario como de la renovación por reconducción tácita resulta la misma solución tanto si el rematante debe respetar al arrendamiento como derecho preferente como si debe respetarlo por su sometimiento al régimen de adquirente de vivienda enajenada). Claro que si el rematante invoca para el arrendatario ocultado en la demanda ejecutiva el trato propio del arrendatario posterior a la constitución de la hipoteca y prosperase esta solución en lugar

de aplicar el art. 13 resultaría un perjuicio efectivo para el arrendatario que podría reclamar el resarcimiento del acreedor ejecutante que omitió en la demanda circunstancias de la escritura, reclamación fundada en el último párrafo de la regla 2.^a del art. 131 LH.

D) *El comprador sujeto a retracto convencional.*

En cuanto adquirente está sujeto al régimen del art. 13 y subrogado en el arrendamiento. Aunque según el principio del C.c. (art. 1.372) el momento final del arrendamiento podrá computarse en relación con el vencimiento del plazo de retracto el principio de subrogación del art. 13 lleva a admitir que su régimen es el de cualquier adquirente desde la perfección de la compra.

E) *Opción sobre finca arrendada.*

35

En el caso de la opción la cuestión debe plantearse en relación con la adquisición consiguiente a su ejercicio. En nuestra opinión no se trata de un problema de colisión entre arrendamiento y derecho de opción, sino entre arrendamiento y optante ya adquirente. Por ello el art. 11.2, al final señala que en la colisión entre arrendamiento y adquirente a virtud de un derecho de opción inscrito antes de celebrarse el arrendamiento éste, el arrendamiento, debe ser respetado durante un plazo de duración mínima de cuatro años. A mayor, el arrendamiento deberá ser respetado por dicho plazo si tuviese fecha fehaciente anterior y por todo el plazo pactado y publicado por el Registro si estuviese inscrito con anterioridad a la inscripción de la opción.

Sin perjuicio de la vinculación del optante, como cualquier adquirente, a cuanto hubiese pactado en beneficio o a favor del arrendamiento con el propietario arrendador concedente de la opción (1.257.2.º C.c.), al tiempo de perfeccionar ésta o al tiempo de la adquisición.

4) El arrendador es propietario gravado por hipoteca, o embargo o demanda, o no es propietario, sino que es titular de un derecho limitado que le legitima para la celebración del arrendamiento pero cuyo derecho legitimador está sujeto a extinción. Colisiona el arrendamiento celebrado con el adquirente de la propiedad a la realización de la hipoteca o a la extinción del derecho del concedente del arrendamiento.

La Ley proyectada establece normas de alcance diverso (art. 11).

A) Arrendador usufructuario o análogo.

Si el arrendador es usufructuario o superficiario o titular de un derecho análogo de goce, el arrendamiento se extingue al extinguirse el derecho del arrendador (art. 9.1 borrador que se aparta de la LAU 64 y se aproxima al art. 480 C.c.).

36

B) Arrendador propietario “gravado” (hipoteca, demanda, etcétera).

Si el arrendador es comprador con pacto de retro, fiduciario, propietario de finca hipotecada o sobre la que se haya anotado (en el Registro) demanda o embargo o sobre la que hubiese concedido opción inscrita, el arrendamiento durará cuatro años si antes se hubiera resuelto el derecho del arrendador por ejercicio del retracto convencional, por apertura de la sustitución fideicomisaria o por la enajenación forzosa y se resolverá el arrendamiento al resolverse el derecho del arrendador si esta resolución acaece después de cuatro años de vigencia del arrendamiento (aunque esté en prórroga por tácita reconducción). La nueva Ley garantiza al arrendatario, caso de extinción del derecho del arrendador o de enajenación a causa del gravamen, un mínimo de cuatro años; y transcurrido este plazo decae su derecho aunque esté en curso el plazo contractual o una prórroga, al producirse la extinción o la

enajenación. Me permito señalar que la norma es mejorable, pues no prevé el vencimiento en juicio declarativo por demanda no anotada; y tampoco los efectos de los embargos y demandas respecto de arrendamiento de vivienda concertados en fincas no inmatriculadas.

Según la norma proyectada el arrendamiento de vivienda ya hipotecada tiene una vigencia mínima asegurada de cuatro años en perjuicio del rematante si la adjudicación (enajenación forzosa) se realizase antes de ese plazo de vigencia legal mínima del contrato, transcurrido el cual el arrendamiento quedará resuelto con la adjudicación (el proyecto de Ley se expresa según la construcción que entiende que el derecho del transmitente se extingue en caso de enajenación traslativa, especialmente si es forzosa). En la norma proyectada se subordina al sustituto fideicomisario al arrendamiento contratado por el fiduciario en cuanto a una vigencia mínima de cuatro años del arrendamiento; mientras que el nudo propietario no queda subordinado al arrendamiento que hubiese contratado el usufructuario. El proyecto, por tanto, se aparta con acierto de la aproximación que en algún tiempo se hizo entre usufructuario y fiduciario y, atribuye mayor consistencia al derecho generado por este último.

37

5) El arrendatario es propietario aparente (no real).

El arrendador no es propietario, pero es titular registral de dominio o disfruta de apariencia de propietario según estado de cosas cuya creación es imputable al verdadero propietario. El arrendamiento así concertado durará cuatro años, y en esa medida perjudicará al verdadero propietario. Como es natural la Ley en gestación no se ha planteado la relación entre el propietario verdadero y el aparente o el titular registral que sea falso propietario (art. 11.3).

III. La eficacia del derecho arrendaticio de vivienda respecto de terceros adquirentes del mismo. (Cesionario o subrogados del derecho arrendaticio)

1) El derecho arrendaticio, o sea la posición contractual del arrendatario, no sólo está sujeto a las reglas generales de la cesión de contrato sino que, incluso, está sujeto a especiales restricciones. Esta apreciación general y esencial no resulta alterada, en su significación, por determinadas excepciones.

2) La cesión del contrato o el subarriendo requieren el consentimiento del arrendador. (El art. 6.1 del anteproyecto coincide con el art. 1.205 del C.c.).

38 **A)** La cesión requiere consentimiento expreso del arrendador (que puede ser previo, prestado con el propio contrato de arrendamiento). El consentimiento supone, en principio, la liberación del arrendatario cedente; pero nada se opone al consentimiento limitado, según el cual subsiste la responsabilidad del cedente como fiador del cesionario.

B) El subarriendo, según la teoría general y la regulación en el C.c., puede convenirse sin previo consentimiento del arrendador, siempre que no se haya prohibido en el contrato de arrendamiento; pero el arrendatario subarrendador responderá “al cumplimiento del contrato para con el arrendador” (C.c. 1.550).

El borrador o anteproyecto altera el régimen del C.c. y requiere el consentimiento del arrendador (siguiendo el principio del art. 10 LAU) aunque lo facilita, pues también puede ser el consentimiento presunto por silencio durante un mes a la solicitud del arrendatario de consentimiento o autorización para subarrendar.

El subarriendo consentido (expresa o tácitamente) se regirá por las mismas normas que el arrendamiento.

La negativa justificada (con expresión de razones relativas

a la persona del subarrendatario) impide el subarriendo, y el que se realizase tendría la consideración y trato de incon-sentido.

La negativa no justificada en razones relativas a la persona del tercero (subarrendatario) justifica el desistimiento del arrendatario durante el mes siguiente a la negativa (art. 6.3 del borrador o anteproyecto). Pero no justifica el subarriendo.

C) La cesión o el subarriendo “incon-sentidos” son causa para que el arrendador pueda resolver de pleno derecho el arrendamiento (art. 25.2.1.^a).

3) La sustitución de arrendatario por causa conyugal y por ministerio de Ley.

El art. 14 del borrador o anteproyecto dispone que en casos de nulidad de matrimonio, separación judicial o divorcio cuando el uso de la vivienda arrendada corresponda al cónyuge del arrendatario el atributario del uso adquirirá la condición de arrendatario por ministerio de la Ley. Y regula la notificación al arrendador para la eficacia en su perjuicio de la sustitución (sólo desde la notificación queda libre de responsabilidad por el arrendamiento el cónyuge privado del arrendamiento).

39

4) La muerte del arrendatario. Su incidencia en la vida del arrendamiento.

Se ocupa el art. 12 del borrador de la muerte del arrendatario. Se da por supuesta la continuación del arrendamiento después de la muerte del arrendatario, como regla de principio.

A) El derecho arrendaticio no se transmite por título de herencia (no se computará en la herencia del arrendatario - art. 12.4).

B) Se regula la subrogación de determinadas personas y se determina la preferencia entre los posibles subrogados.

C) La subrogación es por el tiempo de duración pendiente, sin perjuicio de la posible voluntad de no renovar impeditiva de la tácita reconducción por parte del arrendador.

Puede pactarse en el contrato que en caso de fallecimiento del arrendatario la subrogación sea por el plazo pendiente hasta completar el mínimo de cuatro años, también sin perjuicio del derecho a no renovar el contrato.

D) No interesa, a nuestros efectos, una detallada exposición de las personas con derecho de subrogación, de su preferencia respectiva y de la notificación necesaria en plazo preclusivo para evitar que el arrendamiento quede extinguido “por muerte del arrendatario sin producirse subrogación notificada en forma que vincule o sujete al arrendador”.

40

IV. A modo de conclusiones

El arrendamiento, o más precisamente el derecho arrendaticio, no debe concebirse meramente como un derecho subjetivo simple, sino parece más ajustado considerarlo como una posición jurídica contractual de la que nacen derechos subjetivos concretos; y como posición de parte en un contrato no es suceptible de tráfico autónomo aunque restringido y como nota particular, no obstante su carácter patrimonial, está excluida del principio general de sucesión hereditaria.

Su trascendencia respecto de terceros no juega en cuanto a terceros adquirentes del propio derecho arrendaticio sino en cuanto a la posible aparición a terceros adquirentes de la vivienda o de derechos sobre ella respecto de los cuales plantea problemas la existencia del mismo derecho de arrendamiento (cuestión de hecho, que cuenta con apoyo en la apariencia posesoria), así como, admitida la eficacia del arrendamiento,

plantea problemas la fecha inicial de su duración a efecto del cómputo del tiempo que perjudica a tercero (prueba documental que puede ser preconstituida de modo fehaciente) y también la posible oposición a tercero de las cláusulas y pactos convenidos que mejoren la posición del arrendatario respecto de la regulación legal (cuestión de conocimiento de los mismos por el tercero o de su publicidad registral).

FORMALIZACION

I. Ni el C.c., ni la LAU, ni el borrador o proyecto que manejamos contienen normas acerca de la formalización del arrendamiento de vivienda en general. Esto es, acerca de la forma de su celebración.

II. El art. 1.280 del C.c. dispone que deberán constar en documento público los arrendamientos de bienes inmuebles por seis o más años siempre que deban perjudicar a tercero (n.º 20).

41

III. La Ley cuyo borrador o proyecto vamos comentando establece como regla general que el arrendamiento “perjudica a tercero” (bien posterior adquirente del arrendador o bien propietario que consolida el dominio o la extinción del derecho del contratante arrendador) y que este perjuicio alcanza el plazo o tiempo de duración mínimo de cuatro años y en ciertos casos y con ciertos requisitos al plazo o tiempo mayor contratado.

La prueba del momento inicial de este tiempo durante el cual el arrendamiento perjudica a tercero es a cargo del arrendatario (art. 7.1 al final, congruente con el art. 1.214 C.c., en cuanto este plazo beneficia al arrendatario y perjudica al tercero y el “dies aquo” es elemento constitutivo del derecho del arrendatario).

Al derecho interesa que quede preconstituida la prueba de la fecha de celebración del contrato o de la puesta a su

disposición de la vivienda, si fuera posterior, pues de otro modo al adquirente le podría bastar con afirmar que el período de cuatro años menos cuatro meses vence al tiempo de su adquisición y coincidente con ésta la notificación de su voluntad de no renovarlo. La falta de certidumbre de la fecha puede provocar notable inseguridad jurídica y no pocos pleitos.

IV. La legislación notarial ofrece diversos modos de preconstituir la prueba de la celebración de un contrato de arrendamiento, o de la puesta a disposición del arrendatario, de manera que quede establecido de modo fehaciente en perjuicio de tercero el hecho de la celebración del contrato por el arrendatario y su fecha.

Destaco que me he ocupado de medidas para la preconstitución de prueba de fecha en perjuicio de tercero y no planteo ni analizo lo referente a la formalización documental (en escritura pública notarial) del contrato, ni a su autorización notarial, ni, tampoco y tan siquiera, a la prueba de la vinculación del arrendador como elemento o factor que afecte, perjudique o sujete a terceros que de él traigan causa o derecho.

42

PUBLICACION REGISTRAL

I. En el borrador o anteproyecto se contiene una modificación del art. 2.5.º de la Ley Hipotecaria. En lo sucesivo, desde la entrada en vigor de la Ley proyectada, dirá: “Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos”.

Esta reforma es, en principio, coherente con la libertad de pacto en cuanto a duración del arrendamiento.

Para el arrendador es indiferente la inscripción o no del arrendamiento; incluso podría estimarse que para el propietario inscrito la falta de inscripción del arrendamiento existente proporciona, supuesta su existencia indubitada, la sujeción de la propiedad al arrendamiento según el régimen legal y no la

sujeción, en perjuicio de tercero al régimen convenido, si éste fuera más restrictivo para la propiedad que el régimen legal mínimo.

Al arrendatario la inscripción le permite obtener, frente a tercer adquirente posterior de dominio o de derecho real, la prevalencia de las condiciones pactadas más ventajosas (en plazo o en otras cláusulas) que las resultantes de la regulación legal. Estas, las resultantes del tipo legal, prevalecen frente al titular registral en todo caso.

II. Esta limitación de efectos de la publicidad registral, derivada de la oponibilidad y eficacia contra terceros del arrendamiento en su contenido mínimo legal como efecto natural “ex lege” de su existencia, no excluye que el acceso del arrendamiento al Registro debe ajustarse a los principios de nuestro sistema (congruente en lo fundamental con los más progresivos y perfectos de los países de la CE).

Nuestro sistema de Registro ofrece al tráfico la seguridad de que el titular inscrito en cuanto adquirente a título oneroso y de buena fe será mantenido en su adquisición de un transmitente inscrito según los términos de la inscripción de éste; y la seguridad, de que el derecho inscribible no inscrito, aunque existente, no le perjudicará (salvo su mala fe); y la seguridad de que se le presumirá titular y poseedor legítimo del derecho inscrito a su favor. Y nuestro sistema, a la vez, procura que los derechos inscritos y publicados se correspondan con los existentes y vigentes en la realidad extrarregistral. Así es porque el legislador procura evitar toda divergencia entre realidad y publicidad y en consecuencia, la posibilidad de que el sistema registral facilite el despojo del titular real (“*verus dominus*”) por el titular registral (propietario aparente).

Ello lo consigue asegurando el acceso al Registro de títulos que se deban tener como reales, veraces y legales y, en consecuencia, dispone que el acceso al Registro (aparte la documentación judicial y administrativa) de los títulos o contratos entre privados o sea entre ciudadanos particulares (incluida

la actividad meramente patrimonial de las administraciones públicas) se produzca en base a documentación auténtica (art. 3 LH) y cuida con muy especial cuidado de la rectificación del Registro inexacto respecto de la sociedad extrarregistral (art. 40 LH) y de la rectificación de errores de los asientos (arts. 256 y ss. LH).

Según los principios constitucionales rectores del régimen de fuentes de derecho y del contenido de la facultad reglamentaria debe entenderse que la remisión contenida en el proyecto se ejercerá ajustadamente a los principios sustantivos del sistema del Registro de la Propiedad.

III. El acceso al Registro del arrendamiento, según el régimen del C.c. y de la LH, tiene muy limitados efectos, como ha estudiado la doctrina registral (o hipotecarista). Esta limitación de efectos aún es mayor para los arrendamientos de vivienda según los regula la Ley en proyecto.

44

La eficacia práctica de la inscripción del arrendamiento se limita a la oponibilidad al titular registral en quien concurren las circunstancias o requisitos del art. 34 de aquellos pactos y cláusulas del contrato de arrendamiento que mejoren la posición del arrendatario en relación al esquema legal.

Esta finalidad de oponibilidad podría obtenerse mediante algún tipo de asiento o de operación simplificada cuya eficacia y plazo de vigencia fuese coherente con las notas de la posición arrendaticia publicada y cuyo costo fuera proporcionado a su posible utilidad. Pero en todo caso se requiere la autenticidad de la disposición constitutiva del arrendamiento por el titular registral, las garantías que debe proporcionar sobre su identidad, legitimación y capacidad, la autenticidad del hecho de la celebración del contrato y la del contenido contractual que “mejore” la posición del arrendatario respecto del régimen legal. La seguridad jurídica exige que se reduzca al máximo la posibilidad de inexactitud del Registro por acceso al mismo de derechos o relaciones cuya constitución no sea veraz y cuya legalidad no se controle en el momento de su

constitución en el tráfico “real”, económico y extrarregistral.

La cuestión de la prueba de la fecha inicial del plazo de duración del contrato, como cuestión de hecho de la existencia mera del contrato o de la puesta a disposición, está fuera del ámbito del Registro, al que llegan los títulos “ya perfectos”. Como ya dije se puede evitar la necesidad de acudir la determinación judicial de la fecha en caso de desacuerdo entre el arrendatario y el tercero subrogado mediante procurar y alentar la preconstitución auténtica y fehaciente de la prueba por medios notariales (con la consiguiente reducción de la litigiosidad o conflictividad judicial).

IV. Parece prudente y razonable sugerir, dado el carácter temporal del arrendamiento, la previsión del régimen de cancelación de los asientos registrales que los publiquen.

La experiencia vivida acerca de los problemas y dificultades que entorpecen la ágil constancia en el Registro del pago de la parte aplazada del precio de las compraventas estimula a aconsejar muy vivamente que se facilite la cancelación de los asientos de arrendamiento.

45

V. En la disposición adicional primera del borrador o proyecto, n.º 5, se establece el deber de inscribir en el Registro de la Propiedad los contratos de arrendamiento de viviendas de protección oficial como requisito previo a la obtención del “visado obligatorio por el órgano correspondiente de la administración competente”.

Como no conocemos la Exposición de Motivos omitimos todo comentario acerca de esta norma y cuyo alcance no apreciamos así como tampoco la finalidad que se persigue con su establecimiento.

Si sólo tuviese finalidad de control administrativo puede dudarse del acierto en el uso del Registro de la Propiedad dado su contenido jurídico y su finalidad de seguridad jurídica sustantiva.

PECULIARIDADES DEL USO DISTINTO AL DE VIVIENDA

Unos breves comentarios al arrendamiento de bienes inmuebles urbanos habitables cuyo destino sea distinto del de satisfacer la necesidad primaria y permanente de vivienda del arrendatario, de su cónyuge o de sus hijos dependientes.

I. Notas definitorias

1) En cuanto al tiempo (determinado) y la renta (cierta) rige el principio de libertad de pacto.

46 2) En defecto de pacto en cuanto al tiempo, el silencio del Anteproyecto nos lleva a la solución del Código civil (1.581); y la periodicidad del pago de la renta señala el tiempo de duración.

3) La prórroga del contrato, que se extingue por el mero cumplimiento del término (art. 1.581.segundo C.c.), puede ser expresa o tácita, y ésta se rige por el C.c. (1.566); se trata, pues, de propia tácita reconducción en cuanto la prórroga resulta de hechos concluyentes y de silencio (por omisión de denuncia contraria a la continuidad de hecho).

II. El Anteproyecto conocido contiene unas pocas normas y se remite, en lo demás, a las normas contenidas en el C.c.

1) Eficacia respecto a terceros.

A) *Enajenación de la finca arrendada.*

En esta materia se contiene una regla general y dos excepciones:

1) Regla general: El adquirente queda subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador. En principio prevalece el arrendamiento.

2) Excepciones:

a) Salvo pacto en contrario. Según se ha comentado, el pacto mediante el que se subordine el arrendamiento al adquirente es propio del contrato de arrendamiento, en otro caso no podrá perjudicar al arrendatario salvo que éste concurra al contrato traslativo y acepte que el adquirente no quede subrogado en la posición del arrendador y pueda, en consecuencia, ejercer el derecho a que termine el arrendamiento (1.571 C.c.).

b) Salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Adquirente inscrito por título oneroso y de buena fe (ya que no cabe pensar en el presupuesto de la eficacia del art. 34: que el vencedor de una acción de nulidad o resolución del derecho del transmitente se dirija contra el adquirente). La evaluación del requisito de la buena fe puede plantear problemas. Si la buena fe hipotecaria consiste en la ignorancia de la causa de nulidad de resolución (no inscrita ésta) la buena fe “arrendaticia” deberá consistir en la ignorancia del arrendamiento.

Carecería de toda justificación que el requisito de la buena fe se midiese en relación con terceros adquirentes o titulares del dominio o de los derechos reales sobre la finca arrendada; la lógica jurídica y el sentido de justicia reclama que la buena fe se mida en relación con el derecho, o con la relación arrendaticia, que debe quedar subordinada al adquirente oneroso inscrito a virtud de la norma que comentamos. Así planteadas las cosas es lícita esta pregunta: ¿El mero y simple hecho posesorio por parte del arrendatario es suficiente para desvirtuar la buena fe, es suficiente por sí solo para impedir que el adquirente sea tenido como de buena fe? En mi opinión (que lanzo sometida a todo análisis) el hecho posesorio priva

al adquirente de buena fe en cuanto, según el principio del artículo 36 LH, el arrendatario que pueda probar su efectiva posesión podrá probar que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer que la finca estaba poseída por un arrendatario. Parece muy razonable que el adquirente que invoque su condición de “tercero registral (o hipotecario)” deba probar su buena fe formada con la diligencia derivada del art. 36 LH cuando la finca no esté poseída de modo directo por el transmitente; si así no fuese y no fuese exigible la diligencia del adquirente para evaluar el título o causa de la posesión por persona distinta que su enajenante se podía llegar a una situación que recuerda a la que algún autor se refería cuando comparaba ciertas regulaciones registrales con un “burladero” en beneficio de ventajistas; y no parece menos necesaria la regulación de la indemnización que proceda a favor del arrendatario vencido por el adquirente inscrito de buena fe y a título oneroso si la buena fe resultase de maquinación (compatible con la buena fe del tercero, al menos en teoría) pues el arrendatario vencido pierde el arrendamiento por el tiempo pendiente.

c) Excepción de la excepción.

c’) Si el arrendamiento hubiese sido inscrito, el adquirente está obligado a respetarlo (arts. 32 y 34 LH) aunque inscriba su adquisición a título oneroso y sea de buena fe.

Claro es que la inscripción interesará al arrendatario por largo plazo o para cubrir el tiempo de renta anticipada.

Y resulta fácil de comprender que el privilegio que se atribuye al adquirente inscrito, oneroso y de buena fe, le proporciona una ventaja práctica medible por el tiempo que reste para el vencimiento del arrendamiento desde la inscripción de su título adquisitivo y sólo por ese tiempo, pues una vez vencido el plazo, el adquirente por su posición de propietario-arrendador puede evitar la tácita reconducción y recuperar el uso o goce (y la posesión inmediata) de la finca arrendada

(y ello al margen de la problemática de hecho que se sigue del problema de la buena fe en relación con la apariencia posesoria del arrendatario).

c'') Si el adquirente inscrito a título oneroso y de buena fe hubiese aceptado subrogarse en el arrendamiento como arrendador. Por hipótesis, se trata de aceptación en relación a un arrendamiento posible pero no conocido, pues si fuera conocido ya no habría buena fe y no habría excepción.

B) Cesión del derecho arrendaticio.

También contiene una regla general y otra singular.

a) Regla general: No cabe la cesión ni el subarriendo salvo consentimiento del arrendador (1.205 C.c. y excluye 1.550 y ss. C.c.).

49

b) Regla singular: Si la finca arrendada (i) se dedica a una actividad empresarial (ii) que comporte un contacto directo con el público o con los consumidores o usuarios; y si a la vez se vende, se cede en usufructo o se arrienda la empresa instalada en la finca, puede el arrendatario subarrendar o ceder el contrato de arrendamiento. Esta posibilidad puede excluirse en el contrato de arrendamiento.

El arrendatario cedente responderá solidariamente con el cesionario del pago de la renta y del vacío causado a la finca con el límite (cuantitativo) de dos anualidades de renta.

El arrendatario subarrendador quedará sujeto al régimen del C.c. (1.550 y ss.).

III. Indemnización por clientela

El artículo 31 del Anteproyecto que he manejado contiene una norma que establece una indemnización a favor del arren-

datario que durante los seis últimos años hubiese ejercido una “actividad empresarial que comporte contacto directo con el público o con consumidores o usuarios” en un local siempre que:

a) El arrendatario hubiese manifestado con cuatro meses de antelación su voluntad de celebrar nuevo contrato con aumento de renta (del 20%).

b) El arrendador o un tercero desde antes del transcurso de un año desde la terminación de la misma actividad que ejercía el arrendatario, u otra afín.

No está claro si es una norma propia de las consecuencias de la extinción del arrendamiento o es una norma protectora de la leal competencia.

LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD ANONIMA (*)

MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ

Notario

51

SUMARIO: **I.** PLANTEAMIENTO. **II.** LA ESTRUCTURA DEL ORGANO ADMINISTRATIVO. **A)** *Determinación de la estructura del órgano administrativo.* **B)** *Administración colegiada y no colegiada. El consejo de administración.* **C)** *Distribución de competencias y el ejercicio del poder de representación por los administradores.* **III.** EL PODER DE REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES. **A)** *Concepto de la representación orgánica.* **B)** *Extensión de la representación orgánica.* **IV.** NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES. **A)** *Regla general.* **B)** *El nombramiento por cooptación.* **C)** *El nombramiento por el sistema proporcional.* **D)** *Remoción de los administradores.* **E)** *Renuncia del administrador.* **F)** *Caducidad del nombramiento.* **V.** REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES. **VI.** RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. **A)** *Principios generales.* **B)** *La acción social de responsabilidad.* **C)** *La acción individual de responsabilidad.*

(*) Texto íntegro de la conferencia pronunciada el 15 de diciembre de 1992 en la Fundación Universitaria San Pablo - CEU.

I. Planteamiento

La vida de la sociedad anónima se desarrolla fundamentalmente merced a la actuación de dos órganos básicos: la junta general y los administradores. Cada uno de estos órganos tiene atribuidas competencias distintas y, en principio, ninguno de los dos puede ingerirse en las funciones que competencialmente han sido atribuidas al otro.

52 Relativamente a la junta, esta limitación competencial resulta expresamente del art. 93-1 de la Ley según el cual los accionistas, constituidos en junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría *en los asuntos propios de la competencia de la junta*. Cuales sean esos asuntos viene determinado por la propia Ley y aparecen dispersas en su articulado. Básicamente corresponde a la junta decidir sobre nombramiento y destitución de los administradores, exigir a éstos responsabilidad, aprobar las cuentas del ejercicio y la aplicación en su caso de los beneficios, emitir obligaciones, y los actos que se refieren a la esfera constitucional de la sociedad, así, el aumento o reducción del capital, la modificación de los estatutos, la transformación, fusión de la sociedad y su disolución (1).

A los administradores les corresponde la gestión de los asuntos sociales, es decir, desarrollar la actividad necesaria para cumplir el objeto social. Dentro de la función administrativa “latu senso” cabe distinguir lo que en sentido estricto es administración y la representación de la sociedad frente a terceros. La administración supone la toma de decisiones respecto de lo que la sociedad debe hacer o no hacer para mejor

(1) Independientemente y además de estos actos que constituyen la esencia de la competencia de la junta y hasta su propia razón de ser, la junta tiene atribuidas otras competencias específicas, por ejemplo, aprobar las adquisiciones onerosas realizadas por la sociedad dentro de los dos años siguientes a su constitución (art. 41), aprobación de la adquisición de acciones propias (art. 75), aprobar la supresión del derecho de suscripción preferente cuando se den las circunstancias y se cumplan los requisitos del art. 159 de la Ley, nombrar liquidadores, aprobar la propuesta de división del haber social, art. 277, etc. Ninguna de ellas como se ve concierne a la gestión de los asuntos sociales ni a la representación de la sociedad.

cumplir su objeto. Comporta (2), no sólo una actividad de tipo jurídico sino también técnica de carácter económico o financiero, pudiéndose hablar de una actividad de gestión inherente al ejercicio del tráfico económico propiamente empresarial y no sólo societario.

Mientras la administración se desarrolla en la esfera interna de la sociedad y se traduce como se ha dicho, en la toma de decisiones, la representación mira al exterior y se refiere a las relaciones de la sociedad con terceros —afecta esencialmente a la esfera de la contratación y presupone la realización de aquellos actos cuya celebración se ha decidido en el orden puramente interno. (Así como la actividad de la junta no se agota con los actos relativos a la esfera constitucional de la sociedad, tampoco la competencia de los administradores se reduce a la gestión de los asuntos sociales y la representación frente a terceros, aunque éste sea el quehacer típico del órgano administrativo. A título de ejemplo pueden citarse entre otras actividades del consejo la de velar por el desembolso de los dividendos pasivos (arts. 45 y 46), suscribir los títulos representativos de las acciones (art. 53), llevar el libro registro de acciones nominativas (art. 55), convocar las juntas generales y fijar su orden del día (arts. 94, 97, 98 y 100), ejecutar el aumento de capital por delegación de la junta y decidir el aumento de capital en los supuestos de capital autorizado (art. 153); cumplir los requisitos exigidos para la reducción del capital social (arts. 165 y 166), rendir cuentas y formular, suscribir y presentar a la junta los documentos relativos a las cuentas anuales, el informe de gestión y propuesta de aplicación del resultado (arts. 171 y sigs., 175 y sigs., 189 y sigs., 199 y sigs. y 202 y sigs.), redactar y suscribir el proyecto de fusión o de escisión de la sociedad (art. 234), etc. No sería propio de este trabajo, cuyo objeto es examinar la administración de la socie-

(2) Vid POLO, *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima. Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, obra dirigida por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, tomo VI, Madrid 1992, pág. 45.

dad, detenerse en el análisis y estudio de éstos y otros preceptos que se refieren a diversos cometidos de los administradores).

Dentro de este planteamiento general en torno a los órganos de la sociedad y sus respectivas competencias surgen tres cuestiones importantes: Primera si cabe articular en nuestro Derecho un órgano intermedio entre la junta y los administradores; segunda, si cabe que la junta, considerada como el órgano soberano de la sociedad, asuma facultades administrativas y tercera si es dable la distribución de funciones entre los integrantes del órgano administrativo de modo que a unos les corresponda la facultad de administrar y a otros la de representar a la sociedad.

Relativamente al primer punto, la duda surge en torno a la posibilidad de establecer en nuestro Derecho la existencia del consejo de vigilancia, propio de Derecho alemán y también conocido como optativo por el Derecho francés. Cuando existe el consejo de vigilancia, se dice, que el sistema de administración es dualista y monista en caso contrario.

El sistema dualista consiste en síntesis en la existencia de un órgano intermedio entre la junta y los administradores propiamente dichos que componen el llamado directorio. Es éste el órgano que asume propiamente la representación de la sociedad y la gestión de los asuntos sociales mientras que al consejo de vigilancia le está encomendado fiscalizar la labor de los miembros del directorio y sobre todo nombrar y destituir a los componentes del organismo ejecutivo.

Nuestra Ley no conoce ni regula este órgano intermedio y únicamente cabe la duda acerca de si podría el mismo crearse en los estatutos al amparo del principio de autonomía de la voluntad sancionado por su art. 10 que permite que en la escritura se puedan incluir todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima.

A nuestro juicio, y aunque el tema pueda discutirse, la respuesta, al menos por el momento, debe ser negativa. Tanto la Ley como el Reglamento del Registro Mercantil parten de la existencia de un solo órgano al que está atribuida la administración y representación de la sociedad, en los términos que después diremos, y aunque cabe la división de competencias dentro del seno del consejo esto no significa que determinados miembros del mismo queden totalmente excluidos de la administración para ejercer una misión puramente fiscalizadora. Además, el art. 124 del Reglamento formula una relación exhaustiva de las variantes que puede revestir la estructura del órgano administrativo —que es único repetimos— y para nada alude a la existencia de administradores cuya función sea meramente de control sin que haya la más mínima alusión ni indirecta ni directa a un posible consejo de vigilancia. Finalmente, por si fuera poco, una de las facultades típicas del consejo de vigilancia es la elección de los miembros del directorio (que son en rigor el verdadero órgano administrativo en sentido propio) mientras que en nuestra Ley, como en la anterior de 1951, el nombramiento de los administradores corresponde a la junta general conforme al art. 123, así como su remoción (art. 131) que puede acordarse en cualquier tiempo, preceptos sin duda imperativos y que obstan a que el nombramiento y destitución de los administradores pueda ser confiada a un órgano intermedio (3).

55

Esto quiere decir que nuestra Ley tendrá que ser reformada si se aprueba la quinta Directiva comunitaria sobre sociedades, aún en fase de estudio, y no se modifica el proyecto en este punto. Con arreglo al art. 2 de dicha Directiva, los Estados miembros organizarán la estructura de la sociedad según un sistema dualista (órgano de dirección y órgano de vigilancia),

(3) Cree sin embargo posible la implantación de un sistema dualista, POLO, *ob. cit.* pág. 34. En contra de esta posibilidad *vid.* también OLIVARES JAMES, "Los órganos sociales (estructura y funcionamiento)", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXX, vol I, pág. 296.

aunque se permite que las sociedades opten por este sistema o por un sistema monista.

En segundo lugar, es lícito preguntarse si la junta general puede asumir funciones administrativas o de representación. A favor de la afirmativa puede aducirse que la junta es el órgano soberano dentro de la sociedad. Mas esta afirmación, que no pasa de ser una petición de principio, no puede prevalecer en nuestro sistema en el que están rigurosamente separadas las competencias de la junta y de los administradores. La Dirección General de los Registros viene a confirmar este criterio. Así la resolución de 31 de octubre de 1989 rechaza la inscripción de un acuerdo de la junta general por el cual se decidía que la junta asumiese la representación de la sociedad hasta que se procediera al nombramiento de consejo de administración. Y las resoluciones de 8 de febrero de 1975, de 31 de octubre de 1989 y 28 de febrero de 1991, excluyen que la junta pueda otorgar poderes generales. Dice la primera de estas resoluciones que “la función de gestión social atribuida a los administradores es incompatible con las especiales características de un órgano colegiado como es la junta general. Esta actúa de manera intermitente; sus miembros varían con la misma facilidad con que las acciones (título de vocación circulatoria) se transmiten y, generalmente, se desinteresan de la actividad diaria; su régimen, convocatoria, etc., se caracteriza por una rigidez que mal se aviene con las exigencias puntuales de la administración de los asuntos sociales... sin que la ocasional reunión en pocas manos de todas las acciones permita eludir esta exigencia, toda vez que en cualquier momento puede desaparecer dicha circunstancia con el consiguiente entorpecimiento de la vida social” (4).

(4) Incluso en las sociedades de responsabilidad limitada unipersonales que tendrán que ser admitidas en nuestro Derecho positivo por imperio de lo dispuesto en la duodécima Directiva sobre sociedades, se mantiene la dualidad aunque se diga en su art. 4 que el socio único asumirá los poderes de la junta general. Se mantiene pues la dualidad de competencias aunque, naturalmente, al existir un único socio no cabe hablar propiamente de junta. Con todo, el socio único debe nombrar en funciones de junta a los administradores y, al menos teóricamente, la dualidad subsiste incluso aunque el nombramiento de administrador recaiga sobre el único socio.

Lo que sí parece admisible es que en los estatutos los administradores para realizar determinados actos deban contar con la autorización de la junta. Mas conviene hacer sobre esta posibilidad dos advertencias. En primer lugar, no cabe que la junta tome la iniciativa en cuanto a la realización del acto en cuestión. Dicha iniciativa corresponde siempre al órgano administrativo, aunque para llevarlo a cabo precise de la autorización de la junta. En segundo lugar, la autorización sólo es exigible a efectos internos, quiere decirse que si los administradores llevan a cabo el acto sin contar con la autorización de la junta el acto será válido sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los administradores. Así se desprende del artículo 129 de la Ley en el que se establece que cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque esté inscrita en el Registro Mercantil será ineficaz frente a terceros. De donde parece seguirse que incluso en el caso de que el tercero conozca la limitación ésta no ha de perjudicarlo; sólo cuando se trate de actos que excedan del objeto, la protección cesa respecto del tercero que haya obrado de mala fe o con culpa grave en cuanto a la circunstancia de que el acto era ajeno al objeto social.

La tercera cuestión a que aludíamos, se refería a la posibilidad de la distribución de funciones dentro del órgano administrativo, señaladamente la atribución separada de facultad de administrar en sentido estricto y la de representar a la sociedad. Mas éste es un tema que requiere examinar previamente la estructura del órgano administrativo.

II. La estructura del órgano administrativo

A) *Determinación de la estructura del órgano administrativo.*

Según el apartado h) del art. 9 de la Ley en los estatutos debe hacerse constar "la estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad, determinando los administra-

dores a quienes se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación, de conformidad de lo dispuesto en esta Ley y en el Reglamento del Registro Mercantil. Se expresará además el número de administradores, que en el caso de Consejo no será inferior a tres o, al menos el número máximo y el mínimo, y así como el plazo de duración del cargo y el sistema de remuneración si la tuvieran”.

Por su parte, el art. 124 del Reglamento desarrollando el mandato legal enumera las posibles variantes que puede revestir el órgano administrativo y que concretamente son las que enumeramos a continuación. Según dicho precepto la administración puede confiarse:

- a) A un administrador único.
- b) A varios administradores que actúen individualmente.
- c) A dos administradores que actúen conjuntamente.
- d) A un consejo de administración y a una comisión ejecutiva o a uno o más consejeros delegados con indicación de sus respectivas competencias.

58

El primer problema que plantea la organización estructural de la administración consiste en saber si los estatutos deben escoger sólo uno de esos sistemas o cabe que alternativamente recojan varios, permitiendo a la junta sin necesidad de modificar los estatutos escoger cuál debe regir en cada momento.

La primera afirmación que cabe hacer en torno a esta cuestión es que los estatutos no pueden silenciar la estructura del órgano de administración dejando en total libertad a la junta para que determine cuál será el sistema administrativo que en definitiva se adopte. El corolario que se sigue de esta afirmación es que los estatutos deben inicialmente escoger algunos de los sistemas que recoge el Reglamento, de suerte que para cambiar de sistema será necesario modificar los estatutos cumpliendo todos los requisitos necesarios para ello.

Este es desde luego el criterio más ortodoxo. Con todo debe examinarse si no es posible dentro de ciertos límites establecer en los estatutos la posibilidad de una disyuntiva dejando al arbitrio de la junta y sin necesidad de modificar

los estatutos, la concreción del régimen por el que haya de gobernarse la sociedad.

Antes de la nueva Ley y al amparo de la Ley de 1951 era relativamente frecuente la previsión estatutaria en el sentido de permitir a la junta —sin necesidad pues de modificar los estatutos— la posibilidad de sustituir el régimen inicialmente pactado por otro distinto. En general estas cláusulas partían de la administración unipersonal pero establecían la posibilidad de que el administrador único fuese sustituido por un consejo de administración cuyo régimen quedaba preventivamente fijado en los propios estatutos. Este sistema no tropezó en la práctica con dificultades ni a él se opuso la Dirección General (*vid.* resolución de 26 de noviembre de 1981).

A la vista de la nueva Ley se ha criticado esta praxis que según se dice debe desterrarse para el futuro. Se ha dicho (5), que de esta forma los estatutos dejaban de ser la norma fundamental de la sociedad y de sus órganos, para quedar supeditados a uno de éstos, la junta general, que con los “quorums” ordinarios podría llevar a cabo lo que en el fondo eran verdaderas modificaciones estatutarias; que los accionistas y los terceros no llegarían a conocer la organización de la sociedad por la consulta de los estatutos; y de generalizarse el sistema a las múltiples opciones legalmente posibles, los estatutos se convertirían en un instrumento de confusión (6).

Se ha argumentado de contrario que tampoco existe un apoyo legal decisivo que permita excluir la posibilidad que nos ocupa que debe admitirse por razones de respeto a la libertad contractual y a la autonomía estatutaria proclamada por el art. 10 de la Ley, habida cuenta de que ni contradice, por lo menos literalmente, ningún precepto legal ni atenta contra los

(5) Así RODRÍGUEZ ADRADOS, “Constitución y nulidad de la sociedad anónima”, en *Anales cit.* págs. 92 y 93.

(6) Comparte también esta opinión ARANGUREN URRIZA, aunque sin exponer a mi juicio claramente las razones que abonan su toma de posición. *Vid.* al respecto *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, obra colectiva, 3.º edición, Madrid 1990, pág. 497.

principios configuradores de la sociedad anónima. Lo esencial a los efectos del art. 9,h) de la Ley es el establecimiento estatutario del órgano de administración y de su estructura, cuyas diferentes modalidades se contemplan en el art. 124-1 del Reglamento. Si ambas exigencias se respetan, aun delegando los estatutos en la junta la elección entre uno u otro de los modelos previstos se cumple la exigencia del art. 9,h) de la Ley sin oponerse frontalmente al art. 124-1 del Reglamento (7).

Por nuestra parte y sin perjuicio de reconocer que la cuestión es opinable, nos inclinamos por la afirmativa aunque con una puntualización. Los estatutos deben fijar cuál es el sistema que “prima facie” será aplicable a la sociedad. Lo que no se puede es dejar abierta la opción desde el principio, entre otras razones porque en el art. 8,f) de la Ley se exige que en la escritura fundacional se nombren los administradores —sean personas físicas o jurídicas— que inicialmente se hagan cargo de la administración de la sociedad, lo que presupone, obviamente, que con carácter previo se haya fijado estatutariamente el sistema de administración. La posibilidad de que los estatutos prevean la posibilidad de que la junta general pueda sustituir el sistema primigenio por otro distinto, también predeterminado, ni induce a confusión ni impide a los accionistas ni a los terceros conocer cuál es el régimen de administración en un momento dado. Los accionistas porque tienen acceso a los libros de actas de la junta general y tanto ellos como los terceros pueden conocer la situación por medio del Registro mercantil, pues, evidentemente, el acuerdo variando el sistema debe inscribirse en aquel Registro en el cual debe constar el cambio de administradores y, por tanto, el cambio de sistema en su caso. En último término, si la junta puede cambiar el sistema de administración modificando los estatutos no parece excesivo que éstos faculden a la junta para cambiar de sistema sin modificarlos puesto que los propios estatutos contemplan

(7) *Cfr. POLO, ob. cit. págs. 60-61.*

expresamente la posibilidad de que merced a un acuerdo de la junta se cambie el sistema inicial por otro también predeterminado.

La doctrina de la Dirección General posterior a la Ley es más bien confusa. Son importantes en este sentido las resoluciones de 14 de noviembre de 1991 y de 24 de julio de 1992. En ellas se dice lo mismo, contemplando la primera la sustitución por acuerdo de la junta general universal, sin modificar los estatutos, del consejo de administración por un administrador único, y la segunda la sustitución, también por acuerdo de la junta y sin modificación de estatutos, de un administrador único por dos administradores solidarios. En ambos casos se planteaba una cuestión de Derecho transitorio porque se trataba de sociedades constituidas con anterioridad a la Ley y en cuyos estatutos respectivos se contemplaba la posibilidad de adoptar acuerdos en el sentido expuesto.

En las citadas resoluciones se nos dice que “el principio de respeto a las situaciones jurídicas creadas por acuerdo colectivo celebrado bajo la legislación anterior, el de “favor negotii”, el carácter restrictivo con que es regulada la nulidad respecto de la constitución de las sociedades como en la impugnación de los acuerdos sociales son criterios, todos ellos, que inducen a una interpretación estricta de la disposición transitoria segunda del Texto Refundido de la Ley de sociedades anónimas y a no llevar la declaración de ineficacia a aquellas cláusulas relativas a la estructura social respecto de las cuales haya mero desajuste pero no oposición a las disposiciones de la Ley. Es el mismo legislador el que, atendiendo a la necesidad práctica de que el nuevo régimen respete situaciones anteriores, ha establecido prudentes plazos de adaptación para estos desajustes de estructura... De acuerdo con estos criterios, si al entrar en vigor la nueva Ley, resulta de los estatutos inscritos que la administración puede ser unipersonal o colectiva, según determine la junta, ni puede entenderse que la sociedad no puede funcionar, porque la estructuración del órgano no cumple con las determinaciones estatutarias que hoy impone el reglamento,

ni hay razón alguna para dar preferencia en la alternativa dejada a la junta... el sistema que de... los previstos en la estructuración estatutaria se hubiese aceptado, en función de las circunstancias, en un acuerdo de junta anterior a la nueva Ley". En consecuencia la Dirección revoca las notas de los respectivos registradores y admite la inscripción de las escrituras.

Como se ve la doctrina de las citadas resoluciones no es precisamente un modelo de claridad. Por una parte, la Dirección parece dar a entender, bien que subliminalmente como ahora se dice, que con arreglo a la Ley vigente no cabe la fórmula alternativa, pero por otra nos habla de simple "desajuste". El término es ambiguo pues no se sabe bien que es lo que la Dirección ha querido decir al hablar de "simple desajuste y no oposición a las disposiciones de la Ley". A nuestro juicio o una cláusula estatutaria contradice lo dispuesto en la Ley o no lo contradice. Es claro que en este segundo caso la fórmula alternativa prevista en los estatutos de las sociedades en cuestión es válida a todos los efectos. Si es contraria a la Ley, la inscripción de los acuerdos respectivos no debió practicarse. Dando esto por supuesto, la interpretación de la disposición segunda del texto refundido parece demasiado benévola, pues según dicha disposición las disposiciones de las escrituras y estatutos que se opongan a lo prevenido en la Ley quedarán sin efecto a partir de su entrada en vigor. Quizás sea posible en algunos casos muy concretos y en virtud de razones especiales mantener, por lo menos parcialmente, la validez de una cláusula que la Ley no permite (8), pero tales razones en el supuesto que ahora se contempla no existen. Lo que hay, en nuestro criterio, es que la fórmula optativa no es contraria ni a la Ley ni al Reglamento. La Ley exige que se determine en los estatutos la estructura del órgano a quien se confía la

(8) Es el caso por ejemplo de las limitaciones a la transmisibilidad de las acciones al portador, tal como hemos sostenido, aun reconociendo que la solución es controvertible, en nuestro trabajo. "Las cláusulas limitativas de la libre transmisión de acciones en la nueva legislación sobre sociedades anónimas", publicado en los *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, tomo IV, págs. 252 y sigs.

administración de la sociedad, y este requisito se cumple en tanto los estatutos determinen cuál es la estructura inicial del órgano de administración sin perjuicio de prever la posibilidad de que el sistema sea sustituido por otro de los reglamentariamente posibles en virtud de acuerdo de la junta general. El Reglamento se limita a enumerar cuales son las posibles estructuras del órgano de administración pero no entra en la cuestión acerca de si este sistema puede cambiarse por acuerdo de la junta sin necesidad de modificar los estatutos cuando en éstos se haya previsto así. Por eso ha podido decirse con razón que la fórmula alternativa no choca frontalmente con el art. 124 del Reglamento (9).

B) Administración colegiada y no colegiada. El consejo de administración.

La administración de la sociedad es colegiada cuando la misma se atribuye a un órgano pluripersonal que ha de adoptar sus acuerdos por mayoría. Concretamente este tipo de administración da lugar a la existencia del consejo de administración que es una de las variantes que puede revestir el órgano administrativo conforme al art. 124 del Reglamento.

Las otras variantes excluyen la colegialidad. Esto es evidente en el caso de administrador único mas también en los supuestos de administración conferida a dos o más administradores que actúen individualmente, o de dos administradores que actúen conjuntamente. En el primero de dichos supuestos (administración solidaria) cada administrador puede obrar, al menos en la esfera de las relaciones externas (y parece que en principio también en el ámbito interno) sin contar con los demás. En el segundo (administración mancomunada) porque se precisa siempre la actuación conjunta de los dos administradores.

Dice el art. 136 de la Ley (la misma dedica una sección

(9) Ver POLO, *ob. cit.* pág. 61.

separada y especial al consejo de administración) que si la administración se confía conjuntamente a más de dos personas éstas constituirán el consejo de administración. Esto significa que no puede confiarse la administración mancomunada a más de dos personas y que siempre que el número de administradores exceda de dos, y salvo que se haya organizado una administración solidaria, la administración queda confiada a un consejo de administración, órgano como se ha dicho de administración colegiada.

64

El funcionamiento del consejo de administración está previsto y regulado por la propia Ley que en este punto respeta casi literalmente lo que decía la Ley anterior. Consecuentemente y a pesar de que el apartado i) del art. 9 de la Ley dispone que en los estatutos se establecerá el modo de deliberar y de adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad, tal exigencia puede cumplirse, en gran parte al menos, remitiéndose a las disposiciones legales. Eso sí, los estatutos deben expresar que la administración corresponderá a un consejo de administración con fijación del número de sus componentes, que no podrá ser inferior a tres (desaparece, pues la anómala figura del consejo de administración bímembre por más que esta posibilidad venía siendo reconocida como admisible por la jurisprudencia) (10), permitiéndose también que los estatutos señalen el número mínimo y el máximo, correspondiendo a la junta la facultad de determinar en cada caso el número concreto de consejeros sin que en ningún caso ese número pueda ser inferior a tres. (Cfr. art. 9,h) de la Ley).

No se pone límites al número máximo ni se exige que el número de consejeros sea impar. Quizá en este punto la Ley sea excesivamente liberal. La fijación de un número máximo elevado de consejeros posibilita la constitución de consejo compuesto por muchos miembros, lo que propicia la existencia de consejeros puramente honoríficos pero que de hecho estan

(10) Vid. por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 30 de junio de 1981 y la Resolución de 9 de mayo de 1975.

apartados de la gestión de los asuntos sociales que ni siquiera conocen a fondo. También hubiera sido conveniente exigir que el número de consejeros fuese impar para conjurar, al menos en parte, el riesgo de empates.

Por lo demás y como se ha dicho, los estatutos pueden remitirse a la Ley en cuanto al funcionamiento del consejo. Ello es así pese a la dicción literal del número 4 del art. 124 del Reglamento según el cual en los estatutos constará *necesariamente* el modo de deliberar y tomar acuerdos el consejo de administración. En la medida en que estos particulares están regulados en la Ley no parece necesario, y hasta resulta engorroso, que los estatutos repitan lo que dicen los preceptos legales sobre el particular. Otra cosa es que en los estatutos se prevean disposiciones especiales sobre el régimen de “quorums” o mayorías para adoptar acuerdos puesto que los preceptos legales son, en cierta medida, dispositivos. En cambio, el precepto reglamentario citado considera mención potestativa las normas de convocatoria y constitución del consejo y, en su caso, de la comisión ejecutiva, así como las demás reglas de funcionamiento interno del órgano. Acaso no debiera ser potestativa la determinación de la forma de hacer la convocatoria, pues nada se dice sobre el particular en la Ley salvo que la convocatoria debe ser hecha por el Presidente del consejo o por quien haga sus veces (art. 140-1 de la Ley) y no resulta aconsejable que este punto tan importante quede en el aire. Parece no obstante que cabe que el propio consejo establezca la forma de hacer la convocatoria sin que este extremo pueda dejarse al arbitrio del convocante. Por otra parte, la Jurisprudencia tiene dicho que la facultad de convocar corresponde exclusivamente al presidente o a quien haga sus veces (así la Sentencia de 14 de febrero de 1968 y la Resolución de 4 de abril de 1972). Parece pues pertinente que en los estatutos se prevea el derecho de los consejeros a exigir la convocatoria del consejo si bien no parece aplicable por analogía lo dispuesto en el art. 101 de la Ley relativo a las juntas generales por lo que la única consecuencia del incumplimiento del deber de

convocar el consejo en tal caso será la responsabilidad que podrá exigirse al presidente por los daños que hubieren podido irrogarse al no haber atendido al requerimiento.

No se dice nada en la Ley acerca de si la convocatoria debe contener el orden del día de la reunión convocada. Es claro que el silencio de la Ley puede ser suplido en los estatutos pero si éstos también callan la doctrina entiende que el consejo podrá reunirse para cualquier asunto que esté dentro de su competencia aunque nada se haya hecho constar en la convocatoria (11).

66

El consejo de administración —dice el art. 139 de la Ley— quedará válidamente constituido cuando concurran a la reunión, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes. Este “quorum” de asistencia puede ser elevado (aunque no disminuido) estatutariamente pero sin que pueda exigirse la presencia de todos los consejeros, ya que entonces el consejo se convertiría de hecho en un órgano de administración manejado indirectamente por la minoría, más aún por cualquier consejero que mediante el arbitrio de no asistir podría frustrar la convocatoria y aun paralizar el funcionamiento del consejo. Ello aconseja no admitir tampoco “quorums” excesivamente elevados que conduzcan al mismo resultado. Se trata en suma de una cuestión de hecho que habrán de dilucidar en su caso los tribunales.

Del art. 140 se sigue que es posible asistir al consejo por medio de representante. No se indica nada acerca de la forma y requisitos que debe revestir la representación. No son aplicables los preceptos legales que regulan la representación en las juntas generales cuyo fundamento es distinto. Parece, pues, que deberán ser los estatutos los que regulen esta materia y en defecto de previsión estatutaria será el propio consejo, capacitado para regir su propio funcionamiento, quien deberá

(11) En este sentido la doctrina más autorizada, GARRIGUES, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, 3.^a edición, II, pág. 150; BÉRGAMO, *La sociedad anónima —Las acciones—*, III, págs. 97-98 y después de la nueva Ley POLO, *cit.* pág. 446.

regular la materia. Parece lógico entender que la representación deba recaer en persona —natural o jurídica— que sea a su vez miembro del consejo. El cargo de consejero implica una confianza especial depositada en quien ejerce el cargo, y por eso repugna que en las deliberaciones del consejo y en la adopción de acuerdos intervenga una persona extraña. También parece que la representación debe ser especial para cada consejo y constar por escrito. Cabe, por último, teniendo en cuenta que el cargo de administrador implica que las cualidades personales del nombrado habrán de ser tenidas en cuenta para su nombramiento, que los estatutos prohíban la representación.

Los acuerdos del consejo se adoptan por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión. (*Vid* art. 140-1 de la Ley). El número 2 del precepto permite la votación por escrito y sin sesión cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento. Como ocurre con el “quorum” también aquí es posible que los estatutos exijan mayorías reforzadas siempre con los límites que se han señalado anteriormente. La exigencia, para que los acuerdos puedan ser adoptados por escrito y sin sesión, de que ningún consejo se oponga, sólo puede entenderse cumplida si existe una previa convocatoria y en ella se establece un plazo razonable para emitir el voto. Si dentro de ese plazo algún consejero mantiene una actitud pasiva puede entenderse cumplido el requisito legal.

El art. 141 permite al consejo, salvo que los estatutos dispongan otra cosa, regular su propio funcionamiento, aceptar la dimisión de los consejeros, y designar de su seno una comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona.

No pueden ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances (y demás documentos exigidos por la Ley anejos a la rendición de cuentas) a la junta general. La prohibición a este respecto es absoluta. También son indelegables las facultades especiales que la junta haya concedido

al consejo, si bien en este caso cabe que la propia junta conceda la autorización.

La delegación permanente de alguna facultad del consejo de administración en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirá para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo y no producirán ningún efecto hasta su inscripción en el Registro Mercantil. Más adelante nos ocupamos de la trascendencia y efectos de la delegación. Por ahora basta subrayar que la delegación debe constar en escritura pública (art. 151.1 del Reglamento) y la inscripción en el Registro Mercantil parece exigirse como requisito formal necesario para la eficacia de la delegación, lo que tal vez resulte excesivo.

68 Las discusiones y acuerdos del consejo se llevarán a un libro de actas que serán firmadas por el presidente y el secretario. Las certificaciones de los acuerdos se expedirán por el secretario del consejo con el visto bueno del presidente (art. 109,a) del Reglamento). El secretario no necesita ser consejero (12).

Los acuerdos del consejo pueden ser impugnados. Conforme al art. 143 de la Ley “los administradores podrán impugnar los acuerdos nulos y anulables del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de treinta días desde su adopción. Igualmente podrán impugnar tales acuerdos los accionistas que representen un cinco por ciento del capital social en el plazo de treinta días desde que tuvieron conocimiento de los mismos, siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción. La impugnación se tramitará conforme a lo establecido para la impugnación de acuerdos de la junta general”.

El precepto que constituye una novedad de la Ley vigente (no existía un precepto paralelo en la Ley de 1951) ha sido objeto de fundadas críticas.

(12) Sobre la importancia práctica de la figura. *Vid.* POLO, *ob. cit.* págs. 500 y sigs.

Se considera insuficiente que la impugnación sólo pueda plantearse contra los actos de los órganos colegiados (consejo de administración y comisión ejecutiva) y no contra los actos realizados por los demás administradores (administrador único, administradores solidarios, consejeros delegados, administradores mancomunados) siendo así que también los actos de estos órganos pueden ser contrarios a la Ley. Sin embargo, cabe alegar que en todos estos casos es difícil cuando no imposible distinguir entre la fase de decisión y la fase de ejecución. Por otra parte o se trata de actos que exceden de la competencia del órgano administrativo (y tales actos de suyo ineficaces no entran, creemos, en lo dispuesto por el art. 143) o bien de actos que han trascendido al exterior y se han celebrado por terceros, caso en que el supuesto hace tránsito a lo dispuesto por el art. 129-2 del que después nos ocuparemos.

Mejor fundamento tiene la observación de que es improcedente conceder la acción impugnataria a cualquiera de los administradores siendo así que resulta paradójico que aquellos consejeros que hayan votado a favor del acuerdo puedan después impugnarlo. Lo lógico hubiera sido conceder esa facultad a los consejeros que hubiesen votado en contra, a los que se hubieran abstenido o a los que no asistieron a la reunión en que se adoptó el acuerdo impugnado.

También es criticable que se hable de acuerdos nulos y anulables sin especificar cuáles sean éstos y, sobre todo, sometiendo a una disciplina idéntica en cuanto al ejercicio de la acción de impugnación. Puede pensarse, tomando como patrón la impugnación de los acuerdos de la junta general, que son acuerdos nulos los contrarios a la Ley (por ejemplo, el nombramiento de una comisión ejecutiva o de un consejero delegado sin respetar las exigencias del art. 141) y que son acuerdos anulables los contrarios a los estatutos (así, en caso de que para la realización de determinados actos sea preceptiva estatutariamente la autorización de la junta) o los que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. Pero esta distinción se revela en

el art. 143 inoperante por cuanto la acción para impugnar tanto los acuerdos nulos como los anulables está sometida al breve plazo de caducidad de treinta días.

Por otra parte el hecho de que los accionistas que representen un cinco por ciento del capital social sólo puedan impugnar el acuerdo dentro de los treinta días desde que tuvieron conocimiento del acuerdo plantea un importante problema. Si con arreglo a las normas comunes en materia de prueba se entiende que son los accionistas quienes deben probar que no tuvieron conocimiento del acuerdo, supuesto que ejerciten la acción pasados los treinta días desde que se adoptó el acuerdo, nos encontramos ante una verdadera "probatio diabolica". Entendemos que a pesar de que la regla según la cual los hechos negativos determinan una inversión de la carga de la prueba está desacreditada por cuanto puede probarse el hecho negativo mediante la demostración del hecho positivo contrario, la alteración de la carga de la prueba se impone cuando tal cosa resulte imposible, como sucede en nuestro caso. Como se ha dicho con acierto una serie de consideraciones de buena fe, de equidad, de facilitación del ejercicio del derecho cuando a ello se opongan dificultades, y consideraciones análogas son en todo caso determinantes de que la carga de la prueba no se distribuya conforme a las reglas admitidas, sino que se imponga a la parte a que conforme a éstas no le incumbiría (13). Consecuentemente, se debe sostener que si la acción la entablan los accionistas que representen un cinco por ciento del capital social dentro del plazo de un año a contar desde la adopción del acuerdo (este plazo es el que juega en todo caso como determinante de la caducidad) corresponderá a la parte demandada demostrar que el accionista o accionistas impugnantes tuvieron conocimiento del acuerdo y que desde entonces han transcurrido más de treinta días.

El art. 143 se refiere, como hemos apuntado ya, a los actos

(13) Vid. PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, Pamplona 1985, I, pág. 634.

del consejo que se refieran a la administración de la sociedad. No puede entenderse que también comprende los acuerdos que pudiera tomar invadiendo la competencia de la junta general. Estos acuerdos deben reputarse totalmente ineficaces, podrán ser desconocidos por la sociedad y por los accionistas y, sin necesidad de impugnación, no podrán inscribirse en el Registro Mercantil.

C) Distribución de competencias y ejercicio del poder de representación por los administradores.

Una de las cuestiones que abordamos al comienzo consistía en determinar si la facultad de administrar en el aspecto interno era o no separable de la potestad de representar a la sociedad. Profundizando más cabe preguntarse si cabe un reparto de competencias dentro del órgano en la esfera puramente administrativa.

71

Se trata de una cuestión que tiene especial relieve cuando el órgano de administración se ha constituido en forma colegiada, quiere decirse, cuando se ha encomendado aquella facultad a un consejo de administración.

En el caso de administrador único no hay evidentemente problema. No cabe por hipótesis disociar la facultad de administración (en la esfera interna, pues) y la de representación. Esta corresponde al administrador único como dice el art. 129-2,a) del Reglamento, según el cual “en el caso de administrador único el poder de representación (se entiende la representación orgánica a cuyas características nos referiremos después) corresponderá exclusivamente a éste”. Ello no se opone naturalmente a que el administrador único otorgue poderes para la realización de determinados actos a ciertas personas. Pero se tratará de simples apoderados voluntarios (no orgánicos) y sus facultades se medirán por el texto mismo del poder y sin que esta representación esté sujeta a lo que dispone el art. 129 de la Ley. No cabe en cambio una delegación en sentido estricto que conferiría al delegado la condición

de representante orgánico lo que sería contrario a la previsión reglamentaria que confiere la representación orgánica exclusivamente al administrador único. *Vid.* en este sentido la resolución de 13 de octubre de 1992.

Cuando se hayan nombrado varios administradores solidarios, el poder de representación (orgánica) corresponde a cada administrador. Por consiguiente, cada administrador goza en la esfera externa de la facultad de representar a la sociedad con la extensión fijada a la representación orgánica por el citado art. 129. Cabe preguntarse qué es lo que ocurre en caso de duplicidad, es decir, que un mismo acto haya sido otorgado por cada uno de los administradores solidarios con distintas personas. Parece (a salvo la interpolación de otras normas, por ejemplo las de orden hipotecario) que debe prevalecer el acto cumplido por el administrador que primeramente haya actuado. Cabe igualmente que los administradores solidarios otorguen poderes que no implicarán, como en el caso de administrador único, delegación de facultades. En el orden interno cabe que bien los estatutos, bien la junta al hacer los nombramientos impongan una distribución de competencias, pero ello no afecta a la esfera externa es decir a la representación orgánica que ostenta individualmente cada administrador. Así resulta del art. 124-2,b) del Reglamento. En caso de varios administradores solidarios —dice el precepto— el poder de representación corresponde a cada administrador sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades que tendrán un alcance meramente interno.

Si la administración es mancomunada el poder de representación se ejercitará también mancomunadamente. No parece que en este caso quepa una disociación entre administración y representación pues ambas potestades corresponden a los dos administradores conjuntamente.

Finalmente, hemos de enfrentarnos con el supuesto más complejo que es el de consejo de administración. Como resulta del art. 141 de la Ley, el consejo de administración puede nombrar *de su seno* una comisión ejecutiva o uno o más

consejeros delegados. La comisión ejecutiva o los consejeros delegados pueden considerarse “sub órganos” y es necesario resaltar que tanto los componentes de la comisión ejecutiva como el consejero delegado han de ser a su vez consejeros como resulta del art. 141. Ahora bien, esto supuesto podemos enfrentar tres posibilidades: Que no se haya nombrado comisión ejecutiva ni consejero delegado, que, por el contrario, el consejo haya hecho uso de la potestad que le confiere el art. 141 y haya nombrado una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados o ambas cosas, y, finalmente, que los estatutos prevean como necesario la existencia de órganos subordinados. Si no se ha previsto en los estatutos la existencia de comisión ejecutiva o de consejero delegado, la representación de la sociedad corresponde al consejo de administración. Así lo corrobora el art. 129-2,d del Reglamento. Con todo y para llenar la exigencia del art. 9,h de la Ley, habrá que expresarlo así en los estatutos. Es claro que en ese caso (inexistencia de comisión ejecutiva o de consejeros delegados) no cabe hablar de distribución de competencia ni de separación entre la facultad de administrar y la de representar a la sociedad.

La actuación directa del consejo de administración como órgano de representación de la sociedad es poco práctica máxime cuanto que el antes citado artículo del Reglamento nos dice que la representación por el consejo de administración se ejercerá colegiadamente. Cabe la duda en presencia de este precepto sobre si al otorgamiento del acto representativo deben concurrir todos los miembros del consejo o sólo aquellos que votaron a favor del acuerdo que va a ejecutarse. Esta segunda opción parece la más lógica (14).

Para evitar este engorroso procedimiento de ejercicio del poder de representación en la “praxis” anterior a la Ley vigente se admitía que el consejo delegase en uno de sus

(14) En este sentido ESTEBAN VELASCO, “Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación”, en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, 1991, pág. 317.

miembros la ejecución del acto cuya realización había sido acordada. También se consideraba posible que el nombramiento de un extraño ajeno al consejo y con la misma finalidad. La diferencia estribaba en que en el primer caso bastaba una certificación expedida por el secretario con el v.b. del presidente y en el segundo era necesario el otorgamiento de una escritura de poder.

No creemos que esta práctica deba considerarse excluida por la nueva Ley. Implícitamente la da por buena la Resolución de 17 de octubre de 1991 pero exigiendo que en la certificación conste el nombre de los consejeros que concurrieron a la sesión correspondiente. De todos modos y en evitación de problemas es aconsejable que en los estatutos se consigne que la ejecución de los acuerdos del consejo podrá corresponder al consejero que el propio consejo designe o el otorgamiento de poder a favor de tercero. Es también lícito que en los estatutos se diga que la ejecución de los acuerdos del consejo corresponde al presidente. No hay que confundir esta hipótesis con la atribución directa al presidente de la facultad de representar a la sociedad. En el primer supuesto, el presidente deberá justificar con la oportuna certificación del acuerdo que en él se le facultó para llevarlo a cabo; en el segundo, por el contrario, el presidente ejercita sus propias facultades representativas y no necesita acreditar que ejecuta un acuerdo del consejo. El presidente, en este supuesto, actúa como si fuera un consejero delegado por lo menos a efectos de la representación.

El sistema consistente en atribuir al consejo el poder de representación es, como se ve, poco práctico. De aquí que en las grandes sociedades, en particular si el número de consejeros es muy elevado, se proceda al nombramiento de una comisión ejecutiva o de uno o varios consejeros delegados. Es más, el hecho de que en estos consejos tan numerosos existan consejeros que sólo lo son por razones honoríficas o porque representan un determinado porcentaje de acciones, induce a que se delegue no sólo el poder de representar a la sociedad sino también facultades internas de gestión.

El nombramiento de comisión ejecutiva o de consejeros delegados puede obedecer a un acuerdo del consejo que éste adopta espontáneamente o a que estatutariamente esté prevista y ordenada la existencia de los unos y de los otros. Se había sostenido bajo la vigencia de la Ley de 1951 que la delegación por el consejo presuponía una disposición estatutaria expresa y que el art. 77 de la Ley de 1951 —del que es calco el art. 141 de la Ley vigente— sólo facultaba al consejo para designar las personas que compondrían la comisión ejecutiva o desempeñarían el cargo de consejeros delegados (15). En otra oportunidad (16) nos hemos opuesto a esta opinión. El hecho de que el art. 11 de la Ley del 51 hablase de “órgano u órganos” (ahora la Ley en su art. 9 alude simplemente al órgano en singular) no significaba que los estatutos tuvieran que prever necesariamente la existencia de posibles órganos subordinados. Lo que quería decir el precepto legal es que los estatutos podían imponer la existencia de esos órganos de segundo grado o dictar normas sobre la forma de nombrarlos y sobre sus funciones. Confirmaba este criterio el art. 77 de la Ley de 1951 (igualmente el art. 141 de la Ley vigente) que comenzaba por el inciso “cuando los estatutos no dispusieran otra cosa”. Este inciso no tendría —ni tiene— ningún sentido si el precepto sólo se propusiera facultar al consejo para nombrar las personas que han de encarnar los órganos subordinados, pues lo absurdo sería que los propios estatutos designasen esas personas e incluso que fuera la junta general la que tuviera que nombrarlas a falta de expresa previsión estatutaria. Por lo demás lo que se desprendía (y se desprende) del contexto general del artículo es que se ha querido otorgar un amplio margen de autonomía al consejo al que no le imponen más limitaciones que las resultantes del párrafo segundo (hoy párrafo 1-II)

(15) Ver. IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, 1971, págs. 32 y sigs.

(16) *La representación orgánica y la representación voluntaria en el ámbito internacional*, escrito en colaboración con LORA TAMAYO y BOLÁS ALFONSO, pág. 150, nota 176.

del precepto. Luego si el consejo —respetando ese límite— puede decidir qué facultades se delegan y cuales no parece claro que es de su competencia decidir sobre la delegación misma. Confortaba esta opinión el art. 78 (hoy número 2 del 141) en el que ya no se hablaba del nombramiento de personas sino de delegación de facultades, exigiéndose, además, para ello una mayoría reforzada de las dos terceras partes.

76

Objeto de la delegación puede ser el poder de representación o, además, facultades internas de gestión. Cuando se nombran consejeros delegados lo normal es que se les confiera el poder de representación independientemente de que, además, se les faculte para adoptar determinadas decisiones, lo que presupone la delegación, asimismo, de facultades de gestión. Esta segunda delegación es la que normalmente comprende el nombramiento de comisión ejecutiva, a la que puede concederse o no el poder de representación. Mas conviene hacer una advertencia importante. La delegación de la facultad de representación no admite limitaciones en el orden externo (lo que quizás podía discutirse bajo el imperio de la Ley anterior) y por tanto el consejero delegado o la comisión ejecutiva ostentarán la representación de la sociedad con el amplísimo contenido que le atribuye el art. 129 de la Ley. Ello es conforme con el número 3 del artículo 9 de la primera Directiva comunitaria y en nuestro Derecho lo confirma el n.º 3 del art. 149 del Reglamento en el que se dice que el ámbito del poder de representación de los órganos delegados será siempre el que determina el art. 129 de la Ley de sociedades anónimas, en relación con los administradores.

Es posible que se nombren varios consejeros delegados para que actúen conjunta o indistintamente. En el caso de delegación conjunta deberán actuar en nombre de la sociedad los dos consejeros y será oponible a terceros, conforme al citado número 3 de la primera Directiva, el incumplimiento de esta exigencia, pero en todo caso el ámbito del poder tendrá la extensión prevista en el art. 129.

Como decíamos anteriormente la existencia de comisión ejecutiva o de consejeros delegados puede ser una exigencia estatutaria o bien deberse a la libre iniciativa del consejo. La primera posibilidad aparece expresamente contemplada por el art. 124-2,e) del Reglamento. Podría pensarse que tal vez ello contradice el principio de la unidad del órgano de administración, pero sobre que el art. 9,h) de la Ley debe interpretarse de modo flexible en cuanto confía a los estatutos la estructura del órgano administrativo, el propio precepto dice, imperativamente, que se determinarán los administradores a quienes se confiera el poder de representación y su régimen.

La atribución estatutaria de competencias, tanto en el orden interno como en el externo, lleva consigo la consecuencia de que las facultades que los estatutos atribuyan a los órganos subordinados habrán de ejercitarse necesariamente por éstos (17). Ahora bien, si en el ámbito externo la previsión estatutaria encomendando la representación de la sociedad a la comisión ejecutiva o los consejeros delegados comporta una delegación total de la facultad de representar, en cambio en el orden interno hay que distinguir. La atribución de facultades administrativas a la comisión ejecutiva, por ejemplo, no puede ser tan amplia que deje sin contenido la función administrativa del consejo. Parece lógico que los estatutos sólo permitan la delegación de las funciones necesarias para atender a los asuntos corrientes de la empresa, reservándose para el consejo las grandes decisiones. En otro caso el consejo de administración sobraría y quedaría convertido en un simple consejo de vigilancia.

Cuando la delegación responde a un acuerdo del consejo es claro que la subsistencia del órgano subordinado depende exclusivamente del consejo. Este con las mayorías ordinarias (es decir, sin necesidad de obtener el voto favorable de los dos tercios de los componentes del consejo, incluso podría pensarse que bastaría la disconformidad de un tercio) puede

(17) Esta parece ser también la opinión de ESTEBAN VELASCO, *ob. cit.*, pág. 321.

suprimir la comisión ejecutiva o los consejeros delegados.

Supuesto el nombramiento y la delegación de facultades cabe preguntarse si en tanto está vigente la delegación, lo que depende exclusivamente del propio consejo, éste puede ejercitar por sí y ante sí y prescindiendo de los órganos subordinados aquellas facultades que ha delegado en los mismos. La doctrina mercantilista hasta donde se me alcanza se inclina unánimemente por la afirmativa. A mi juicio, esta opinión, es por lo menos discutible. La delegación comporta la creación por el consejo de un órgano subordinado al que atribuye determinadas competencias. Permitir al consejo ejercitar esas competencias, además de ser perturbador, implica la creación de una especie de administración y representación solidarias que sólo puede existir, parece, cuando los estatutos han confiado la administración a varios administradores con este carácter; o lo que es lo mismo, la solidaridad no puede presumirse. Parece, además, que en algo hay que diferenciar la delegación de facultades del simple apoderamiento, distinción que está expresa en el art. 141 de la Ley. La distinción postula que la delegación y el poder son cosas distintas. En el poder no hay atribución de facultades en sentido propio sino simplemente la concesión al apoderado de la potestad de celebrar actos en nombre de la sociedad. Mientras la legitimación que el poder confiere depende de los términos mismos en que está concebido, la delegación de la facultad de representar (sólo posible si el destinatario de la delegación pertenece a su vez al consejo) comporta la atribución de la facultad de representar a la sociedad con la extensión prevista en el art. 129 de la Ley como expresamente declara el art. 149-3 del Reglamento.

La distribución de competencias en el sentido expuesto requiere alguna matización. En la medida en que tanto la comisión ejecutiva como el consejero delegado son órganos subordinados al consejo (como lo prueba la facultad revocatoria que el consejo ostenta incondicionalmente y el hecho mismo de la delegación) hay que reconocer al consejo ciertas facultades operantes en la esfera interna. Así cabrá que al hacer la

delegación se prevea que para la adopción de ciertos acuerdos o para la toma de determinadas decisiones tanto la comisión ejecutiva como el consejero delegado precisen de la autorización del consejo. Y aun sin esa reserva, debe admitirse que el consejo imparta a sus órganos subordinados instrucciones vinculantes. Si la comisión ejecutiva o el consejero delegado actúan sin recabar la autorización o ignorando las instrucciones del consejo incurrirán en responsabilidad, sin perjuicio de que el consejo proceda en esos casos a revocar los nombramientos. También es claro que el consejo puede fiscalizar la actuación de los órganos delegados y exigirles rendición de cuentas por su gestión.

Ahora bien, esto no significa que el consejo por sí y ante sí pueda prescindir de la delegación y que conserve intactas las competencias que ha delegado. Una cosa es que para determinados actos la comisión ejecutiva o el consejero delegado necesiten la autorización del consejo o deban seguir sus instrucciones y otra que el consejo pueda directamente adoptar acuerdos sobre las materias que han sido objeto de delegación tal y como si ésta no se hubiera producido.

Digamos, por último, que la facultad de designar a los componentes de la comisión ejecutiva o de quien vaya a ejercer el cargo de consejero delegado corresponde únicamente al consejo que al ser el órgano de administración de la sociedad es el que asume la facultad de representar a la misma conforme al art. 128 de la Ley. Es una práctica viciosa, a nuestro juicio, que a veces se constata en la práctica que en el acto fundacional los fundadores dando al acto el carácter de junta universal procedan a designar no sólo a los miembros del consejo de administración sino además a los integrantes de la comisión ejecutiva o al consejero delegado. Nos parece que tal nombramiento si se hace en la escritura fundacional debe partir de los propios consejeros nombrados que podrán dar al acto el valor de reunión del consejo. Solamente si la existencia de órganos delegados viene impuesta por los estatutos y el consejo no procede a hacer los nombramientos cabrá reconocer a la junta la potestad de hacerlos.

III. El poder de representación de los administradores

El art. 128 de la Ley dispone que la representación de la sociedad en juicio y fuera de él corresponde a los administradores. Se trata de una manifestación de la comúnmente llamada *representación orgánica*.

A) *Concepto de la representación orgánica.*

La representación orgánica constituye un “*tertium genus*” entre la representación legal y la representación voluntaria. La distinción entre representación legal, representación orgánica y representación voluntaria, debe formularse en función de la causa y fundamento en que encuentra su origen el poder de representación.

80

Se entiende por representación legal la que directamente emana de la ley. El ordenamiento jurídico en vista de la incapacidad que afecta a una persona o de la situación en que se encuentra un patrimonio, impone un representante de modo tal que el representado (o los titulares futuros o interinos de un patrimonio) sólo pueden llevar a cabo negocios jurídicos de naturaleza patrimonial (excepto los personalísimos) si no es valiéndose de su representante que es la persona a tal efecto designada por la ley. La voluntad del representante es en principio suficiente, sin contar con el representado, para dar vida a los negocios jurídicos que celebre en nombre del representado, siempre que tales negocios estén compendidos dentro de las potestades que la ley le atribuye y que se cumplan, en su caso, los requisitos complementarios que se exijan para determinadas hipótesis.

La representación orgánica se encuentra en un punto intermedio entre la representación legal y la representación voluntaria. Se trata de un concepto que se ha elaborado básicamente en función de la persona jurídica. La persona jurídica por razones obvias derivadas de su propia naturaleza no puede actuar directamente por sí misma, sino que ha de valerse de

personas físicas que actúen como órgano de expresión de su voluntad. Pero la cuestión polémica, si se quiere esencialmente teórica mas tampoco exenta de repercusiones prácticas, se centra en saber si estamos o no en presencia de verdadera representación.

Puede reputarse clásica la contraposición doctrinal entre órgano y representante de modo que los encargados de actuar en el tráfico en nombre y por cuenta de la persona jurídica (y al margen de que ésta pueda valerse también de representantes voluntarios) no se les considera verdaderos representantes porque se presupone que el concepto mismo de representación implica una relación de alteridad que no existe si la que actúa es una persona jurídica. Se ha dicho que el órgano es un componente del propio sujeto representado, o que la posición del órgano frente a la persona jurídica es monista, y hay un acto de ésta cuando obra porque no obra como persona (física), como ser distinto e independiente (lo mismo que el hombre actúa a través de sus órganos fisiológicos de expresión y no éstos con vida propia). En cambio, la posición del representante frente al representado es dualista y cuando el representante obra hay un acto de éste, aunque sea un acto para el representado, porque obra como persona aparte, aunque por cuenta de otra. (Todavía sostiene entre nosotros esta construcción ALBALADEJO, *cfr. Derecho civil*, I, “Introducción y parte general”, 4 edición, pág. 34).

A nuestro juicio esta concepción “antromórfica” del órgano —por más que en alguna medida luzca en la jurisprudencia aunque al parecer sólo con el carácter de “obiter dicta”— (*vid.* por ejemplo, las sentencias de 21 de marzo de 1946 y 19 de junio de 1965) es inaceptable tanto en el plano teórico como en el orden práctico.

Conceptualmente, la teoría que podemos llamar organicista sólo podría aceptarse si acepta la concepción llamada realista de la persona jurídica cuyo fundamento responde (como la teoría de la ficción) no tanto a consideraciones

de orden dogmático sino de carácter jurídico político (18).

Sin embargo, este modo de entender la persona jurídica está totalmente superado. Sin incurrir tampoco en la teoría de la ficción se suele reconocer hoy que la persona jurídica es una creación del derecho puesta al servicio de determinados fines. La personificación tiene fundamentalmente carácter instrumental porque haciendo del ente (grupo o institución) el centro de imputación de toda una serie de relaciones jurídicas se hace posible y se simplifican determinadas relaciones humanas. Como se ha escrito con acierto (19), técnicamente la expresión persona jurídica hace referencia a un modo especial de expresar una determinada normativa, normativa que concierne siempre a actos humanos. Consiguientemente, las personas jurídicas no pueden situarse en el mismo plano que las personas físicas puesto que son el instrumento de éstas, están constituidas y dirigidas por hombres y para realizar intereses de los que, en último análisis, son siempre hombres. Cuando hablamos de persona jurídica ha de partirse de un dato esencial y es que el término persona se utiliza en un sentido meramente traslaticio porque persona lo es únicamente el hombre (20).

A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que la representación orgánica es concepto susceptible de ser aplicado a supuestos en que no hay persona jurídica. Con relación al

(18) Ver sobre estas materias el trabajo verdaderamente antológico de DE CASTRO, "Formación y deformación del concepto de persona jurídica", en trabajos conmemorativos del *Centenario de la Ley Orgánica del Notariado*, sección tercera, volumen 1, págs. 9 y sig. Como indica dicho autor, la tesis de GIERKE, padre de la teoría realista, perseguía como objetivo último defender la realidad de los grupos sociales distintos del Estado, de tanta importancia en Alemania, por lo que había que reconocérseles personalidad jurídica por ser de esencia a su verdadera naturaleza sin que su reconocimiento hubiera de depender del Derecho positivo y menos aún de un privilegio o concesión administrativa.

(19) Vid. ASCARELLI, en toda una serie de trabajos entre los que puede citarse como pionero "Personalità giuridica e problemi delle società", en *Revista delle società*, 1957, págs. 998 y sigs.

(20) Nuestra conformidad con este punto de partida no significa total coincidencia con la posición de ASCARELLI, especialmente en cuanto las conclusiones prácticas que deduce de su tesis. Vid DE LA CÁMARA-PRADA, "Sociedades comerciales", en *Revista de Derecho Notarial*, Julio-Diciembre de 1973, págs. 37 y sigs.

Derecho italiano se sostiene que la sociedad colectiva, por ejemplo, que en aquel Derecho carece de personalidad jurídica, dispone de representantes orgánicos (21) y es que como se ha dicho acertadamente (22) la representación orgánica debe entrar en juego siempre que un grupo de personas quiera darse una organización corporativa, constituyan o no un ente personificado. Para que la organización corporativa pueda funcionar como tal es necesario que los integrantes del grupo atribuyan su representación a una persona (órgano) con carácter exclusivo. Para ello los interesados se desprenden de la competencia para realizar los actos que atribuyen o delegan en el órgano, porque sólo por ese procedimiento el grupo puede quedar constituido de forma autónoma y alcanzar su independencia. En el órgano está localizado exclusivamente el poder de representar a las personas que integran la colectividad organizada. El órgano ha sido creado para ejercer funciones de carácter exclusivo, a diferencia de lo que ocurre con el mero representante.

83

En el orden práctico, tampoco es indiferente seguir una concepción u otra. Sólo acudiendo al concepto de representación orgánica puede encontrar explicación, por ejemplo, que no todos los actos del órgano y aunque obre en concepto de tal son imputables a la sociedad como debería ocurrir si se entendiese que la persona o personas que asumen la representación orgánica son sólo elementos de la persona jurídica. Ciertamente el Derecho moderno —y también el nuestro— otorga a los representantes orgánicos de las sociedades un amplísimo poder de representación. Sin embargo es de tener en cuenta, que, a pesar de ello, las facultades del representante orgánico no son totalmente ilimitadas, y por otra, que la amplitud de su poder de representación obedece principalmente a la conveniencia de proteger a los terceros que contraten con

(21) Vid. BRUNETTI, *Tratatto del Diritto delle Società, Società personali*, págs. 481 y sigs.

(22) Vid. MÜLLER FREINFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, págs. 49 y 122.

la sociedad. Por otra parte, es posible que en el orden interno se limiten las facultades del representante orgánico exigiendo para que pueda celebrar determinados actos la autorización de otro órgano (la junta general, o, en caso de que se haya nombrado una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, del consejo) de modo que el representante orgánico que haga caso omiso de la exigencia, y sin perjuicio de la validez frente a tercero del acto que otorgue, sea responsable frente a la sociedad de los daños o perjuicios que a la sociedad puedan pararle a consecuencia del acto. Por último, la teoría antropomórfica ignora que entre el representante orgánico y la sociedad debe mediar una relación jurídica que de algún modo los vincule recíprocamente, aunque esta relación jurídica no encaje bien dentro de las categorías consagradas por el Derecho civil.

84

La médula de la representación orgánica descansa, pues, en la necesidad de que el grupo o la persona jurídica se valga de un tercero que actúe en su nombre para la realización de determinados actos que sólo pueden cumplirse a través del mismo. En esto se parece la representación orgánica a la representación legal, de la que sin embargo se diferencia porque la "ratio" de ambas instituciones es totalmente diferente y porque en definitiva la elección de la persona o personas que asumen el papel de órganos depende exclusivamente, al revés de lo que ocurre con la representación legal, de la voluntad de los componentes del grupo.

Por último, la representación voluntaria es la que descansa exclusivamente en la voluntad del representado quien la otorga en virtud de la facultad que la ley le confiere de atender por sí mismo al cuidado de los propios intereses o encomendar la gestión de los mismos a otro que sólo ostentará las facultades que el representado le conceda. La representación voluntaria puede ser conferida no sólo por las personas físicas sino también por las personas jurídicas por medio de sus representantes orgánicos. En el art. 141 de la Ley está explícita esta facultad que, por lo demás, no necesita de un precepto legal que la consagre.

B) Extensión de la representación orgánica.

Sobre este punto cabe señalar tres posibles sistemas:

Según el primero, las facultades de los administradores son las que le atribuyan los estatutos. Es un sistema poco respetuoso con la seguridad del tráfico pues obliga a los terceros, si quieren asegurarse de que contratan bien, a consultar los estatutos, pudiendo surgir, además, problemas de interpretación.

De acuerdo con el segundo sistema, los representantes orgánicos de la sociedad están facultados para otorgar todos aquellos actos necesarios o convenientes para la realización del objeto social. En principio, parece un sistema en el que aparecen equilibrados los intereses de la sociedad y los de los terceros. Sin embargo, tiene un inconveniente. El tercero deberá conocer cual es el objeto social. Además no siempre es fácil, como después veremos, determinar si un acto en concreto excede o no del objeto social.

Finalmente, con arreglo al tercer sistema, la sociedad queda obligada por todos los actos que realicen los representantes orgánicos aunque dichos actos excedan del objeto social. Es el sistema alemán que en parte ha sido aceptado por la primera Directiva. En efecto, según el número 1 del art. 9 de la primera Directiva, la sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos concluidos por sus órganos, incluso si tales actos no se desprenden de su objeto social, excepto si exceden de los poderes que la ley atribuye o permite atribuir a dichos órganos. La salvedad se refiere a la realización de aquellos actos que no son de la competencia de los administradores porque la propia ley ha atribuido esa competencia a otros órganos.

Como se ve, la Directiva sigue en términos generales el sistema germánico. Sin embargo, formula una salvedad. “No obstante —dice el número 1-II del art. 9— los Estados miembros podrán prever que la sociedad no queda obligada cuando los actos excedan los límites del objeto social, siempre que

pruebe que los terceros conocían que el acto excedía de dicho objeto, o que no podían ignorarlo dadas las circunstancias. No obstante, la mera publicación de los estatutos no basta para constituir esa prueba”.

El art. 129 de la Ley —superando la estrecha delimitación que hacía el antiguo art. 76 que se refería con expresión un tanto equívoca a los actos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa— sigue la pauta marcada por la primera Directiva, bien que haciendo uso de la salvedad formulada por el párrafo II del número 1 de su artículo 9.

Dice el art. 129 de la Ley: “1) La representación —de los administradores— se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2) La sociedad queda obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de la estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.”

86

La formulación del artículo peca de ambigüedad. A primera vista, parece que su número 1 sienta una regla general (los administradores están facultados para realizar todos los actos comprendidos en el objeto social) de donde podría seguirse que lo dispuesto en su párrafo segundo es sólo una excepción. Sin embargo, ésta sería una interpretación errónea de la norma. El centro de gravedad de la misma —cuya finalidad es proteger a los terceros— se encuentra en el número 2. De él resulta que los actos de los administradores que excedan del objeto social (y salvo, claro está, que se trate de actos que escapen a la competencia de los administradores y para los que la Ley considera competente a la junta general) vinculan a la sociedad. Para que no la vinculen será necesario que el tercero haya conocido o hubiera debido conocer, desplegando la diligencia mínima, que el acto no estaba comprendido en el objeto social. No basta para presumir el conocimiento o la

ignorancia culpable aunque se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil, que el acto no está comprendido en el objeto social.

¿Cuál es entonces la función del número 1 del artículo? A nuestro juicio, la eficacia de ese número es de orden interno. Internamente los administradores sólo están facultados para llevar a cabo aquellos actos dirigidos a la realización o cumplimiento del objeto social. Por consiguiente, si los administradores llevan a efecto actos que no respondan a esa finalidad, y sin perjuicio de que la sociedad quede vinculada, incurrirán en responsabilidad. En el orden interno, asimismo, *son eficaces las limitaciones impuestas estatutariamente al poder de representación de los administradores.*

El principal problema que plantea, pues, el art. 129 es el de la aplicación de su número segundo ¿Qué condiciones y requisitos son necesarios para que el objeto social sea oponible a los terceros que hayan contratado con los administradores a quienes corresponda la representación de la sociedad?

87

En primer lugar, es necesario que el acto no esté comprendido en el objeto social o dicho de otra forma, que no se ha realizado para cumplirlo. Lo que ocurre es que no siempre es fácil determinar este extremo.

A estos efectos se ha formulado una distinción trimembre —distinción recogida por la doctrina de la Dirección General de los Registros— que separa los actos congruentes con el objeto social, los actos objetivamente contrarios a dicho objeto y los llamados actos neutros. Hay actos que están claramente comprendidos dentro de las actividades que constituyen el objeto social. Por ejemplo, venta de productos elaborados, compraventa de materias primas, las operaciones normales de descuento, la contratación del personal necesario. También hay actos que por el contrario, son objetiva y manifiestamente extraños al objeto social. No es fácil encontrar actos de esta clase porque la mayor parte de los actos ajenos al objeto son los actos llamados neutros cuando en ellos concurren determinadas circunstancias. Con todo, pueden considerarse

actos objetivamente extraños al objeto social los que resultan de suyo incongruentes con él. Así, por ejemplo, la compra de una patente para fabricar bienes que nada tienen que ver con la explotación de los negocios sociales tal como estos vienen delimitados por el objeto estatutario.

En zona intermedia entre los actos congruentes y los incongruentes se encuentran los llamados actos neutros. Son éstos los que potencial o instrumentalmente pueden servir para cumplir el objeto social sin que el acto mismo revele si es o no congruente con el objeto, lo que depende en definitiva de la finalidad perseguida por los Administradores al realizarlos. A nuestro juicio, la determinación de si un acto neutro es o no contrario al objeto social es algo que ha de hacerse atendiendo al citado factor subjetivo. Otra cosa es que los efectos de la protección a los terceros y de la inscribibilidad del acto baste, en principio, con que exista esa relación potencialidad o instrumentalidad (23).

88

Actos neutros pueden ser la compra de un local, la adquisición de terrenos o la obtención de un préstamo. Si el local se compra *para* que la sociedad instale en él sus oficinas, si los terrenos se adquieren *para* la construcción de una fábrica que ha de elaborar los objetos que la sociedad se propone producir, o si el préstamo se ha concertado para allegar recursos financieros que permitan el desarrollo de los negocios sociales, es claro que se trata de actos que encajan dentro del objeto social. Por el contrario, esos mismos actos serán extraños al objeto social si se realizan para dar a los bienes adquiridos (local, terrenos, dinero) un destino que no guarde ninguna relación con las actividades a que la sociedad vaya a dedicarse.

La Dirección General, como hemos dicho, se ha hecho eco de la distinción apuntada. Las resoluciones de 2 de octubre

(23) Ver en este sentido ESTEBAN VELASCO, "Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital", en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid 1987 pág. 437.

de 1981 y de 11 de febrero de 1983 hacen referencia a la clasificación tripartita (actos congruentes, actos extraños y actos neutros) y subraya la dificultad de saber si los últimos están o no incluidos en el objeto social. La Dirección en los dos casos que motivaron los respectivos recursos entiende que los actos en cuestión (constitución de un afianzamiento a favor de terceros o el otorgamiento de poderes por el administrador único facultando a los apoderados para dar garantías y afianzar por otros o dar dinero a préstamo) podían ser realizados por los administradores y lo decide así en atención “a las serias dificultades que se plantean cuando se trata más que de un acto extraño al objeto social, de aquellos que la doctrina conoce con el nombre de actos neutros, en donde normalmente no es factible establecer ‘a priori’ si un determinado acto en su contenido concreto es o no instrumento idóneo para el cumplimiento de la actividad por la que se alcanza el objeto social”, de donde se concluye que “salvo que el acto sea claramente contrario al objeto social habrá de considerarse en principio acto permitido y procederse a su inscripción”. Nótese que el Centro directivo no dice que los actos neutros hayan de equipararse siempre y en todo caso a los actos comprendidos en el objeto social, sino que esa circunstancia, a los efectos del procedimiento registral, ha de presumirse y que el acto neutro, en principio, debe inscribirse.

89

La prueba de la mala fe o de la ignorancia inexcusable del tercero corresponde a la sociedad, prueba nada fácil y que deberá comprender los extremos siguientes:

- 1) Que el tercero conocía el objeto social. No basta para presumir ese conocimiento que los estatutos estén inscritos en el Registro Mercantil. Estimamos que en el caso de objeto plural (permitido, siempre que no implique indeterminación del objeto) no es necesario para que la transgresión perjudique a tercero que el acto pudiera encajar en alguna de las actividades previstas en los estatutos basta con que el tercero conozca cual es la actividad, de las varias especificadas estatutariamente, que de hecho constituye en el

momento de celebrarse el acto el objeto a que la sociedad se dedica.

2) Que el tercero conoció o debió conocer que el acto era extraño al objeto social. En el caso de actos neutros, que el tercero conocía el designio fraudulento del administrador o administradores que realizaron el acto (24).

Naturalmente, la prueba de estos extremos dada la presunción de buena fe del tercero no es fácil. Habrá de tenerse en cuenta sobre todo las circunstancias personales del tercero en sus relaciones con la sociedad, tales como el mayor o menor grado de conocimiento de la misma, sus tratos o eventuales relaciones anteriores con ella, sus características profesionales, es decir, todos aquellos elementos que puedan poner de relieve la mala fe o culpa grave del tercero (25).

Aunque del art. 129 se infiere que “ad extra” el poder de los administradores se extiende a actos no comprendidos en el objeto social, es cuando menos dudoso que ciertos actos sean competencia del órgano administrativo. Nos referimos a las cesiones totales o parciales de activo en cuanto que pueden implicar una modificación de hecho del objeto social. En Alemania los actos de transferencia o cesión de la explotación requieren la autorización de la junta general (ver arts. 292 y 293 de la AktG). En el Derecho francés se distingue según se trate de la cesión de elementos aislados del activo (que puede

(24) Nótese que en Derecho alemán se admite que la sociedad pueda oponer la “exceptio doli” o impugnar el acto cuando existe una actividad del representante conscientemente perjudicial para la sociedad si el tercero conoce esa actuación perjudicial e incluso si actuó negligentemente. Un sector doctrinal va todavía más lejos y se conforma con que exista una transgresión —aún sin especificar intención dolosa del representante— y el conocimiento de la contraparte. Parece que también la infracción de las limitaciones estatutarias puede dar lugar a la impugnación del acto cuando exista colusión entre el representante y la contraparte (ver un completo examen de la doctrina alemana sobre este punto en ESTEBAN VELASCO, *ob. últimamente cit.*, págs. 417 y sigs.). En el Derecho inglés, no obstante la Directiva, se admite la trascendencia de las limitaciones internas frente al tercero que las conoce, según la Sección 9 (1) de la European Communities Act de 1972 y la Sección 6 (1) de la European Communities Companies Regulation, también de 1972, en Irlanda.

(25) Ver POLO, *ob. cit.*, pág. 189.

ser decidida por el consejo de administración, el directorio o los gerentes e incluso cabe sostener que entra dentro de las facultades del presidente director general) o que la cesión comporte una modificación efectiva del objeto social de la sociedad cedente, cuestión que habrá que decidir en cada caso concreto, y así ocurrirá especialmente cuando concierna a una rama entera de la empresa o a la totalidad de ésta, supuesto en el que se precisa la autorización de la Asamblea. A nuestro juicio y como hemos expuesto en otro lugar (26), la cesión total o parcial del activo excede de las facultades de los administradores cuando se refiera a elementos del activo fijo de la empresa esenciales para su explotación, salvo que se disponga para sustituirlos por otros, de modo que lo enajenado sean elementos aislados, inservibles, obsoletos o superfluos.

Hemos de preguntarnos, por último, sobre cual es el tratamiento que merecen los actos que exceden del objeto social y la infracción que el límite que el objeto social comporta sea oponible a los terceros conforme al art. 129-2. El problema es grave por cuanto el legislador ha permanecido mudo al respecto sin expresar cuál es el tipo de ineficacia que conviene aplicar, dejando por consiguiente en el aire problemas tan importantes como el de la legitimación para impugnar el acto, el de su posibilidad de confirmación o ratificación, y, finalmente, el de si la acción impugnatoria está o no sujeta a un plazo de caducidad y, en su caso, cual sea dicho plazo.

Nos encontramos ante un supuesto que la doctrina civilista califica de ejercicio anormal del poder de representación, noción ésta que si bien se ha construido tomando como punto de partida la representación voluntaria no hay inconveniente en extrapolarlo a la representación orgánica. Se distinguen dos supuestos de ejercicio anormal: la extralimitación y el abuso del poder. Existe extralimitación cuando el representante tras-pasa los límites del poder que se le ha conferido. El abuso presupone la existencia formal del poder y la actuación del

(26) Ver *Estudio de Derecho mercantil*, 1978, II, págs. 388/389.

apoderado dentro de los límites del mismo. Consiste en la utilización del poder para una finalidad distinta de la perseguida por el poderdante. De aquí que en el caso de extralimitación el supuesto haya que asimilarlo a la falta de poder, de donde se sigue la ineficacia del acto, sin que la acción para declarar la ineficacia esté sujeta a un plazo de caducidad y, admitiéndose, por el contrario, la posibilidad de ratificación, mientras que en el caso de abuso el acto deba reputarse válido sin perjuicio de la responsabilidad del representante y de la posibilidad de impugnar el acto cuando el tercero hubiese conocido o debido conocer el carácter desviado o abusivo del acto de abuso de poder.

92 Inclinarsé por una u otra de las dos posibilidades depende en suma de la interpretación que se dé al art. 129. Si se estima que su párrafo 1 sienta la regla general y el segundo una excepción en beneficio de los terceros de buena fe es más lógico entender que estamos ante un caso de extralimitación (27). Por el contrario, si se entiende que el centro de gravedad del precepto radica en su segundo párrafo, de suerte que el poder de representación de los administradores se extiende también a los actos que excedan del objeto social, de modo que el acto es en principio oponible a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad del administrador y de la posible ineficacia del acto en caso de mala fe o culpa grave del tercero, más bien parece que nos encontramos ante un caso de abuso de poder. Como hemos indicado antes a nuestro juicio debe prevalecer esta segunda interpretación del art. 129, mas conforme con lo dispuesto por la primera Directiva, aunque el tenor de la norma española más bien predisponga a la opinión contraria (28).

(27) Para ESTEBAN VELASCO, *ob. últimamente cit.*, pág. 442, nos encontramos ante un caso de extralimitación que determina por tanto la ineficacia del acto, susceptible, sin embargo, de ratificación.

(28) Rectificamos por consiguiente la opinión que sobre estos particulares expusimos en nuestro trabajo *cit.*, escrito en colaboración con LORA TAMAYO y BOLÁS ALFONSO, págs. 182 y sigs.

Lo que ocurre es que no hay unanimidad doctrinal a la hora de pronunciarse sobre el tipo de ineficacia de los actos realizados con abuso de poder cuando éste haya de perjudicar a la contraparte. Se ha sostenido que se trata de actos anulables, idea que tiene su fundamento en la ponderación de los intereses en juego. Se entiende que debe hacerse al poderdante árbitro de la situación, de modo que le permita decidir a él mediante un acto de su voluntad la validez o invalidez del acto. Mas se ha dicho que esta solución bien orientada desde el punto de vista de la política legislativa tropieza, sin embargo, con la "lex data". La anulabilidad carece en nuestro Derecho de base legislativa en que apoyarse. El defecto del acto representativo parece un defecto causal. Así, pues nos encontramos ante un acto con causa ilícita (29).

A nuestro juicio, hay en la Ley base bastante para defender la tesis de la anulabilidad. En principio el acto del administrador que excede del objeto social es un acto contrario a los estatutos; ahora bien, si los acuerdos de la junta general contrarios a los estatutos no son nulos sino simplemente anulables y los son también los acuerdos que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, no parece que hayan de ser de peor condición los actos de los administradores que excedan del objeto social. (*Vid.* art. 115-1 de la Ley). La tesis de la ilicitud de la causa conduce a la consecuencia, excesivamente rigurosa, de imposibilitar la convalidación del acto. Es de tener en cuenta, además, que el hecho de que el acto exceda del objeto social no significa necesariamente un propósito fraudulento del administrador, ni se exige, para la oponibilidad del objeto a los terceros, que haya existido un acuerdo colusorio entre administrador y tercero, basta que el acto exceda del objeto social y que el tercero conozca esta circunstancia o hubiera debido conocerla desplegando la debida diligencia. Tal vez en el caso de actuación en fraude del administrador con la complicidad del

(29) *Vid.* DÍEZ PICAZO, *La representación en Derecho privado*, 1979, pág. 199.

tercero, en particular si se beneficia del acto podría pensarse en que el contrato tiene causa ilícita.

Aunque pueda invocarse el art. 115 de la Ley para defender la tesis de la anulabilidad no creemos que la analogía pueda llevarse más allá. La legitimación para impugnar los acuerdos de la junta y los plazos de caducidad están pensados exclusivamente para ese supuesto.

En el nuestro, parece que la legitimación para impugnar el acto debe corresponder a la propia sociedad. Claro es que previamente deberá remover de su cargo al administrador o administradores que hayan llevado a efecto el acto sustituyéndolos por otros. En cuanto al plazo de caducidad tendrá que ser, parece, el de cuatro años que es el que de modo general establece el Código civil para el ejercicio de la acción de anulabilidad.

94 Finalmente y admitida la posibilidad de convalidación o de ratificación de los actos que excedan del objeto social, se ha planteado el problema de saber que es lo que ocurre cuando por la vía de sucesivas ratificaciones se produce un cambio de hecho en el objeto social. El problema principal consiste en saber si ante un cambio de hecho del objeto social podría ejercitar el socio que no haya votado a favor de los respectivos acuerdos el derecho de separación que todavía le concede la Ley para ese supuesto. Nos hemos pronunciado en otra ocasión por la afirmativa (30) para evitar por vía indirecta la violación del derecho (31).

IV. Nombramiento y remoción de los administradores

A) *Regla general.*

El nombramiento de los administradores debe hacerse en primer lugar en la propia escritura fundacional conforme al

(30) *Vid. Estudios cit.*, II, págs. 93-94.

(31) *Vid. en el mismo sentido, SAENZ GARCÍA DE ALBIZU, El objeto social en la sociedad anónima, 1990, pág. 324.*

art. 8,f) de la Ley. Si se trata de fundación simultánea parece que el nombramiento requiere la unanimidad de los fundadores. Sin embargo, hay que preguntarse qué es lo que procede hacer en el caso de que no exista ese acuerdo unánime. Parece que deberán constituirse los fundadores en junta general (la jurisprudencia registral admite que pueda constituirse la junta aunque no se haya inscrito la sociedad) y hacer los nombramientos por acuerdo mayoritario; es decir, aplicando el art. 123 de la Ley. Si la fundación es sucesiva el nombramiento de los primeros administradores corresponde a la junta constituyente (art. 25,e) de la Ley).

Los demás administradores (téngase en cuenta que en la actualidad no caben nombramientos por tiempo indefinido) han de ser nombrados por la junta general. Dispone al efecto el art. 23 que el nombramiento de los administradores y la fijación de su número, cuando los estatutos prevean solamente el máximo y el mínimo, corresponde a la junta general, la cual podrá, además, en defecto de disposición estatutaria, fijar las garantías que los administradores deberán prestar o relevarlas de esa prestación.

El nombramiento debe recaer en persona con aptitud suficiente para ser administrador quien, por otra parte, debe aceptar el cargo.

Relativamente al primer punto, conviene destacar ante todo que el administrador no necesita ser accionista (sistema llamado del “organicismo de terceros”) a no ser que los estatutos así lo exijan. Pueden ser administradores tanto las personas físicas como las jurídicas según resulta del art. 8,f) y 125 de la Ley. La persona jurídica designada deberá nombrar una persona física que en su nombre desempeñe el cargo de administrador. No parece que esta representación tenga que recaer forzosamente en un administrador de la persona jurídica.

Es necesario, además, que el administrador nombrado no esté incurso en ninguna incapacidad, prohibición o incompatibilidad. El art. 124 de la Ley establece que no pueden ser administradores los quebrados y concursados no rehabilitados,

los menores e incapacitados, los condenados a penas que lleven aneja la inhabilitación para ejercer cargos públicos, los que hubieren sido condenados por grave incumplimiento de leyes o disposiciones sociales y aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. Tampoco podrán ser administradores de las sociedades los funcionarios al servicio de la administración con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de la sociedad.

El precepto reproduce lo que decía el art. 82 de la Ley anterior con la única salvedad de haber eliminado a los sometidos a interdicción lo que es la consecuencia lógica de haber sido suprimida la pena de interdicción civil.

96

Se discute si los menores emancipados pueden ser administradores. La doctrina mercantilista casi con absoluta unanimidad (32), entiende que los menores emancipados no pueden ser administradores, doctrina ésta respaldada por la resolución de 24 de febrero de 1986. El Centro Directivo aduce como razón principal que los menores de dieciocho años no pueden (por sí) ejercer el comercio y que la exigencia de la mayor edad, entendida estrictamente, responde a la necesidad de que al frente de la administración de la sociedad, cuya envergadura puede ser muy grande, estén personas que tengan plena capacidad para asumir la consiguiente responsabilidad frente a la sociedad, frente a los accionistas (los que votaron su nombramiento y los que no lo votaron o hayan adquirido después sus acciones), frente a los acreedores y frente al Fisco, y una de las mayores garantías de un correcto ejercicio del comercio y del cargo viene constituida por la posible responsabilidad penal en que se puede incurrir subrayando que el menor de dieciséis años está exento de responsabilidad penal y si ha cumplido ya dicha edad pero es aún menor goza de una circunstancia atenuante. Nos parece suficientemente sólida esta argumentación.

Por lo demás el art. 124 no es completo. Hay en él en primer lugar una remisión implícita a los arts. 13 y 14 del

(32) Discrepa ARANGUREN URRIZA, *ob. cit.*, pág. 506.

Código de Comercio que señalan cuáles son las personas que no pueden ejercer el comercio, preceptos que tampoco son completos en cuanto que ambos se remiten al final a las personas que por leyes o disposiciones especiales no puedan comerciar en general o en determinado territorio.

Entre las leyes o disposiciones especiales que prohíben con carácter general ejercer el comercio se encuentran los cánones 286 y 1.392 del vigente Código de Derecho Canónico referido a los clérigos y eclesiásticos, el art. 1 del Decreto de 4 de marzo de 1942, relativo a los generales, jefes y oficiales del ejército; los arts. 98-3 y 159-4 de la Constitución relativo a los miembros del Gobierno y del Tribunal Constitucional; el art. 33 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 12 de mayo de 1982 respecto de los miembros de aquél, y la Ley de incompatibilidades de 26 de diciembre de 1983 que afecta a los ministros, subsecretarios, directores generales y asimilados mientras se encuentren en el ejercicio de sus funciones. Esta Ley obliga (disposición adicional segunda) a consignar de modo expreso en las escrituras de constitución, modificación, transformación y fusión de sociedades la prohibición de ocupar cargos en ellas a las personas declaradas incompatibles por dicha Ley. No basta que en la escritura los administradores manifiesten que no están incurso en tales incompatibilidades sino que hace falta la mención expresa de la prohibición. Así lo tiene declarado, aunque quizás con un criterio demasiado rígido, la Dirección General (resoluciones de 24 y 26 de noviembre de 1981 y de 8 de septiembre de 1982).

Debe tenerse en cuenta, además, respecto de los jueces y magistrados que a pesar de su inclusión en los supuestos de incompatibilidad territorial (conforme al artículo 14 del Código de Comercio) esa incompatibilidad tiene ahora carácter absoluto en virtud de lo dispuesto en el art. 22 de la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial de 10 de enero de 1980, el art. 117 y los números 8 y 9 del art. 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 y los arts. 5 y 7 del Reglamento Orgánico de la Carrera Judicial, aprobado

por Decreto de 28 de diciembre de 1967. Lo mismo sucede con los fiscales según los números 7 y 8 del art. 57 de la Ley de 30 de diciembre de 1980 que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Merece citarse asimismo la Ley de 14 de marzo de 1984 que establece las incompatibilidades de los miembros del Consejo de gobierno y altos cargos de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Finalmente y sin que esta enumeración tenga pretensiones exhaustivas conviene recordar que en el sector bancario la Ley de 27 de julio de 1968 establece para los presidentes, vicepresidentes, consejeros o administradores, directores generales y asimilados a estos últimos la prohibición de desempeñar cargos análogos en otros Bancos, ni formar parte de más de cuatro consejos de administración de sociedades anónimas, pudiendo en ciertos casos (ver arts. 1-3, 2 y 3 de la Ley) rebasarse este número pero sin que en ningún caso el número total de consejos pueda ser superior a ocho (art. 4 de la Ley).

El nombramiento debe ser aceptado por el administrador. Así resulta del art. 125 de la Ley. El nombramiento de los administradores —dice este art.— surtirá efecto desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla, haciéndose constar sus nombres, apellidos y edad, si fueran personas físicas o su denominación social si fueran personas jurídicas y, en ambos casos, su domicilio y nacionalidad y, en relación con los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente. El art. 138 del Reglamento dispone que en la inscripción del nombramiento de los administradores se hará constar la identidad de los nombrados, la fecha del nombramiento, así como el plazo y el cargo para el que, en su caso, hubiese sido nombrado el miembro del consejo de administración. El art. 141 del mismo Reglamento establece que no podrá inscribirse el nombramiento de los administradores mientras no conste su aceptación,

y el 143 contempla el caso de administrador persona jurídica exigiendo que conste la identidad de la persona física que aquélla haya designado como representante suyo para el ejercicio de la funciones propias del cargo.

La exigencia de la aceptación presupone el establecimiento de un vínculo contractual entre la sociedad y el administrador. Como se ha señalado acertadamente (33), la Ley parte del encuentro de dos declaraciones de voluntad (la declaración de nombramiento y la aceptación) por lo que no puede admitirse la tesis de que el acto de nombramiento constituye una declaración unilateral reduciendo el rango de la aceptación a mera condición para la eficacia del nombramiento. En rigor y en virtud de la aceptación, el administrador se obliga a gestionar los asuntos sociales, obligación que no puede surgir si no es en virtud de su aceptación.

Supuesta la naturaleza contractual del nombramiento, la doctrina ha debatido sobre cual es la naturaleza jurídica del nombramiento. Se puede pensar y se ha pensado en el mandato, en el arrendamiento de servicios, en un contrato mixto de arrendamiento de servicios y de mandato, en un contrato de trabajo, etc. A nuestro juicio, no cabe encajar el negocio que nos ocupa en ninguna de esas categorías. No cabe pensar en un mandato propiamente dicho (aunque sea el mandato la figura que está más cerca de la hipótesis contemplada) porque es difícilmente concebible un mandato en que las facultades del mandatario no dependan de la voluntad del mandante. Tampoco cabe la asimilación al contrato de arrendamiento de servicios ni al contrato de trabajo. En primer lugar, porque ambos contratos presuponen la existencia de una contraprestación por parte del arrendador de los servicios o del dador del contrato de trabajo, en tanto que el cargo de administrador es gratuito en principio, como después veremos, salvo que los estatutos dispongan otra cosa. Por otra parte, los administradores (aunque el cargo sea remunerado) están excluidos de la

(33) Ver POLO, *ob. cit.*, pág. 102.

legislación laboral. En principio el art. 1-3,c del vigente Estatuto de los Trabajadores dispone que se excluye de su ámbito de aplicación “la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes al cargo”. Del precepto podría deducirse que sólo los consejeros en sentido estricto y que se limiten al mero desempeño de su cargo son los excluidos, pero que no lo estarían los administradores únicos, los administradores solidarios o mancomunados y los consejeros delegados, los cuales podrían ser incluidos en el Decreto-Ley de 1 de agosto de 1985 relativo al personal de alta dirección. Pero la jurisprudencia de la sala de lo social se opone a esta posibilidad e interpreta extensivamente el antes citado precepto del Estatuto. Sirva de ejemplo la sentencia de 29 de septiembre de 1988 en la que se nos dice que “el art. 1-3,c del Estatuto de los Trabajadores excluye del ámbito de aplicación de la propia ley la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que la actividad comporte la realización de cometidos inherentes al cargo. Pero lo que no dice la ley es cuáles son los cometidos inherentes a tal cargo. Tampoco da explicación alguna el Real Decreto de 1 de agosto de 1985 al regular la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, cuyo art. 1-3 parece dar por supuesto el deslinde de esa actividad al decir que se excluye de su ámbito la actividad delimitada en el art. 1-3,c del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, la indeterminación es sólo aparente, pues no se trata de establecer un catálogo de cometidos más o menos importantes, sino de que sean inherentes al cargo, e inherentes al cargo de consejero son todos los cometidos que se refieren a la administración de la sociedad, como lo demuestra, respecto de la anónima, la Ley de 17 de julio de 1951 (en este punto la nueva Ley de

anónimas no ha introducido ninguna variante esencial) que llama precisamente administradores a este órgano de la sociedad que cuando está integrado por varias personas recibe el nombre de consejo de administración según dispone su art. 73. Toda la actividad de los consejeros, en cuanto administradores de la sociedad, está excluida del ámbito de la legislación laboral. Y naturalmente, en función de un criterio, no operacional ni económico, sino estrictamente jurídico, como no podía por ser menos. La relación del consejero, como miembro de uno de los órganos de la sociedad, con ésta, es de carácter interno. No concurre ninguna de las características de la relación laboral tal como la define el 1-1 del Estatuto de los Trabajadores, ni siquiera la dualidad de partes en el sentido que la contempla este precepto, sino la propia y específica de la existente entre las personas jurídicas y las individuales integrantes de sus órganos, mediante las cuales, necesariamente, ha de realizarse el cumplimiento de sus fines, objeto de atención del derecho mercantil, y que no es de éste el lugar de examinar. No altera este planteamiento sino que, por el contrario, lo confirma el art. 77 (hoy 141 de la citada Ley de sociedades anónimas, pues distingue tres supuestos en que puede delegar sus funciones: en una comisión ejecutiva, de su propio seno; uno o más consejeros delegados; o apoderamientos a cualquier persona. *En los dos primeros casos los consejeros, en comisión o delegados, siguen realizando funciones que les son propias y en el tercero, en cambio, se recurre a una persona ajena al consejo con quien efectivamente se establecería una relación que hoy a tenor de lo dispuesto en el art. 2-1, a del Estatuto de los Trabajadores y en el art. 1-2 del Real Decreto 1382/1985 hay que reputar como laboral de carácter especial*”.

A nuestro juicio esta doctrina incurre en exageración. Desde el punto de vista práctico no existen grandes diferencias entre la actuación de un consejero delegado o de un director gerente dotado de amplios poderes generales para representar a la sociedad. Ciertamente no hay identidad entre ambas figuras. El nombramiento de un director gerente (que no es

órgano) no implica un reparto de competencias, lo que sí sucede a nuestro juicio cuando se designa un consejero delegado (órgano subordinado), ni el art. 129 es aplicable a los directores gerentes o generales. Sin embargo, insistimos, desde el punto de vista de su actuación las diferencias son escasas. La propia sentencia citada lo reconoce así cuando dice que la exclusión de los consejeros delegados de la relación laboral al contrario de lo que sucede con el director gerente “no está en la clase de funciones que realiza el sujeto sino en la distinta naturaleza del vínculo en virtud del cual las realiza”. Justamente donde no vemos diferencias claras entre una y otra figura es en la naturaleza del vínculo que une tanto a los consejeros delegados como a los directores generales con la sociedad. El hecho de que el consejero delegado sea un órgano subordinado no excluye que entre él y la sociedad no exista (como también si se trata de simples consejeros) un vínculo de naturaleza contractual y es en atención a ese vínculo lo que debería servir de elemento decisorio para la asimilación en este punto y sólo en él, del consejero delegado y del director gerente. La sentencia parece seguir la antigua orientación monista que niega que entre la sociedad y sus órganos de administración exista una relación de tipo contractual.

Ahora bien, supuesta la imposibilidad, según el Estatuto de los Trabajadores y la interpretación laxa de su art. 1-3,c que patrocina la jurisprudencia, hay que entender, en nuestra opinión, que entre la sociedad y sus administradores existe un negocio de contenido gestorío, típico del Derecho de sociedades y que se rige ante todo por las normas que le son aplicables. Supletoriamente y para colmar las lagunas de la disciplina legal puede acudir en principio a la normativa del mandato que en definitiva es el prototipo de los negocios de gestión.

Dice el art. 125 de la Ley que el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla.

Ahora bien, lo que se inscribe no es la aceptación sino el nombramiento aunque, como ya indicamos la inscripción del nombramiento requiere la aceptación. El nombramiento debe además publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME). Aunque no lo diga el art. 125 de la Ley ni los arts. del Reglamento que se refieren específicamente a esta materia, la necesidad de la publicación viene dada por los arts. 353-9 y 386 del Reglamento.

¿Cuál es el valor de la inscripción y de la subsiguiente publicación? La Ley nos dice que el nombramiento de administradores surtirá efecto desde la fecha de la aceptación. Por consiguiente ni la inscripción ni la publicación (excepción hecha del nombramiento de consejeros delegados o de comisiones ejecutivas, por mor del art. 141 de Ley) tienen carácter constitutivo. Su significado es el derivado de la publicidad negativa del registro. Conviene recordar a estos efectos el art. 21 del Código de Comercio según el cual (número 1) los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a los terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Sin que sea dable hacer aquí un examen en profundidad de ese precepto creemos que pueden sentarse las siguientes conclusiones:

103

1) Supuesto el efecto negativo de la publicidad registral el nombramiento no inscrito o no publicado no podrá ser opuesto a tercero de buena fe. Quiere decirse que el tercero de buena fe que contrate con un administrador cuyo cargo figure inscrito y a pesar de que este nombramiento haya sido revocado habiéndose nombrado en su lugar a otro administrador, contrata bien. Esta solución es válida cuando se trata de nombramientos posteriores a la escritura fundacional. Respecto de éstos no parece haber problema puesto que el nombramiento debe constar en la escritura, como ya sabemos, y la omisión de este nombramiento impediría la inscripción de aquélla con todas las consecuencias que ello lleva consigo.

2) La persona que quiera estar cierta de que contrata con los administradores cuyo nombramiento está vigente deberá

consultar el Registro pues la publicación en el BORME no sirve prácticamente de medio de información; de aquí la inutilidad práctica de una institución perturbadora cuya existencia se debe a una equivocada interpretación del art. 2 de la primera Directiva, por más que la existencia del Boletín estaba prevista en nuestra legislación por el art. 30 II del Código de Comercio después de la modificación que experimentó el precepto por Ley de 21 de julio de 1973; a pesar de ello su existencia efectiva se debe al vigente Reglamento. Consultado el Registro, el tercero sabedor por el mismo de la existencia del nombramiento no podrá ampararse en art. 21-1 del Código de Comercio porque de oponerse a la eficacia del nombramiento en razón de no haberse publicado dicho nombramiento en el BORME, su mala fe sería manifiesta.

104

3) El tercero que contrata con el administrador cuyo nombramiento está vigente, contrata bien aunque el nombramiento no esté inscrito en el Registro Mercantil ya que dicho nombramiento surte sus efectos desde la aceptación (34).

4) Para inscribir los actos y contratos otorgado por los administradores será necesario que su nombramiento esté inscrito en el Registro Mercantil según resulta del art. 11-3 del Reglamento. La falta de inscripción no puede conllevar, sin embargo, la nulidad o ineficacia del acto llevado a cabo por los administradores. Por otra parte, el precepto se refiere sólo a los actos

(34) No creemos que para ello sea necesario, por tanto, invocar el derogado art. 29 del Código de Comercio, como hace POLO, *ob. cit.*, pág. 112, precepto que a nuestro entender está bien derogado. Según ese art. 29 los poderes no registrados surtirán efectos entre el mandante y el mandatario; pero no podrán utilizarse en perjuicio de tercero, quien, sin embargo, podrá fundarse en ellos en cuanto le fueren favorables. Según la proyectada reforma del art. 22 del Código, proyecto que no ha prosperado, "las escrituras y demás documentos sujetos a inscripción que no hayan sido inscritos y publicados no podrán ser opuestos a tercero de buena fe que sin embargo podrá fundarse en ellos en lo favorable a no ser que la falta de publicidad legal les prive de efecto". Decimos que el art. 29 está bien derogado e igualmente es elogiable que no haya prosperado el que hubiera sido art. 22 (último párrafo) porque si el tercero tenía conocimiento de la escritura no inscrita (y tenía que conocerla en la medida que quisiera utilizarla en su favor) ya no era un tercero de buena fe y por consiguiente no debería poder ampararse en la no inscripción para dar por bueno el contenido del Registro.

que se inscriban en el Registro Mercantil. Con todo, la inscripción en el Registro Mercantil parece también requisito necesario para inscribir en el Registro de la propiedad los actos que aquéllos otorguen y que sean inscribibles en dicho Registro.

La inscripción del nombramiento de administrador podrá practicarse —dice el art. 142 del Reglamento— mediante certificación del acta de la junta general, o en su caso, del consejo de administración en que fue nombrado, expedida en debida forma (es decir de acuerdo con el art. 109 que determina cuales son las personas a quienes corresponde la facultad de certificar) y con las firmas legitimadas notarialmente, por testimonio notarial de dicha acta o mediante copia autorizada del acta notarial a que se refieren los arts. 101 y siguientes (que se refieren al caso de que haya sido levantada acta notarial de la reunión). Si no constaren en la misma acta el nombramiento y la aceptación, deberá ésta acreditarse en la misma forma antes indicada o por escrito del designado con la firma notarialmente legitimada. Naturalmente, también podrá inscribirse el nombramiento mediante escritura pública que acredite las circunstancias del nombramiento y de la aceptación.

Un caso especial se produce, respecto a la expedición de la certificación en el caso de que el acuerdo haya cambiado la persona del certificante. En ese supuesto dice el art. 111 del Reglamento, la certificación sólo tendrá efecto si se acompaña notificación fehaciente (es decir hecha mediante requerimiento notarial en cualquiera de las formas en que el Reglamento notarial permite que se hagan las notificaciones) del nombramiento al anterior titular. El registrador no practicará la inscripción de estos títulos en tanto no transcurran quince días desde la fecha del asiento de presentación. En ese plazo el titular anterior podrá oponerse a la práctica del asiento, si justifica haber interpuesto querrela criminal por falsedad en la certificación o si acredita de otro modo la falta de autenticidad del nombramiento, previsión ésta última un tanto ambigua y que deja en último término la solución del problema al criterio del registrador, lo cual parece excesivo.

El art. 125 de la Ley dice que la aceptación de los administradores deberá ser presentada en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla. Hay que entender que ese plazo se refiere a la inscripción del nombramiento, pues la aceptación no es inscribible por sí sola. La falta de presentación del nombramiento dentro de dicho plazo no afecta a la validez de aquél ni a la de la aceptación; sólo dará lugar a responsabilidad por parte de los administradores y más concretamente de las personas encargadas de certificar, por las consecuencias que puedan seguirse del retraso.

La Ley no habla en cambio de plazo para aceptar. Pensamos que la aceptación puede producirse en tanto el nombramiento esté vigente. Pero ¿hay un plazo que determine la caducidad del nombramiento? La doctrina entiende (35) que transcurrido un lapso prudencial de tiempo sin que el administrador designado haya aceptado, la sociedad podrá optar por requerir al nombrado para que manifieste si acepta o considerar que el nombramiento ha sido rehusado.

A nuestro juicio, esta solución no es correcta. De acuerdo con la doctrina civilista relativa a la fuerza vinculante de la oferta hay que distinguir entre la revocabilidad de ésta que en principio y mientras no recaiga la aceptación, salvo excepciones, defiende de la libre voluntad del oferente (la excepción se produce si la oferta se ha hecho con carácter irrevocable durante cierto plazo) y la caducidad de la oferta. La caducidad presupone que, sin necesidad de revocación, la oferta debe considerarse sin valor, de modo que la aceptación tardía no perfeccionará el contrato. Si no se ha fijado plazo habrá que entender que la oferta caduca pasado un plazo razonable, de acuerdo con los usos de los negocios y la naturaleza del asunto (36) no ha recaído la aceptación.

Consecuentemente, la sociedad no tiene porqué formular ningún requerimiento; le basta con revocar el nombramiento

(35) Así GARRIGUES URÍA, *Comentario, cit.*, II, pág. 73.

(36) Ver DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 1970, páginas 194-195.

lo que en todo caso podría hacer aun sobrevenida la aceptación. Si no media revocación el problema se traslada al de caducidad de la oferta, es decir, del nombramiento. Supuesto que no hay plazo para la aceptación parece que en este caso la oferta (el nombramiento) no caduca. Lo que hay, es que si pasa un plazo prudencial sin haber sobrevenido la aceptación, la sociedad procederá a revocar el nombramiento, pues no conviene a sus intereses mantener indefinidamente esa situación interina.

B) *El nombramiento por cooptación.*

La cooptación —que se refiere únicamente al consejo de administración— contiene una excepción a la regla de que los administradores han de ser nombrados por la junta general. Se trata del caso en que durante el plazo para que fueron nombrados (la Ley ha suprimido la posibilidad de que los administradores ejerzan su cargo durante un tiempo indefinido) cese algún consejero. Para ese supuesto, y con la finalidad de asegurar el funcionamiento del órgano representativo, sin necesidad de proceder a la convocatoria de junta general y su celebración lo que exige cierto tiempo, la sociedad pueda recomponer el consejo, mediante acuerdo del propio órgano colegiado.

Dispone al efecto el art. 138 de la Ley, que si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes, el consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la junta general.

Estamos ante una norma de carácter excepcional y esta circunstancia debe presidir su interpretación. Así:

1) Se trata de cubrir las vacantes imprevistas, de suerte que no puede recurrirse a la cooptación cuando algún consejero cese en su cargo por expiración del plazo para que fue nombrado. Así se deduce del propio art. 138 que se refiere a las vacantes que se produjeran durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores que cesan. Esta era la opinión dominante en la doctrina en trance de interpretar el art. 73-II

de la Ley de 1951 que decía lo mismo que el actual 138. Por consiguiente, el art. 138, es aplicable a los supuestos de fallecimiento, incapacitación o renuncia de algún consejero.

2) La designación ha de recaer sobre quien tenga la condición de accionista. Constituye, pues, la norma una excepción a la regla general formulada por el art. 123.2 que no requiere para ser administrador que el nombrado sea accionista, salvo disposición contraria de los estatutos.

3) Las personas designadas por el sistema de cooptación sólo podrán desempeñar su cargo hasta que se reúna la primera junta general, sea ésta ordinaria o extraordinaria. A la junta corresponde ratificar esos nombramientos o desautorizarlos. No puede entenderse que el nombrado sigue en el cargo hasta la junta general en que hubiera procedido el nombramiento de un nuevo administrador (nombramiento que puede recaer en la misma persona cuyo nombramiento ha caducado, puesto que el cargo de administrador es reelegible) sino que el nombrado cesa en sus funciones tan pronto se reúna la junta general inmediatamente siguiente a la cooptación. La junta puede no ratificar lo hecho por el consejo o confirmar en su cargo al administrador cooptado. El art. 145-2 del Reglamento conforta esta interpretación. Según el número 2 de dicho artículo la inscripción del nombramiento de administradores por el consejo de administración mediante cooptación entre los accionistas, caducará cuando haya concluido la celebración de la junta general inmediatamente siguiente al nombramiento, sin que conste en el Registro la aprobación por dicha junta del nombramiento del administrador cooptado.

Supuesta la aceptación por la junta del consejero cooptado cabe preguntarse durante qué plazo puede desempeñar el cargo. El art. 144-2 del Reglamento resuelve el problema al decir que el nombramiento de administrador por la junta general cuando se realice para cubrir una vacante anticipadamente producida, se entenderá efectuado por el período pendiente de cumplir por aquel cuya vacante se cubre, lo que no excluye que la junta al confirmar el nombramiento del cooptado con-

ceda a éste el plazo máximo permitido en los estatutos contado a partir de la ratificación del nombramiento.

El consejo para proceder a la cooptación debe adoptar el acuerdo cumpliendo los requisitos generales; es decir, deberán concurrir a la sesión la mitad más uno de sus componentes y adoptar el acuerdo por mayoría. Por consiguiente, cuando el número de vacantes anticipadas sea tal que supere la mitad más uno de los miembros del consejo, hay que entender que no cabe la cooptación pues en la deliberación no pueden tomar parte los consejeros que hayan cesado, lo que es evidente en el caso de fallecimiento o incapacitación, pero no lo es tanto en el caso de renuncia. Esta opinión no es, sin embargo, la que sostiene un sector cualificado de la doctrina mercantilista, para quien cabe en este caso la excepción a la regla del art. 139. Por nuestra parte (37), no cabe apelar a la excepcionalidad de la norma (el art. 138) para justificar otra excepción. Sin embargo debe admitirse que los consejeros cuyo nombramiento sigue vigente y aun cuando su número sea inferior a la mitad más uno puedan convocar la junta general para que ésta proceda a cubrir las vacantes.

109

Finalmente, el art. 139 del Reglamento señala las circunstancias que deben constar en la inscripción del nombramiento de administradores mediante cooptación. La inscripción deberá contener además de las circunstancias relativas a cualquier nombramiento (determinadas en el art. anterior), la indicación del número de vacantes existentes antes de haber ejercitado el consejo de administración la facultad de cooptación y el nombre y apellidos del anterior titular, el plazo para el que había sido nombrado, la fecha en que hubiera producido la vacante y su causa.

C) *El nombramiento por el sistema proporcional.*

El sistema de representación proporcional fue establecido por el art. 71 de la Ley del 51 y ha sido mantenido por la

(37) Que coincide con la opinión de POLO, *ob. cit.*, pág. 425.

actual. Esto ha dado lugar a críticas fundadas porque el nombramiento por el sistema de representación proporcional parece contrario a las normas generales de la Ley sobre nombramiento de administradores y además por resultar poco práctico. Se ha dicho al respecto (38) que la presencia en el consejo de administración de uno o dos vocales representantes de los accionistas minoritarios no concede a los mismos ningún poder de decisión en la sociedad porque, por hipótesis, estarán en minoría. Su presencia en el consejo sólo les permitirá una mayor información sobre la marcha de la sociedad, pero ello pudo ser resuelto por el legislador por medio de otros instrumentos en lugar de sentar a la minoría en la mesa del consejo, órgano ejecutivo no apto para reproducir en su seno la composición accionarial de la junta. Cuando el acceso de las minorías al consejo es consecuencia de una negociación pactada entre los grupos de accionistas, el sistema proporcional puede constituir un elemento de integración y colaboración social. Si, por el contrario, el nombramiento de los minoritarios obedece a la utilización legal del instrumento electoral dispuesto por el legislador en su provecho, la experiencia demuestra su poca utilidad práctica y la frecuente utilización y abuso del mismo como instrumento más que de participación de desestabilización.

El hecho es, sin embargo, que el legislador de 1989 ha mantenido el sistema. El art. 137 actual dice lo mismo que decía el art. 71-II de la antigua Ley. “La elección de los miembros del consejo —reza el precepto— se efectuará por medio de votación. A estos efectos las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de vocales del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de

(38) Ver POLO, pág. 397.

los restantes miembros del consejo”. La norma que durante la vigencia de la Ley de 1951 fue desarrollada por el Decreto de 29 de febrero de 1952 y la Orden de 5 de abril del mismo año, lo está ahora por el Real Decreto de 17 de mayo de 1991.

La regulación de este derecho es sumamente defectuosa pues no dice nada la Ley sobre su protección. ¿Qué encaje tiene el mismo, en efecto, dentro de la tradicional dicotomía derechos irrenunciables y derechos irrevocables, es decir entre los que no se pueden renunciar de modo que no cabe suprimirlos ni siquiera con la voluntad del accionista y los que siendo renunciables son sin embargo intangibles para la junta general y ésta, no obstante sus competencias, no puede suprimirlos sino es con el consentimiento del interesado?

Por de pronto se puede avanzar una conclusión clara. El derecho no es irrenunciable. Si lo fuera todas las sociedades tendrían que ser administradas por un consejo de administración —único sistema en el que cabe el ejercicio del derecho que nos ocupa— y no cabría confiar la administración a un administrador único, a varios administradores indistintos o a dos administradores mancomunados, conclusión absurda evidentemente y que chocaría frontalmente con las variantes que la Ley y el Reglamento reconocen como posibles. Claro está, que para establecer estos sistemas de administración, que obstan por su propia naturaleza al sistema de representación proporcional, es menester, en la fundación simultánea que los consientan todos los fundadores pues esa forma de fundación requiere el consentimiento de todos ellos.

Pero salvo esta conclusión, la eficacia del sistema es por lo menos sumamente dudosa. Dando por supuesta la irrevocabilidad del derecho habría que concluir que, existiendo consejo, la junta no puede eliminar el derecho por procedimientos indirectos. Así, sustituyendo previa modificación en su caso de los estatutos sociales, la administración colegiada por alguno de los otros sistemas posibles (administrador único, administradores solidarios o administradores conjuntos). Paralelamente, tampoco podría reducir el número de consejeros supuesto que

goce de facultades para determinar el número concreto de consejeros dentro de un máximo y un mínimo, o mediante una modificación estatutaria si el número de puestos de consejo viene determinado de modo exacto por los estatutos.

La jurisprudencia no ha aclarado de modo definitivo el tema. Así la sentencia de 20 de abril de 1960 parece considerar ilícito que el derecho de la minoría a participar en el gobierno de la sociedad se recorte mediante el expediente de rebajar a dos (cosa hoy imposible) el número de los consejeros. En cambio la sentencia de 30 de junio de 1981 admite que es válida la modificación estatutaria estableciendo que el número mínimo de consejeros sea el de dos y el máximo de cuatro sin que el párrafo 2 del art. 71 (de la Ley de 1951) constituya un impedimento para ello, pues en el primero claramente se expresa que la junta general puede determinar el número de puestos del consejo (en el caso objeto del pleito se nombraron solamente dos) dentro de los límites señalados por los estatutos. Por su parte, la sentencia de 29 de noviembre de 1969 había declarado válido un acuerdo de modificación de estatutos en el sentido de sustituir el sistema de administración colegiada por el de administrador único (39).

La sentencia de 10 de junio de 1978, por el contrario, declaró nulo el acuerdo adoptado mayoritariamente de eliminar el plazo de duración para el ejercicio del cargo de consejero, modificación que se aprovechó por los mayoritarios para fijar en tres el número de consejeros, revocar el nombramiento de una accionista hecho en el acto fundacional y nombrar consejeros a los otros dos socios y a un extraño. A pesar de que el Supremo centra el problema en la improcedencia de que los estatutos prevean que los administradores puedan ejercitar su cargo durante un tiempo indefinido, posibilidad que rechaza (con criterio a mi juicio equivocado —en función de la Ley de 1951— y que la propia jurisprudencia rectificó) es de hacer notar que uno de los argumentos que barajó la sentencia

(39) Ver la crítica de esta sentencia en *Estudios, cit.*, II, págs. 103 y 104.

consistió en la necesidad de defender los derechos de la minoría en el sentido de que ese derecho (el de participar en la administración de la sociedad) sería ilusorio en la medida en que la duración del cargo de administrador fuese indefinida (40). A nuestro juicio, la argumentación de la sentencia, en cuanto se centra en la ilegalidad de los nombramientos por tiempo indefinido —imposible hoy pero posible bajo el imperio de la Ley de 1951— es equivocada. Ciertamente, estos nombramientos dificultan el ejercicio del derecho de la minoría a formar parte del consejo pero no lo impiden, por cuanto el carácter indefinido del nombramiento no quería decir que los nombrados pudiesen ejercer el cargo perpetuamente sino que seguirían ostentándolo mientras la junta no revocase los nombramientos y es claro que producida la revocación queda expedito el ejercicio del derecho de los accionistas minoritarios a que entre en juego el derecho de representación proporcional. Lo que ocurrió en el caso de aquella sentencia es que los acuerdos adoptados por la junta y objeto de impugnación tenían un marcado carácter fraudulento. En rigor la accionista impugnante había hecho uso de su derecho, bien que en forma tácita, al ser nombrada miembro del consejo de administración en el acto fundacional, dado que tenía una tercera parte de las acciones y que el número de puestos del consejo era de tres. El acuerdo era nulo por haber prescindido al hacer los nombramientos del derecho que asistía a la accionista impugnante derecho que, repetimos, había ejercitado al constituirse la sociedad aunque en forma tácita.

113

Creemos que aquí es donde debe encontrarse la clave de la solución, es decir, en la circunstancia de que se haya hecho uso o haya dejado de hacerse cuando se pretende la modificación estatutaria o la reducción del número de consejeros.

En fase fundacional el derecho de representación también

(40) Ver el comentario a esa sentencia en nuestro trabajo, "Carácter temporal del cargo de administrador en las sociedades anónimas", en *Revista de Derecho Mercantil*, número 152, 1979, págs. 275 y sigs.

juega. Así lo disponía el art. 2 del Decreto de 29 de febrero de 1952, y aunque la norma no ha sido reproducida literalmente por el Real Decreto de 17 de mayo de 1991, hay que estimar que esa posibilidad continúa vigente. El art. 4 del Real Decreto dice que los accionistas que deseen ejercitar el derecho de agrupación de la totalidad o parte de sus acciones lo notificarán al consejo de administración *o a los promotores de la sociedad según los casos*. La omisión de una referencia a la fundación simultánea puede explicarse porque tal vez los autores del Real Decreto estimaron que los nombramientos de administradores en la escritura fundacional debe hacerse mediante acuerdo unánime de los socios, lo que tal vez no sea completamente exacto. Sí lo es, que el estatuto debe ser consentido por todos los fundadores de donde se sigue que el minoritario puede plantear la exigencia de que el número de miembros del consejo sea tal que le permita a él, en virtud de las acciones que posee, ocupar un cargo en el consejo. Claro es que esta pretensión puede resultar inaceptable para los demás fundadores; en tal caso o se pasa por la exigencia del minoritario o la sociedad no puede constituirse, o si se constituye ha de serlo prescindiendo del futuro fundador que planteó dicha exigencia.

En la fundación sucesiva la aprobación de los estatutos corresponde a la junta constituyente como resulta de los arts. 25 y 26 de la Ley. En ellos habrá de fijarse el número de consejeros y además la Junta debe aprobar el nombramiento de las personas encargadas de la administración (*vid.* art. 25,f). Ese nombramiento implica la concreción del número de consejeros cuando los estatutos hayan señalado solamente un máximo y un mínimo, concreción que en todo caso debe hacerse, y aun preceder el nombramiento, para que los suscriptores que agrupen sus acciones puedan ejercitar su derecho.

En cuanto a las potestades de la junta para modificar el sistema de administración de suerte que el nuevo sistema sea incompatible con el derecho de representación proporcional, o para reducir el número de miembros del consejo, entendemos que la legalidad del acuerdo depende de que los minoritarios

hayan o no hecho uso de su derecho a formar parte del consejo. Si no han hecho uso de su derecho creemos que la junta es libre para adoptar cualquiera de los acuerdos mencionados. La potestad de la junta no puede quedar limitada en función de una simple posibilidad de futuro, pues no se sabe si los minoritarios podrán agrupar sus acciones (para lo que, obviamente, se necesita el consentimiento de todos los minoritarios que pretenden la agrupación) ni si desearán o no ejercer su derecho. Como se ha dicho acertadamente (41), el derecho reconocido a los grupos minoritarios no se configura como un derecho abstracto de la minoría sino que surge concretamente en cada elección a puestos del consejo. Con todo, es dudoso si puede prescindirse de un accionista que él solo ostente un número de acciones suficientes para ocupar un puesto en el consejo de acuerdo con la situación estatutaria existente antes de la modificación. Sin embargo, puede estimarse que su actitud pasiva comporta un desistimiento voluntario a ejercer su derecho, desistimiento que no es, por supuesto, definitivo pues podrá hacer uso de él si se presenta en el futuro la oportunidad, mas esta posibilidad no debe interferir las facultades de la junta, pues el sistema de representación proporcional debe estimarse como una excepción al principio general sentado por el art. 123.

115

Por el contrario, si el consejo se ha constituido en todo o en parte mediante el ejercicio del derecho a la representación proporcional estimamos que ese derecho ya no puede ser vulnerado mediante un acuerdo de la junta, sea en el sentido de cambiar el sistema de administración, sea en el de reducir el número de consejeros. También parece que ese derecho debe ser respetado por la junta si de conformidad con lo que permite el Real Derecho en su art. 2 las acciones se agrupan, aunque no haya vacantes en el momento de la agrupación, siempre que se haya hecho la notificación a que se refiere el art. 4 del citado Real Decreto.

(41) *Vid.* OLIVENCIA, en *Comentario cit.* de GARRIGUES-URÍA, II, pág. 55.

El ejercicio del derecho de representación proporcional se concreta a la designación del consejero o consejeros a que él mismo se refiere, sin que las acciones agrupadas puedan intervenir en la elección de los restantes miembros del consejo, según dispone el último inciso del art. 137 de la Ley. El art. 7 del Real Decreto dispone que la agrupación de acciones que hubieran nombrado algún miembro del consejo de administración por el sistema de representación proporcional, subsistirá durante el plazo para el que el miembro de dicho órgano hubiera sido nombrado, sin que dichas acciones puedan durante ese plazo intervenir en el nombramiento de los demás miembros del consejo. El art. 2 del Real Decreto establece que, como es lógico, sólo podrán agruparse las acciones con derecho a voto agregando que el valor de las acciones sin voto no se tendrá en cuenta para el cálculo del cociente de representación proporcional. Es decir, el porcentaje se establece entre el número de accionistas con derecho a voto que se agrupan y el capital representado por las acciones con voto. Se prevé la forma en que debe hacerse la notificación, la actuación de los accionistas agrupados en el seno de la junta; se prevé, asimismo, el nombramiento de suplentes para el caso de que, por cualquier causa, el nombrado dejara de pertenecer al consejo de administración (se pueden nombrar hasta tres suplentes sucesivos), se exige el estampillado de las acciones que hubieran hecho uso del derecho y para el caso de que las acciones estuvieran representadas por anotaciones en cuenta se dispone (art. 9-2) que la entidad encargada del registro contable, a instancias de la sociedad o de los interesados, procederá a consignar la existencia de la agrupación, las acciones que se han agrupado, la fecha del nombramiento (de los administradores nombrados por la minoría) y la duración de la agrupación.

Según el art. 140 del Reglamento del Registro Mercantil la inscripción del nombramiento de un miembro del consejo por el sistema de representación proporcional deberá expresar además de las indicaciones a que se refiere el art. 138 (es decir, las generales de todo nombramiento) la circunstancia de que el

consejero ha sido elegido por el sistema de representación proporcional, mencionando las acciones agrupadas con las que se hubiera formado el correspondiente cociente, su valor nominal, clase y serie si existiesen varias y la numeración de las mismas.

¿Qué ocurre si durante el plazo por el que fueron elegidos los consejeros se producen una vacante y el consejo decide hacer uso de la facultad de cooptación que el art. 138 le concede? ¿En qué medida juega en este caso el sistema de designación proporcional? A nuestro juicio, es preciso distinguir. Si la minoría se ha abstenido hasta entonces de hacer uso de su derecho y todos los consejeros, incluido el que cesa en el cargo, han sido elegidos por mayoría en la junta, no cabe que los minoritarios agrupen sus acciones para cubrir, si su partición lo permite, la vacante producida. La facultad de cooptación concedida al consejo por el art. 138 no conoce más límites que los que el propio art. señala y su "ratio" se encuentra en la conveniencia de que el consejo se recomponga rápidamente lo cual parece incompatible con el cumplimiento de los trámites que los minoritarios han de cumplir para acceder al consejo. Por otra parte, el Real Decreto de 17 de mayo de 1991 está dando por supuesto que la facultad de la minoría únicamente puede ejercitarse cuando es la junta la que procede a hacer los nombramientos. El tema cambia de aspecto en el caso de que algún consejero haya sido nombrado por el sistema de representación proporcional. Si es otro consejero el que causa la vacante el nombrado por la minoría, que es un consejero más, podrá intervenir en la votación que ha de tener lugar para cubrir la vacante. Si la vacante se produce porque es el consejero nombrado por la minoría el que cesa, parece que hay que reconocer a los titulares de las acciones agrupadas la facultad de nombrar al que tenga que sustituirle hasta la reunión de la primera junta general que se celebre. Entendemos que en el caso de haber sido designados suplentes sucesivos conforme permite el art. 6 del Real Decreto será el primer suplente el que haya de ocupar la vacante. No se ven razones

suficientes en este caso para coartar el derecho ya ejercitado por los minoritarios.

D) *Remoción de los administradores.*

Dispone el art. 131 de la Ley que la separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier tiempo por la junta general. La junta está obligada a destituir inmediatamente a cualquier administrador incurso en alguna de las prohibiciones consignadas en el art. 124, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieran podido incurrir, conforme al art. 133, por su conducta desleal. Los administradores que lo fueran de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general (art. 132).

118

Comenzado por la regla general conviene subrayar que la junta goza de una facultad revocatoria “ad nutum”, y, por consiguiente, no deriva del ejercicio de la misma ninguna obligación de indemnizar al consejero cesado. Las potestades de la junta en este orden no admiten ninguna limitación. El hecho de que los administradores hayan de ser nombrados por un cierto plazo (lo que ahora es obligatorio) no impide a la junta revocar el nombramiento aunque el plazo no haya transcurrido todavía. En consecuencia, son nulos los pactos que establezcan, la irrevocabilidad del nombramiento (sentencia de 3 de mayo de 1956); las cláusulas que limiten la posibilidad de revocación a la existencia de ciertas causas, o simplemente de una justa causa (sentencias de 23 de febrero y 20 de noviembre de 1967) y en general las que entorpezcan de cualquier modo la potestad de la junta. En particular no cabe que los estatutos exijan mayorías o “quorums” de asistencia reforzados para que pueda procederse a la revocación. Así lo entiende la doctrina dominante y lo declaró la sentencia de 31 de mayo de 1956.

Se estima por la doctrina mayoritaria y también por la

jurisprudencia que la revocación puede acordarse por la junta aunque el punto no figure en el temario del orden del día. Esta opinión se fundamenta en el dato de que el art. 131 dice que la junta *podrá acordar la separación en cualquier tiempo* y en el hecho de que los administradores, ante el temor de que la junta acuerde su destitución, no incluyan en el orden del día que se procederá a la revocación de los nombramientos.

El tema es dudoso. Recientemente se ha defendido con sólidos argumentos la necesidad de que conste en el orden del día la posible remoción de los administradores (42). Hay que reconocer efectivamente que en ningún precepto se exceptúan estos acuerdos de la regla general formulada por el art. 97-2 de la Ley por lo que quizás sea prudente inclinarse por un término medido. La inclusión de la separación de los administradores no estará necesitada de expresa mención cuando la junta haya sido convocada para tratar asuntos conexos como la renovación del consejo o la censura de la gestión social (ver resoluciones del 11 de febrero de 1972 y de 29 de abril de 1984 y de 26 de febrero de 1953 y de 13 de marzo de 1974). Parece asimismo que si la junta toma el acuerdo de exigir responsabilidad a los administradores, en cuyo caso y según el art. 134 no es preciso que el tema conste en el orden del día (ya veremos después las reservas que pueden formularse al precepto) será posible destituir a los administradores aunque tampoco se haga mención de ello en el orden del día.

La regla de la libertad de la junta para revocar el nombramiento de los administradores debe ceder ante el supuesto de que ciertos consejeros hayan sido designados por el sistema de representación proporcional. En efecto, si la junta gozara de la facultad de revocar esos nombramientos libremente, el derecho de la minoría podría quedar fácilmente burlado, aunque existan suplentes y éstos cubran la vacante porque por la vía de las destituciones sucesivas el nombramiento hecho por la

(42) Ver POLO que ha hecho un riguroso análisis de la jurisprudencia citada en apoyo de la tesis dominante, en *ob. cit.*, págs. 230 y sigs.

minoría quedaría en agua de borrajas. Por eso se entiende que la junta sólo puede revocar el nombramiento si existe una causa que justifique suficientemente su decisión. Independientemente de ello, la minoría por acuerdo mayoritario podrá proceder (parece que sin necesidad de alegar una justa causa) a la destitución del administrador designado por ella sustituyéndole por el suplente a quien corresponda o, en su caso, mediante el nombramiento de un nuevo administrador.

Finalmente, la sociedad está obligada a destituir a los administradores incurso en cualquiera de las prohibiciones del art. 124 así como a los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora o al administrador que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad. En ambos casos la junta puede reunirse a petición de cualquier accionista al que hay que reconocer, pues de lo contrario su derecho sería ilusorio, la facultad de pedir la convocatoria de la junta incluso por vía judicial. Del art. 132 que es el que contempla el supuesto se desprende que el nombramiento de administradores que estén incurso en alguna de las prohibiciones legales no es nulo de pleno derecho (la nulidad podría conducir a resultados sumamente inconvenientes como la ineficacia de los actos que hubiere llevado a cabo el administrador) sino únicamente que procede su inmediata destitución que debe ser acordada necesariamente por la junta que, como se ha dicho, puede ser convocada a petición de cualquier accionista.

E) *Renuncia del administrador.*

La Ley de sociedades anónimas no contempla ni regula el supuesto de cese de los administradores por renuncia al cargo para el cual fueron nombrados. Únicamente en el art. 141 al regular el régimen interno del consejo se dice que el consejo podrá aceptar la dimisión de sus consejeros. El problema principal que plantea la renuncia es puntualizar si la dimisión del administrador queda subordinada a la aceptación de la

misma por el consejo de administración (caso de que la administración de la sociedad esté encomendada al órgano colegiado) o por la junta general en el caso de administrador único, administradores solidarios o administradores mancomunados.

La doctrina más autorizada estima que la renuncia no necesita ser aceptada, de suerte que basta su notificación a la sociedad para que aquélla surta sus efectos. Se funda esta solución en el hecho de que si el administrador puede ser destituido en cualquier tiempo por la junta general, como contrapartida debe ostentar la facultad de renunciar unilateralmente al cargo (43). A favor de esta tesis cabe apelar como norma integradora al artículo 1.736 del Código civil que faculta al mandatario para renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante, aunque si este sufre perjuicios por la renuncia deberá indemnizarle de ellos el mandatario a no ser que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo. De esta suerte la aceptación vendría a suponer que se descarga al administrador de la obligación de indemnizar a la sociedad por los perjuicios que pueda irrogarle la renuncia (44).

121

La tesis de la unilateralidad de la renuncia parece venir confirmada por el art. 147 del Reglamento que no requiere la justificación de la aceptación para que pueda inscribirse la renuncia, por cuanto considera suficiente título para practicar la inscripción el escrito de renuncia al cargo otorgado por el administrador y notificada fehacientemente a la sociedad, o en virtud de certificación del acta de la junta general o del consejo de administración, con las firmas legitimadas notarialmente (legitimación que debe considerarse asimismo exigible cuando la renuncia figura en un simple escrito privado del administrador) en la que conste la presentación de la renuncia.

Sin embargo, la renuncia no puede surtir efectos, en el caso de que en virtud de la misma la sociedad quede huérfana

(43) Ver GARRIGUES-URÍA, *Comentario cit.*, II, pág. 114.

(44) En este sentido GARRIGUES-URÍA, *Comentario cit.*, II, pág. 115.

del órgano administrativo, mientras no se nombre nuevo administrador. Esta tesis viene confirmada por las resoluciones de 26 y 27 de mayo de 1992. Dicen estas resoluciones que “sin prejuzgar sobre la facultad que corresponde a los administradores para desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido y aceptado por más que la sociedad pretenda oponerse a ello (*vid.* arts. 1.732 del C.c., 141 de la Ley de Sociedades Anónimas y 147 del Reglamento del Registro Mercantil), no cabe desconocer que un mínimo de diligencia exigible en el desempeño del cargo cuando todos (los administradores) renunciaron simultáneamente, y en consecuencia no se puede proceder a los nuevos nombramientos por cooptación que prevé el art. 138 de la misma Ley, obliga a los administradores renunciantes, pese a su decisión, a continuar al frente de su gestión hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación (*vid.* arts. 127 de la Ley de sociedades anónimas y 1.737 del Código civil) lo que en el caso debatido (en el que habían presentado su renuncia todos los consejeros o el administrador único) impone subordinar la inscripción de las renunciaciones cuestionadas hasta que haya sido constituida la junta general —que los renunciantes deben convocar— para que en ella pueda proveerse al nombramiento de los nuevos administradores, evitando así una paralización de la vida social inconveniente y perjudicial, de la que aquéllos habrían de responder”. El art. 1.737 del Código civil, invocado por estas resoluciones dispone que el mandatario, aunque renuncie al mandato con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta.

De conformidad con esta doctrina registral —que como se ve no se pronuncia sobre la cuestión de fondo— parece que el consejo podrá rechazar la dimisión de los consejeros cuando en virtud de la misma el número de consejeros no dimisionarios no alcance la mitad más uno de sus componentes, con lo cual se vería imposibilitado para actuar. La no aceptación implicará la obligación del renunciante de continuar en el cargo hasta

que se reúna la junta general cuya convocatoria pueden hacer en todo caso los consejeros que no cesan.

Por supuesto, la renuncia no descarga al administrador de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir durante el desempeño de su cargo.

F) Caducidad del nombramiento.

En el derecho anterior a la nueva Ley sólo se limitaba la duración del cargo de administrador a los que hubieran sido nombrados en el acto constitutivo. La doctrina discutía si los demás nombramientos también debían quedar sujetos a un plazo de caducidad o si, por el contrario, cabía que tales nombramientos se hiciesen por tiempo indefinido. La polémica, al menos en el orden registral, había sido zanjada por la Dirección General en el sentido de admitir que los nombramientos se hiciesen por tiempo indefinido, excepto naturalmente cuando el nombramiento hubiese sido hecho en el acto constitutivo. (Véanse las resoluciones de 9 de junio de 1980, 15 de septiembre de 1981, 25 de febrero de 1983, 13 de julio de 1984 y 21 de mayo de 1986). Como esta doctrina no puede considerarse vigente porque la Ley actual somete todos los nombramientos a un plazo de caducidad es innecesario reseñar los argumentos en que se apoyaba la tesis favorable a la posibilidad de nombrar administradores por tiempo indefinido.

123

Dice, en efecto, el art. 126 de la Ley que los administradores ejercerán su cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, el cual no podrá exceder de cinco años. Podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración máxima. Ha triunfado, pues, el criterio de los que entendían que los nombramientos debían estar siempre sujetos a un plazo de caducidad. Posiblemente ha influido también el proyecto de quinta Directiva que somete a caducidad el nombramiento de los miembros del consejo de vigilancia que es el que nombra a los miembros del directorio.

El sistema de la Ley es dudosamente acertado. A favor de la necesidad de que los nombramientos caduquen después de transcurrir cierto plazo juega la consideración de que merced a la existencia obligatoria de un plazo la junta podrá renovar el consejo nombrando nuevos consejeros (o nuevos y distintos administradores) sin pasar la violencia de revocar unos nombramientos hechos sin sujeción a plazo (45). Sin embargo, frente a esta supuesta ventaja se eleva un grave inconveniente práctico. La sociedad, transcurrido el plazo, queda sin órgano de administración y por consiguiente acéfala. Sobre las posibles soluciones que plantea este problema nos remitimos a lo que diremos más adelante.

A tenor de lo dispuesto en el art. 126 los estatutos deberán fijar el plazo de caducidad de los nombramientos sin que ese plazo pueda ser superior a cinco años. Los administradores podrán ser reelegidos por períodos de la misma duración máxima que el previsto estatutariamente. Es de lamentar que la Ley, a diferencia de lo que hacía la anterior, no haya impuesto, en el caso de administración encomendada a un consejo de administración la necesidad de que tal órgano se renovara parcialmente, previsión conveniente para evitar que todos los consejeros cesen a la vez con el consiguiente trastorno que ello significa. En evitación de que esto suceda es sumamente aconsejable que los estatutos prevean la renovación parcial.

El Reglamento ha venido a resolver un problema interpretativo de la máxima importancia relativo al cómputo del plazo. El cómputo no se hace de fecha a fecha sino que el nombramiento continúa vigente hasta que vencido el plazo se celebre la primera junta general (que deberá acordar los nuevos nombramientos) o hasta que haya transcurrido el término legal para la celebración de la junta general ordinaria (art. 145-1). En el caso de miembros del consejo de administración elegidos por cooptación el número 2 del art. dice que el nombramiento

(45) Así por ejemplo GOURLAY, *Le conseil d'administration de la société anonyme*. París 1971, pág. 31.

caducará cuando haya concluido la celebración de la junta general inmediatamente siguiente al nombramiento sin que conste en el registro la aprobación por dicha junta del nombramiento del administrador cooptado. Finalmente, el propio precepto establece que transcurrido el plazo de un mes desde la caducidad de la inscripción, el registrador mercantil la cancelará de oficio mediante nota marginal. Creemos que el Reglamento se ha excedido al imponer al registrador esta obligación, de difícil cumplimiento además, pues no se alcanza a ver por qué procedimiento puede tener conocimiento oficial de que se han celebrado las juntas a que el artículo se refiere (tampoco si en virtud de previsión estatutaria la junta general ordinaria debe celebrarse antes de los seis primeros meses del ejercicio).

Subsiste el problema de saber lo que ocurre si la junta no se convoca, o si se convoca no se celebra, o si se celebra no se decide nada sobre el nombramiento de nuevos administradores y transcurre el término legal para la celebración de la junta ordinaria.

125

La aplicación draconiana de la temporalidad —obsérvese que aunque no se haya convocado ni celebrado la junta los nombramientos caducan, según el art. 145 del Reglamento cuando haya expirado el plazo para la celebración de la junta ordinaria— comporta que la sociedad no puede prácticamente operar en el tráfico, salvo que los representantes orgánicos, antes de cesar, hubiesen nombrado representantes voluntarios, puesto que la subsistencia de sus poderes no está sujeta a un plazo de caducidad ni afecta a su subsistencia, parece, que el órgano que otorgó el poder haya cesado en sus funciones. Durante la vigencia de la vieja Ley se había propuesto la teoría de la renovación tácita para el supuesto de que celebrada la junta general ésta no haya realizado nuevos nombramientos no obstante lo cual los administradores, con el conocimiento de la junta general, continúen en el ejercicio de sus funciones. La doctrina de la Dirección fue en este sentido regresiva. Las resoluciones de 24 de junio de 1968 y 30 de mayo de 1974 parecen acoger la teoría de la renovación tácita, o la de

administradores de hecho. En la segunda de las dos resoluciones citadas, la Dirección declara inscribible la escritura de revocación de facultades a un consejero delegado, designación de otro por cooptación y traslado del domicilio social a pesar de que ya había caducado el plazo estatutario que acotaba la permanencia en el cargo de dos consejeros, sin cuya presencia era imposible que el consejo se reuniera dado el número de sus miembros. La Dirección nos dice en esta oportunidad que “la actuación de un consejo de administración con una mitad de cargos en sociedades anónimas de pocos accionistas, prácticamente se reduce a un mandato prorrogado de hecho de unos cargos de administradores, cuyo cese o caducidad no podía ser automático”. Sin embargo, que la Dirección no estaba muy segura sobre la posibilidad de admitir la teoría del mandato prorrogado de hecho lo prueba que la resolución de 24 de mayo de 1974 (anterior pues en unos días a la últimamente citada) denegó la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de venta otorgada por dos consejeros delegados cuyo nombramiento había caducado.

Posteriormente, la Dirección ha endurecido su postura. Así, las resoluciones de 12 de mayo de 1978 y de 8 de febrero de 1979 estiman que “la anterior doctrina (es decir, la que se desprende de las resoluciones de 24 de junio de 1968 y 30 de mayo de 1974) es de carácter excepcional y no puede extenderse a situaciones que no sean vitales para la existencia y funcionamiento de la sociedad”. En concreto, se rechaza que expirado el plazo pueda completarse el consejo por medio de la cooptación, de donde parece resultar que lo único que cabe es que los administradores con nombramiento caducado procedan a la convocatoria de la junta general para que ésta los reelija o nombre otros nuevos.

Evidentemente y a la vista de lo dispuesto en el art. 145 del Reglamento, los administradores una vez vencido el plazo por el que fueron nombrados deben convocar junta general para que ésta proceda a efectuar los nombramientos y en el entretanto continuarán en sus funciones. Si no lo hacen así

incurrirán en responsabilidad, pero hasta que haya transcurrido el término legal para la celebración de la junta ordinaria el nombramiento debe estimarse vigente. Hoy por hoy y a la vista de la norma reglamentaria —que suaviza el rigor de la caducidad— no parece que se pueda ir mucho más lejos. Con todo, entendemos que: 1) La sociedad por medio de su junta general o de los nuevos administradores puede ratificar los actos realizados por los administradores cuyo nombramiento haya caducado. 2) La ratificación (al menos la ratificación expresa) no será necesaria cuando entre en juego el art. 1.893 del Código civil; es decir, cuando la sociedad hubiere aprovechado los resultados de la gestión o cuando ésta hubiera tenido por objeto evitar a la sociedad un perjuicio inminente y manifiesto. 3) La sociedad que haya obrado negligentemente deberá indemnizar a los terceros de buena fe los daños y perjuicios derivados de haber celebrado contratos nulos. La sociedad obra negligentemente cuando no convoque la junta general —no se olvide que la junta puede ser convocada a requerimiento de los socios conforme a los arts. 100 y 101 de la Ley— o si se reúne y no adopta ningún acuerdo sobre el nombramiento o reelección de los administradores con nombramiento caducado.

127

Digamos, para terminar, que la existencia, hoy necesaria, de un plazo que acote la duración del cargo no es óbice para que la junta pueda destituirlos. Es más, si la revocación del nombramiento afecta a todos los consejeros y su sustitución por otros cuyas circunstancias personales se detallan no es necesario que en el acuerdo conste el nombre de los administradores cesados (ver resolución de 3 de diciembre de 1991).

V. Remuneración de los administradores

Dice el art. 9,h) de la Ley que los estatutos deben expresar el *sistema* de retribución de los administradores, si la tuvieran y el art. 124-3 del Reglamento reitera que se hará constar el

sistema de retribución de los administradores si la tuvieran, añadiendo que salvo disposición en contrario de los estatutos la retribución correspondiente a los administradores será igual para todos ellos.

De estos preceptos se sigue en primer término que los administradores pueden carecer de remuneración de suerte que sólo la tendrán si los estatutos les confieren este derecho.

También parece desprenderse de dichos artículos que lo único que necesariamente debe figurar en los estatutos es el sistema de remuneración sin más concreciones. Es decir, si consiste en un sueldo, en dietas por asistencia a las reuniones del consejo, o en una participación en los beneficios, siendo lícito hacer compatibles estos sistemas. De aquí, pues, podría deducirse que tanto la retribución consistente en sueldos o dietas como en participación en los beneficios puede ser concretada en cada ejercicio por la junta general.

128 Sin embargo, el art. 130 de la Ley parece exigir más. Dispone este artículo que la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos. Cuando consista en una participación en las ganancias, sólo podrá ser detraída 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 del cuatro por ciento o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido. La norma que transcribe literalmente el 74 de la Ley de 1951, olvida mencionar ahora el dividendo preferente a que tienen derecho las acciones sin voto. Este dividendo es como mínimo del cinco por ciento, a no ser que los estatutos hayan fijado uno mayor. Es claro que este dividendo debe ser satisfecho antes de pagar a los administradores la participación que les corresponde.

La doctrina y las resoluciones de la Dirección General tienden a interpretar rígidamente la norma por lo menos en lo que se refiere a la determinación del porcentaje de participación en los beneficios por parte de los administradores. Debe concretarse en los estatutos cual sea ese porcentaje, sin

que este extremo pueda decidirlo la junta general, y sin que tampoco pueda quedar a su arbitrio si en cada ejercicio percibirán o no los administradores la participación que estatutariamente les corresponda.

Así la resolución de 29 de noviembre de 1956 rechaza la cláusula estatutaria en la que se decía que después de detraer una cantidad que la junta estime conveniente para la formación de reservas voluntarias se aplicaría un tanto por ciento de los beneficios como remuneración de los administradores siempre que lo considerase conveniente. Sin embargo de la resolución parece desprenderse la licitud de fijar un máximo (y por tanto un mínimo) a la participación en beneficios del consejo. La resolución de 26 de abril de 1989 reitera la doctrina de la resolución de 29 de noviembre de 1956 y además considera inadmisibles que se prevea en los estatutos que los administradores tendrán una remuneración fija mensual en la cuantía que acuerde la junta general, si bien la resolución parece referirse a la indeterminación de si esa retribución mensual se percibe en concepto de sueldo de derechos de asistencia “o cualesquiera otra a liquidar mensualmente”. La resolución de 18 de febrero de 1991 recuerda la necesidad de que se fije el sistema retributivo a aplicar y así rechaza una previsión estatutaria en la que se decía que 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 pueda exceder del límite máximo del diez por ciento. La Dirección estima que la expresión “en su caso” deja en el aire si los administradores tendrán o no remuneración y declara que “los estatutos, en armonía con su naturaleza de norma rectora de la entidad y con la exigencia de plenitud y especificación de 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 cual de ellos ha de aplicarse en cada momento". Por último la resolución de 22 de febrero de 1991 estrema su rigor al no considerar admisible que se señale solamente el límite máximo de la participación.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra reacia a admitir participaciones cuya cuantía no esté determinada en los estatutos. La sentencia de 29 de marzo de 1960 considera inadmisibile que después de establecer una participación del cinco por ciento de los beneficios para los administradores —perfectamente legal dice la sentencia— pueda la junta acordar otra participación no determinada exactamente en los estatutos como remuneración que corresponderá a los consejeros delegados y delegados adjuntos. Se produce en términos parecidos la sentencia de 4 de noviembre de 1961 —que más adelante será comentada—.

130

Desde otro punto de vista la jurisprudencia ha declarado nulas las cláusulas que atribuyen a los administradores un porcentaje demasiado alto en los beneficios. Dice la sentencia de 1 de julio de 1963 que si bien es cierto que, como dice la sentencia impugnada, se han cumplido en el acuerdo los requisitos formales del art. 58 y cubierto las exigencias cuantitativas del art. 74, la jurisprudencia de esta sala viene cortando los excesos que reiteradamente se vienen cometiendo por los socios mayoritarios que, abusando de su fuerza numérica y de capital, absorben los puestos directivos y de administración para asignarse pingües emolumentos con cargo a los beneficios sociales en proporción desorbitada con relación a su función, dejando para los accionistas una exigua cantidad que cubra el mínimo interés legal que ellos compensan con su condición de administradores; es evidente que asignar el 33 por ciento para tales fines resulta a todas luces excesivo y daña y perjudica a los socios minoritarios sujetos a un beneficio mínimo por próspero que sea el negocio y que también daña y perjudica a la sociedad misma, que ve restringido su crédito y hasta su

capital, cuya cotización está en razón directa del interés que produzcan sus acciones". Se trataba de una modificación de estatutos que se impugnó al amparo del art. 67 de la Ley de 1951 por entender que el acuerdo lesionaba los intereses sociales y el de los accionistas minoritarios en beneficio de los socios mayoritarios. La misma doctrina represora de los abusos se encuentra en la sentencia de 27 de mayo de 1979 en la que se considera excesivo el acuerdo asignando al presidente para el ejercicio siguiente una remuneración superior a las ganancias resultantes del ejercicio cuyas cuentas habían sido aprobadas.

Como se ve la doctrina jurisprudencial extractada no es todo lo clara y precisa que fuera de desear. De todos modos pueden aventurarse las siguientes conclusiones:

1) No cabe que el sistema de retribución pueda ser elegido por la junta y será nula cualquier previsión estatutaria en este sentido.

2) En el caso de que la remuneración consista en una participación en los beneficios, los estatutos deberán concretar el porcentaje siendo dudoso que pueda fijarse un límite máximo y un límite mínimo dentro de cuyos márgenes pueda decidir la junta.

3) Si la remuneración consistiera en cantidades fijas como sueldos o dietas parece posible (nada se dice en la jurisprudencia sobre esta variante de la remuneración) dejar su cuantía a la libre determinación de la junta. De otro modo sería necesaria una modificación estatutaria cada vez que las circunstancias aconsejaran a la vista de los resultados del ejercicio o reducir o aumentar esas retribuciones. De todos modos es también una cuestión que no está zanjada definitivamente.

Los sueldos de los administradores (o las dietas por asistencia) deben ser contabilizados como gastos del ejercicio, lo que quiere decir que en principio la sociedad debe pagarlos aunque no haya habido beneficios, en particular si los estatutos han señalado la cuantía de la remuneración. Lo contrario ocurre con la remuneración consistente en una participación en los beneficios, pues esa remuneración significa que ya se han fijado los beneficios. El tema, que acaso pudiera prestarse a

discusión bajo la vigencia de la antigua Ley que consideraba gasto “las cantidades percibidas por los administradores no comprendidas en el número anterior” salarios y sueldos (ver art. 105 b-2 de la Ley de 1951) debe considerarse resuelto en sentido negativo, es decir, la participación de los beneficios asignada a los administradores no tiene, como es lógico, el concepto de gasto, puesto que en el esquema de la cuenta de pérdidas y ganancias ha desaparecido la anterior referencia global a cualquier participación de los administradores y así en su art. 189-A-3 se refiere sólo a los sueldos, salarios y asimilados.

Cuestión compleja es la de determinar sobre qué base se calcula la participación de los administradores en los beneficios. Cabe pensar en dos sistemas, o bien el porcentaje se calcula sobre el total beneficio sin descontar nada o sobre el beneficio que reste después de hechas las deducciones por razón de las disposiciones legales o estatutarias que procedan. La doctrina —sin perjuicio de señalar la libertad estatutaria para fijar una u otra base— se inclina por la segunda solución a la vista del silencio del art. 130 que habla sólo de beneficios líquidos. Por supuesto ha de tratarse de un beneficio real; quiere decirse que si hay pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores que hayan rebajado el patrimonio líquido por debajo del capital social habrá que destinar preferentemente el beneficio obtenido en el ejercicio a enjugar esas pérdidas. Es preceptivo lo dispuesto por los números 2 y 3 del art. 213. Dice el número 2 del artículo que una vez cubiertas las atenciones previstas en la Ley o en los estatutos, sólo podrá repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto contable no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. El número 3 del precepto subraya que si hubiera pérdidas de ejercicios anteriores que hicieren que ese valor del patrimonio neto de la sociedad, fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de dichas pérdidas.

Se discute si los administradores pueden hacer efectivo su porcentaje en el caso de que por no haber logrado beneficios en el ejercicio y la sociedad acuerde el reparto de un dividendo con cargo a reservas voluntarias acumuladas. La respuesta de la doctrina más autorizada es negativa. En primer lugar, porque no se sabe si los administradores actuales han contribuido o no con su gestión a la formación de esas reservas, en segundo término, la respuesta afirmativa induciría a los administradores a forzar el reparto de esas reservas en perjuicio de la solidez económica de la sociedad (46). El argumento no es demasiado consistente si se tiene en cuenta que es la junta quien tiene competencia para decidir sobre el reparto de las reservas voluntarias a título de dividendo. Bien es verdad que en muchos casos son los propios administradores los que manejan la junta y que las reservas aunque sean voluntarias forman parte del patrimonio social. Por todo ello parece más prudente inclinarse por la negativa.

133

La doctrina se pregunta si la junta general, que es en definitiva la que ha de tomar el acuerdo que proceda relativamente al reparto de beneficios, puede de alguna manera hacer uso de aquella potestad de tal forma que interfiera, limitando o suprimiendo, el derecho estatutario de los administradores a percibir una participación en los beneficios.

Se apunta como primera posibilidad que la junta acuerde repartir un dividendo —superior al cuatro por ciento— de modo que después de repartido dicho dividendo lo que quede no sea suficiente para que los administradores puedan percibir su remuneración. A nuestro juicio, la participación estatutaria en los beneficios supone un límite a las facultades de la junta general. Al plantearse este problema se ha propuesto, sin embargo, una solución intermedia. Si el abono de la participación está prevista en los estatutos después del reparto de dividendos es claro, se dice, que mediante el recurso de convertir el beneficio íntegramente en dividendo, la junta podrá

(46) Así GARRIGUES-URÍA, *Comentario cit.*, II, pág. 98.

suprimir toda posibilidad de participación de los administradores. Contra semejante acuerdo nada podrán intentar éstos. Por el contrario, si los estatutos reconocen el derecho de los administradores a participar en la ganancia con un porcentaje determinado antes de que se reparta el dividendo —y ésta es la hipótesis más frecuente— entonces habrá que aplicar el art. 74 (ahora el 130) de la Ley en el sentido de que previamente al percibo de esa participación habrá que abonar a los accionistas el cuatro por ciento del capital desembolsado o el tipo más alto que los estatutos hubieren establecido. Pero una vez hecho esto, la junta no podrá elevar a su arbitrio ese dividendo, si tal elevación se traduce en una disminución de la participación de los administradores. En otros términos, la elevación del tipo del cuatro por ciento del dividendo puede establecerse en los estatutos, pero no puede acordarlo la junta si los estatutos no lo han previsto. La junta tiene que respetar como límite máximo el tipo fijado por la ley (el cuatro por ciento) o el tipo fijado por los estatutos si es más elevado que el legal (47).

Sinceramente no acabamos de entender el sentido de la distinción al menos tal como ha sido expuesta. Creemos que sólo si los estatutos prevén la libertad de la junta para fijar el dividendo de suerte que únicamente después de repartido éste podrán los administradores hacer efectiva su participación, podrá la junta mermar o anular el derecho de los administradores. Pero esta previsión es absolutamente infrecuente. Lo normal es que se establezca simplemente la participación que corresponda a los administradores sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 130 en cuanto a las previsiones que tienen carácter prioritario conforme a ese precepto. Es decir, la junta decidirá la detracción del porcentaje necesario para dotar la reserva legal y la estatutaria en su caso cuando fuere necesario, la distribución de los dividendos preferentes (el que corresponda a las acciones sin voto y el que represente un cuatro por ciento del capital desembolsado o el más alto que los estatutos hubieren

(47) *Vid.* GARRIGUES-URÍA, *cit.*, II, pág. 103. También POLO, *ob. cit.*, pág. 202.

establecido para remunerar a los accionistas), satisfará después el porcentaje del beneficio que corresponda a los administradores y la diferencia, si la hay podrá aplicarla a incrementar el dividendo, a acelerar la formación de la reserva legal si procede o a dotar una reserva voluntaria. Si la junta no lo hace así estaremos ante un acuerdo anulable por contradecir los estatutos y la acción impugnatoria podrá ser ejercitada por los administradores conforme resulta del art. 117-2 de la Ley que faculta a aquéllos para impugnar tales acuerdos. ¿Qué decir del acuerdo de la junta decidiendo que todos los beneficios pasen a integrar una reserva voluntaria, o lo que es lo mismo que la junta acuerde no repartir dividendos o repartirlos en una medida tan limitada que sólo cubra los dividendos preferentes? Según una autorizada opinión (48) un tal acuerdo atenta contra el derecho de los administradores, derecho que sólo cede ante las detracciones que imponía el antiguo artículo 74 de la Ley de 1951 y que ahora impone el art. 130 de la Ley vigente. Una vez realizadas esas detracciones legales, sobre beneficio restante tienen los administradores derecho de participación que no puede ser reducido ni desconocido por consecuencia de un acuerdo de la junta general que ordene la constitución de una reserva no prevista en los estatutos.

135

Se ha alegado de contrario que el derecho de los administradores a la participación en beneficios viene precisamente condicionado por la distribución entre los accionistas del dividendo mínimo, por lo que debe afirmarse en línea de principio, la soberanía de la junta general en cuanto a la distribución o reinversión de los beneficios, de tal modo que cuando se prive a los accionistas total o parcialmente de aquel dividendo mínimo, decae también el derecho de los administradores a percibir su participación, que se ve limitado, aunque sea a "posteriori", por la competencia de la junta general. Sin embargo, el acuerdo de la junta deberá ser intrínsecamente lícito, esto es deberá tener como presupuesto circunstancias o motivos que aconsejen

(48) GARRIGUES-URÍA, *cít.*, II, págs. 103 y 104.

o justifiquen la decisión de la junta de no repartir beneficios, pero no la finalidad de privar a accionistas y administradores de la participación en los beneficios lesionando sus derechos y expectativas (49).

La conclusión sería, pues, que si la junta acuerda no repartir dividendo o repartirlo en un porcentaje inferior al cuatro por ciento, el acuerdo será lícito siempre que la decisión de la junta tenga como justificación el interés social. Por el contrario, serían impugnables los acuerdos que carezcan de esta justificación y los que disminuyan la participación de los administradores por la vía de aumentar el dividendo a los accionistas a expensas de la participación de los administradores.

136

Se plantea también otra cuestión. ¿Puede la junta modificar los estatutos en el sentido de suprimir o reducir el derecho de los administradores a percibir una remuneración? La respuesta afirmativa (50) se basa en una doble consideración. De una parte se niega la existencia de un vínculo contractual entre los administradores y la sociedad, de otra, se indica que si la junta puede en cualquier momento separar a los administradores con mayor razón, mediante la modificación de los estatutos sociales, podrá suprimir o modificar esa retribución. A nuestro juicio, y como hemos sostenido anteriormente, entre la sociedad y los administradores media efectivamente una relación contractual si bien la remuneración no se establece ni puede establecerse en el contrato, pues este extremo depende de lo que al respecto decidan los estatutos. Esta circunstancia y el hecho de que quien puede lo más (que es destituir a los administradores) ha de poder lo menos (que es suprimir o reducir su remuneración) fundamentan suficientemente la respuesta afirmativa. Ahora bien, semejante acuerdo legitima plenamente a los administradores que, en vista de la modificación estatutaria, resuelvan renunciar al cargo. Esta renuncia no podría funda-

(49) Vid. POLO, *cit.*, pág. 202/203.

(50) Vid. GARRIGUES-URÍA, *Comentario cit.*, II, pág. 102.

mentar el derecho a reclamar una indemnización por el abandono del cargo, sin perjuicio, naturalmente, de la responsabilidad en que hubieran podido incurrir mientras lo desempeñaron.

Una última cuestión se refiere a la posibilidad de otorgar una retribución especial a los consejeros delegados o a los miembros de la comisión ejecutiva, habida cuenta de que entre los unos y la otra y la sociedad, representada por el consejo, se entabla una nueva relación contractual. Por nuestra parte, nos inclinamos por la afirmativa (51). El consejero delegado, escribimos, sin perjuicio de que sus poderes los reciba del órgano administrativo puede pactar con la sociedad una remuneración al aceptar el nuevo cargo que le impone una dedicación mucho más intensa que la que supone ser simplemente consejero. No hay razón alguna para distinguir, en este orden de cosas, entre el consejero delegado y el director gerente, y sostener que el primero no tiene derecho a remuneración porque es consejero y el director gerente sí porque no lo es. Seguimos pensando lo mismo. Sin embargo, nuestra opinión no ha sido compartida por la doctrina, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece contraria a dicha posibilidad. Por una parte, se niega, como ya hemos indicado antes, que entre el consejero delegado y la sociedad medie una relación jurídica laboral (de carácter especial), de otra, y en sede civil, el Tribunal Supremo no es propicio a reconocer a los administradores remuneraciones que no consten en los estatutos, especialmente si consisten en una participación en los beneficios, según resulta de las sentencias de 29 de marzo de 1960 y 4 de noviembre de 1961. Esta última sentencia dice que “la ley exige tanto la fijación de una remuneración como la forma que ha de detraerse si consiste en una participación en las ganancias, cuyos requisitos han de cumplirse en todo caso *cualquiera que sea el nombre que ostenten quienes realizan una gestión social*”.

En consecuencia hay que sostener que el consejero delegado sólo tendrá derecho a una remuneración especial si los estatutos

(51) Ver Estudios cit., I, pág. 693.

así lo disponen. Nada se opone, sin embargo, a que el consejo convenga con los consejeros delegados o con los miembros de la comisión ejecutiva una remuneración siempre que ésta provenga de la suya propia, especialmente si ésta reviste la forma de una participación en los beneficios, aunque del art. 124-7 del Reglamento en el que se dice que la retribución de los administradores será igual para todos salvo disposición contraria de los estatutos, podría deducirse que el acuerdo debe ser tomado por unanimidad o que los consejeros que voten en contra no contribuirán a la remuneración. Por supuesto esta solución no afecta a los altos empleados de la sociedad que no sean administradores en sentido estricto. Los directores generales, directores técnicos y demás altos empleados formalizan un contrato con la sociedad que hoy se rige por el Decreto Ley de 1 de agosto de 1985.

VI. Responsabilidad de los administradores

A) Principios generales.

La Ley vigente ha introducido cambios, algunos sustanciales, en esta materia en relación a como la misma se regulaba en la Ley de 1951. Las reformas fundamentales, aunque no las únicas, se refieren al grado de diligencia exigible a los administradores y al modo en que éstos responden.

La Ley de 1951 en su art. 79 decía que los administradores habrían de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, y que responderían frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. De aquí resultaba que los administradores no respondían en el supuesto de culpa leve. La referencia a la culpa grave ha desaparecido en el nuevo texto legal. El art. 127 se limita a decir en su número 1 que los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado

empresario y de un representante leal. Quiere decirse, por tanto, que los administradores responderán también del daño que hubieren podido causar aunque la culpa sea leve. Es más, del número 1 del art. 134 se desprende que los administradores responden, parece que asbtracción hecha de si cabe detectar culpa en su actuación, por el daño que se derive de los actos que hayan realizado contrarios a la ley (aunque el precepto se refiere a la ley con mayúscula eso no quiere significar que la responsabilidad de los administradores se desate sólo cuando hayan actuado contra la Ley de Sociedades Anónimas, sino también cuando hayan conculcado cualquier ley imperativa). Por otra parte, el mismo precepto confirma la vuelta al sistema normal de responsabilidad por culpa al decir que también responderán de los actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

La segunda modificación trascendental se refiere al modo en que responden los administradores. La Ley de 1951 nada decía al respecto por lo que la doctrina aplicando el principio civil de que la solidaridad no se presume (*vid.* art. 1.137 del Código civil) entendía que esa responsabilidad era mancomunada. Este criterio, dudosamente acertado, ha sido objeto de una modificación radical. El número 2 del art. 133 dispone que todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo responderán solidariamente.

Esta declaración general tiene sus excepciones. Conforme al mismo artículo quedarán exentos de responsabilidad los administradores que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución (del acuerdo), desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel. En la Ley de 1951 se decía simplemente que estarían exentos de responsabilidad los administradores que hubiesen salvado su voto. Ello había planteado algunas interrogantes, ¿era necesaria una expresa declaración de voluntad en tal sentido o bastaba simplemente el voto negativo?; ¿podía constituir la ausencia una exoneración de responsabilidad?, y en caso

afirmativo, ¿cualquier ausencia o sólo la ausencia debidamente justificada?

La nueva Ley ha pretendido eliminar estas dudas y presentar una lista exhaustiva de los supuestos en que no se incurre en responsabilidad, pero es dudoso que lo haya conseguido.

Parece que se exige cumulativamente la existencia de estas circunstancias: No haber intervenido en la adopción y ejecución del acto dañoso. Es decir, no basta que el administrador haya votado en contra del acuerdo si después participó en su ejecución. Pero además se requiere que desconozcan la existencia del acto o, alternativamente, si lo conocieron que hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel.

140

El desconocimiento del acto es perfectamente posible en caso de que la administración de la sociedad esté encomendada a varios administradores solidarios. También si de existir consejo de administración el acto fue ejecutado, por ejemplo, por el consejero delegado (sin perjuicio de que los miembros del órgano administrativo puedan incurrir en culpa "in vigilando" y probablemente también en culpa "in eligendo"). Mas ¿puede excusar su responsabilidad el miembro del consejo de administración que no asistió a la reunión? En principio parece que la respuesta debe ser afirmativa si desconoció la existencia del acto lesivo. Sin embargo, la inasistencia y el mismo desconocimiento del acuerdo pueden ser una prueba de la falta de diligencia del consejero en el desempeño de su cargo, de modo que parece lógico concluir que sólo la ausencia justificada puede determinar la exoneración de responsabilidad.

Si el administrador conoció el acto sólo queda exento de responsabilidad si prueba que hizo todo lo posible por evitar el daño, o al menos que se opuso expresamente al acto de que se trate. El primer supuesto (hicieron todo lo posible por evitar el daño) comporta dificultades evidentes en orden a la prueba. El segundo es más sencillo: basta probar que se votó en contra del acuerdo lesivo.

El art. 127-2 impone a los administradores la obligación de guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones. Se trata de una obligación derivada del genérico deber de diligencia que pesa sobre los administradores. Mas ¿quién y cuándo decide lo que constituye una información de carácter confidencial? Parece que han de ser los propios administradores los que valorando en cada caso concreto las informaciones y las consecuencias de su divulgación o su conocimiento por determinadas personas puede ocasionar daño a la sociedad deberán decidir si una determinada información industrial, comercial, financiera, bursátil, técnica, estratégica, contractual, etc., tiene ese carácter y establecer, paralelamente, el deber de secreto. Pero ello tampoco significa una libertad absoluta, ya que el uso de la misma debe hacerse precisamente en función de la diligencia del ordenado empresario y representante leal que se contempla en el párrafo primero del artículo (52). El incumplimiento del deber de guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial puede determinar la responsabilidad de los administradores en los términos del art. 133-1 de la Ley.

Por último, dicho artículo establece que no exonerará de responsabilidad (a los administradores) el hecho de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

El precepto contempla tres supuestos distintos.

El primero de ellos se refiere al caso de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado por la junta general. Caben aquí dos hipótesis distintas: que se trate de un acto de la competencia de la junta general de cuya ejecución se encarga a los administradores o que el acuerdo tenga por objeto un acto de la competencia de los propios administradores y que en cualquiera de los dos casos determine un daño para la sociedad, para los accionistas o para los acreedores. Si el acto es de la competencia de la junta general los administradores y el acto

(52) *Vid. POLO, cit.*, pág. 140.

acordado es contrario a la ley o a los estatutos tienen la obligación no sólo de no ejecutarlo sino incluso de plantear su impugnación. Cuando el acto acordado por la junta se refiera a la administración de la sociedad los administradores no tienen por qué ejecutarlo pues se trata de una ingerencia por parte de la junta en sus competencias específicas. Pero si en vez de eso lo ejecutan, y el acto resulta lesivo, el hecho de que haya sido acordado por junta no les eximirá de responsabilidad.

El segundo supuesto contempla el caso de que el acto haya sido autorizado por la junta general. También pueden aquí distinguirse dos hipótesis diferentes. Una que se trate de un acto para el cual los administradores requieran la autorización de la junta conforme a los estatutos aunque esta autorización sólo juegue a efectos internos. Pues bien, el hecho de que se haya recabado la preceptiva autorización y ésta se haya obtenido no exime a los administradores de su responsabilidad si el acto resultó lesivo. Otra que los administradores, curándose en salud, y ante la realización de actos de especial trascendencia recaben, previamente a su realización, la aprobación de la junta. Tampoco la aprobación del acto por parte de la misma exime a los administradores de responsabilidad.

El tercer supuesto, ratificación, puede subsumirse en el anterior aunque aquí la aprobación o autorización de la junta se obtenga a "posteriori".

El número 3 del art. 134 —inspirado en el antiguo art. 110 de la Ley de 1951— dispone, tal vez de modo redundante a la vista de lo establecido en el número 3 del art. 133, que la aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada. La aprobación de las cuentas no equivale pues en modo alguno a un "quitus" favorable a los administradores en el sentido de eximirles de responsabilidad. Claro está, que la sociedad puede no ejercitar la acción, sin perjuicio de que pueda hacerlo la minoría en los términos que después veremos, o renunciar a su ejercicio. Pero lo primero no quiere decir que la sociedad no pueda ejercitar la acción

mientras no prescriba, y lo segundo requiere un acuerdo expreso en el sentido de renunciar (o transigir) al ejercicio de la acción.

B) *La acción social de responsabilidad.*

Titular de la acción para exigir la responsabilidad es la sociedad y normalmente será ella la que representada por los administradores no culpables, o por los nuevos administradores (no se olvide que el acuerdo de promover la acción o de transigirla comporta la destitución de los administradores afectados) o quizá también por persona expresamente autorizada y facultada por la junta, la que asumirá el papel de parte demandante en el proceso. Mas la Ley concede también una legitimación extraordinaria a la minoría e incluso a los acreedores sociales cuando concurren determinadas circunstancias.

En términos generales el ejercicio de la acción de responsabilidad exige un acuerdo de la junta general. Esta junta tiene características especiales. En primer lugar, no es necesario que el tema figure en el orden del día de la convocatoria. Esta particularidad ha sido objeto de crítica (también la Ley de 1951 eximía de la necesidad de que el asunto constase en el orden del día) por cuanto disminuye las probabilidades de la minoría de oponerse al acuerdo de renuncia a la acción. Con todo, cabe entender que una cosa es que la junta acuerde que no procede exigir responsabilidad y otra que el acuerdo verse sobre la renuncia o la transacción. En este segundo supuesto se parte de la base de la existencia previa de un acuerdo positivo, es decir, favorable a la exigencia de responsabilidad, y por eso no tiene sentido que en la misma junta se renuncie al ejercicio de la acción, lo que parecería una farsa. De aquí la necesidad de que el acuerdo de renunciar o transigir se adopte en una segunda junta que, esta sí, deberá ser convocada de forma que se incluya en el orden del día que se somete a deliberación la renuncia o la transacción. En efecto tanto una cosa como la otra presuponen la introducción de nuevos elementos de juicio que aconsejen renunciar a la acción acordada (no parece

necesario que se haya iniciado procesalmente su ejercicio) lo que debe someterse a una nueva deliberación. Lo mismo puede decirse de la transacción.

144 En segundo término, la junta de que tratamos adoptará sus acuerdos (por lo menos si es favorable a la exigencia de responsabilidad) sin que sea preciso que concurren los “quorums” o mayorías reforzadas que acaso puedan exigir los estatutos. El art. 134-1-II dice que los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la prevista por el art. 93 para la adopción de este acuerdo (el de exigir responsabilidad). La remisión es incompleta porque el art. 93 dice solamente que la junta decidirá por mayoría en los asuntos propios de su competencia. Lo que quiere significar el art. 134 es sencillamente que el acuerdo de exigir responsabilidad puede adoptarse en todo caso por mayoría simple aunque los estatutos exijan para la adopción de acuerdos mayorías cualificadas. Debe entenderse también, aunque el art. 134 no lo diga, que el “quorum” de asistencia será asimismo el ordinario, es decir, el señalado por el art. 102, sin que sea de aplicar la norma estatutaria que en su caso establezca la necesidad de reunir un “quorum” de asistencia más elevado. Parece que si de lo que se trata es de facilitar la adopción por la junta del acuerdo dirigido a exigir responsabilidad a los administradores, no debe precisarse un “quorum” de asistencia superior al mínimo legal (53).

Mas quizás sea oportuno formular una distinción. El “quorum” de asistencia será el ordinario y no el reforzado que exijan los estatutos si consta en el orden del día de la convocatoria que el objeto de la junta (o uno de sus objetos) es exigir responsabilidad a los administradores. Nos parece, sin embargo, que si este fundamental extremo no figura en el orden del día, la junta, para quedar válidamente constituida, deberá constituirse con el “quorum” previsto estatutariamente y nos ofrece duda que el hecho de que la junta decida espontáneamente exigir responsabilidad a los administradores

(53) *Vid.* POLO, *cit.*, pág. 323.

baste para purgar el vicio existente en la constitución de la junta. Después de todo el art. 134 se limita a exigir (indirectamente) que el acuerdo se adopta por mayoría simple pero no se pronuncia respecto del “quorum”. Ahora bien, reunida la junta con el “quorum” establecido en los estatutos, si éstos postulasen además una mayoría reforzada, esta previsión estatutaria no será aplicable; bastará la mayoría simple de los accionistas presentes o representados en la junta.

Por otra parte, la junta que acuerde renunciar a la acción o transigir la cuestión, junta que, como se ha dicho, debe ser posterior y distinta de la que acuerde la exigencia de responsabilidad, no está sujeto a lo dispuesto por el art. 134-1-II y por tanto deberá cumplir la norma estatutaria que exija “quorums” o mayorías reforzadas, si los estatutos contuvieran previsiones de esa clase. El tema debe constar en el orden del día.

Derechos de la minoría.

145

Son los siguientes:

1) Según el número 2 del art. 134 la junta general podrá en cualquier momento transigir o renunciar al ejercicio de la acción, pero añade que ello sólo es posible cuando al acuerdo no se opongan accionistas que representen el cinco por ciento (o más, naturalmente) del capital social.

2) Los accionistas, dice el art. 134-3, podrán solicitar en los términos previstos por el artículo 100 la convocatoria de al junta general para que ésta decida sobre la exigencia de responsabilidad. A primera vista esta norma parece superflua porque el derecho de la minoría en este sentido aparece consagrado por el art. 100 en términos generales. De todos modos, en este caso sí, la convocatoria deberá expresar en el orden del día (por exigencia del art. 100-3) que la junta se convoca con el fin de exigir si procede responsabilidades a los administradores. En tal caso, y como ha quedado dicho, la junta podrá reunirse y adoptar el acuerdo prescindiendo de los “quorums” o mayorías especiales establecidos en los estatutos.

3) Los accionistas que representen el cinco por ciento del capital social (o un porcentaje más alto) podrán entablar por sí mismos la acción de responsabilidad, concediéndoseles, pues, una legitimación extraordinaria, en tres casos: cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad, supuesto que haya acordado ejercitar la acción, no lo hubiera hecho en el plazo de un mes contado desde la fecha del acuerdo correspondiente, o bien cuando éste hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad. Recordemos que los administradores disponen de un plazo de treinta días para convocar la junta a contar desde que se les hubiera requerido notarialmente para convocarla. Entendemos, por tanto, que ese plazo (que es plazo de espera y no de caducidad) debe transcurrir antes de que los minoritarios puedan ejercitar la acción. Es también plazo de espera y no de caducidad el de un mes a contar desde la fecha del acuerdo de exigir responsabilidad, plazo que debe transcurrir sin que la sociedad haya ejercitado la acción para que los minoritarios puedan promoverla.

La acción debe ejercitarse conjuntamente, según el art. 134, lo que quiere decir que los minoritarios deberán actuar agrupados y bajo una sola representación, produciéndose por consiguiente un supuesto de litis consorcio activo necesario. También parece indispensable para que los minoritarios puedan ejercitar la acción que hayan votado en la junta a favor de la exigencia de responsabilidad, si la junta llegó a celebrarse.

Se ha discutido si las acciones agrupadas deben permanecer en esta situación durante toda la tramitación del pleito o si este requisito no es necesario, de forma que no obsta a la prosecución de aquél que los accionistas agrupados hayan transmitido sus acciones. La tesis dominante, aunque existen opiniones autorizadas en contra, es que basta que la agrupación y, por tanto, el porcentaje mínimo requerido existan en el momento de entablar la acción.

Ha sido cuestionado, asimismo, si la agrupación de las acciones puede producirse después de celebrada la junta gene-

ral. Debe contestarse negativamente. En primer lugar, porque parece requisito indispensable que los minoritarios hayan votado a favor de la exigencia de responsabilidad y no es de recibo que los accionistas que no asistieron a la junta, que se abstuvieron en ella o que votaron en sentido negativo puedan después de la junta plantear la acción. Ciertamente, cabe que sobrevengan con posterioridad a la junta, elementos de juicio, que de ser oportunamente conocidos hubieran cambiado la opinión de los minoritarios y que, efectivamente, la cambien. Pero en este caso lo procedente es que los minoritarios soliciten la convocatoria de nueva junta. Si ésta insiste en su postura negativa, o no se convoca, a sí a pesar de acordar la exigencia de responsabilidad no entabla la acción en el plazo de un mes, los accionistas que ejercitaron su derecho después de la primera junta podrán hacerlo en contemplación de la segunda.

Derechos de los accionistas sin voto.

147

¿Pueden los accionistas sin voto tomar parte en la junta en que se discute la responsabilidad de los administradores, votar en ellas y ejercitar en su caso la acción de responsabilidad por sí solos, o unidos a otros, de tal modo que todos juntos representen el cinco por ciento del capital social?

La cuestión no es nada clara. Sin duda los accionistas sin voto pueden asistir a las juntas (también a las que aquí interesan, naturalmente) y solicitar la convocatoria de la junta general a estos efectos. Así resulta del art. 92-1 de la Ley según el cual las acciones sin voto atribuirán a sus titulares los demás derechos de las acciones ordinarias, salvo el voto. Por consiguiente, parece que podrán también ejercitar la acción de responsabilidad, si por sí solos o unidos a otros accionistas, con voto llegan al cinco por ciento del capital social y si se dan, claro es, algunos de los supuestos del artículo 134-4. Ahora bien si se estima, como debe estimarse, que en caso de haberse celebrado junta, para la exigencia de responsabilidad por parte de la minoría es menester que los minoritarios

hayan votado a favor de la exigencia de responsabilidad nos encontramos ante un círculo vicioso. Por una parte, el art. 92-1 presupone, implícitamente, la posibilidad de que los accionistas sin voto ejerciten la acción ya que atribuye a dichos accionistas todos los derechos (y, por tanto, también el que nos ocupa) de las acciones ordinarias excepto el derecho de voto. Mas si se lleva la negación del derecho de voto hasta sus últimas consecuencias se priva a los accionistas sin voto, caso de haberse celebrado junta, del derecho a exigir responsabilidad a los administradores. Varias razones inclinan el ánimo a favor de conceder a los accionistas sin voto el derecho de voto en este especial supuesto. En primer lugar, es evidente el interés de los accionistas sin voto en exigir a los administradores que reparen el daño causado a la sociedad mediante la reconstitución del patrimonio social en la medida de lo posible. En segundo término, es de tener en cuenta que la legitimación de los minoritarios se funda, como proclama expresamente el art. 134-4, en la defensa del interés social por lo que sería incongruente que los accionistas sin voto no pudieran erigirse en defensores de ese interés. Estas razones abonan la concesión del derecho de voto en las juntas de que tratamos a los accionistas que por la naturaleza de sus acciones carecen de ese derecho (54).

Legitimación de los acreedores.

La Ley de 1951 concedía legitimación a los acreedores para ejercitar la acción social de responsabilidad cuando la acción tendiera a reconstituir el patrimonio social, no hubiere sido ejercitada por la sociedad a sus accionistas y se tratase de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de sus créditos.

La Ley vigente ha mantenido la acción pero variando sus presupuestos. Dice el número 5 del artículo 134 que los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de respon-

(54) En el mismo sentido POLO, *cit.* pág. 347.

sabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o por los accionistas, siempre que el patrimonio de la sociedad resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos. Como se ve se ha eliminado —por innecesaria— la exigencia de que la acción se dirija a reconstituir el patrimonio social, porque dicha exigencia es consustancial al ejercicio de la acción de responsabilidad sea quien sea el que la ejercite. Más trascendente es la sustitución del segundo requisito —de difícil apreciación en la práctica— en el sentido de que exista un acto o acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos por otro: que el patrimonio social resulte insuficiente para el pago de los créditos.

La acción se otorga con carácter subsidiario, es decir cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o por los accionistas. Este carácter subsidiario de la acción plantea el problema de saber a partir de cuando pueden ejercitar la acción los acreedores. El problema si quiere resolverse con base en lo dispuesto en los números anteriores del artículo es casi insoluble lo que explica las vacilaciones de la doctrina a la hora de puntualizar desde qué momento podía ejercitarse la acción. A nuestro juicio, la solución del problema es ahora más sencilla. Supuesto que la acción se concede a los acreedores solamente cuando la sociedad sea insolvente parece que bastará con probar la insolvencia para que los acreedores (cada acreedor y no todos conjuntamente) puedan ejercitar la acción salvo que la misma haya sido ya ejercitada por la sociedad o por los accionistas minoritarios.

La prueba de la insolvencia no exige la declaración de quiebra. Basta con demostrar lo que constituye uno de los presupuestos materiales para pedir la declaración. Es decir, que el acreedor demuestre que dispone de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio, y que del embargo no resulten bienes libres bastantes para el pago (art. 876-1 del Código de Comercio).

Que la declaración judicial de insolvencia no sea necesaria no quiere decir que sea insuficiente. La declaración de quiebra

o de insolvencia definitiva en el caso de suspensión de pagos, permite, por supuesto, el ejercicio de la acción. Ocurre que ésta ya no podrá ser ejercitada directa e individualmente por los acreedores sino por el síndico de la quiebra o los interventores de la suspensión de pagos.

Prescripción de la acción.

150 Nada dice la Ley (tampoco la Ley de 1951) sobre cuando prescribe la acción para exigir responsabilidad a los administradores. La doctrina estimó y estima que ante el silencio de la Ley era y es procedente aplicar el art. 949 del Código de Comercio (que no ha sido derogado por las reformas que ha experimentado aquel cuerpo legal) y que dispone: "La acción contra los socios, gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años a contar desde que por cualquier motivo cesaran en el ejercicio de la administración". Al adaptar esta norma a nuestro supuesto se registran dos puntualizaciones. Si el daño se produjo antes del cese del administrador, el plazo de prescripción no empezará a correr mientras el administrador continúe en el ejercicio de su cargo. Contrariamente, si el daño se produjo después del cese del administrador pero a consecuencia de su mala gestión, será a partir de que aquél se produjo, y no desde el cese del administrador, el momento determinante del inicio del cómputo. De otra manera se produciría la paradoja de que el término de la prescripción arrancara antes de la producción del daño y por tanto antes de que la acción pudiera ser ejercitada.

La destitución automática de los administradores.

Es éste un efecto del acuerdo de promover la acción o de transigirla. Se trata de un cese automático, consecuencia de los acuerdos respectivos y que se produce al margen de la libertad revocatoria de la junta general. Se entiende que mientras la revocación obedece a que la junta ha perdido la

confianza en los administradores, aunque no necesite explicar ni justificar por qué, aquí opera una presunción en este sentido. Por lo mismo, se dice, cabe que, a pesar del acuerdo, la junta decida mantener en sus puestos a los administradores responsables, lo que naturalmente exige una decisión expresa en este sentido. Esta opinión cuenta hoy con mejor fundamento que bajo el imperio de la Ley derogada por cuanto actualmente basta la culpa leve para que la responsabilidad sea exigible. El cese en caso de transacción no se producirá si la junta que acordó el ejercicio de la acción resolvió sin embargo mantener a los administradores en sus puestos. En caso contrario y como ya el primer acuerdo opera por si la destitución no tiene sentido un segundo cese. Creemos que también ante el supuesto de transacción puede la junta acordar que los administradores cesados continúen en sus cargos. Parece que el cese automático no se produce si quienes ejercitan la acción son los minoritarios o los acreedores sociales.

151

C) *La acción individual de responsabilidad.*

El artículo 135 de la Ley, inspirado en el art. 81 de la Ley anterior, establece que “no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos”.

Son dos los principales problemas que plantea la interpretación de este precepto: determinación de los supuestos de hecho a los que es aplicable y naturaleza de la acción.

En orden al primer extremo estimamos que ha de tratarse de actos en que concurra una doble circunstancia. 1) Haber sido realizados por el administrador en el ejercicio de su cargo pero fuera de la órbita de sus poderes representativos porque de ser así la responsabilidad recaería sobre la sociedad quien podría, después, ejercitar la acción consiguiente contra el administrador. Se citan en este sentido los actos de los administra-

dores que vulneren algunos derechos esenciales del accionista (por ejemplo, negándole el acceso a la junta general, impidiéndole el derecho de voto, negándole el derecho de preferencia a la suscripción de nuevas acciones, o el pago de dividendos ya acordados, etc.), tratándose de terceros, de actos ilícitos de los administradores que causen un daño a ciertas personas (por ejemplo, induciéndoles a suscribir acciones en base de un balance falseado que atribuya a las acciones un valor que no tienen, o induciendo a conceder un préstamo a la sociedad que se encuentra en situación de insolvencia); 2) Haber causado un daño al accionista o a la tercera persona lesionada. Dice al efecto la sentencia de 21 de abril de 1981 que “el artículo 81 de la LSA (se refiere, claro es, a la de 1951) reconoce una acción individual a los socios y terceros, distinta de la acción que regula el art. 80, y tendente no a la indemnización por los administradores del daño causado al patrimonio social y ordenada a obtener la reconstitución del mismo, como garantía indirecta para el cobro por los demandantes de sus créditos, sino a indemnizarlos de los daños directamente sufridos en su patrimonio, requiriéndose, en su consecuencia, para la viabilidad de esta acción directa dos requisitos, un acto del administrador y una lesión directa a los intereses del accionista o del tercero demandante, a lo que ha de añadirse que al establecer el precepto una responsabilidad civil de los administradores, la misma ha de establecerse con fundamento en la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causa a efecto” (55).

Así las cosas no participamos de las vacilaciones de la doctrina en cuanto a la naturaleza de la acción. Consideramos que se trata de responsabilidad extracontractual y no nos parece que haya que distinguir supuestos. Por ejemplo, se ha estimado que los actos de los administradores que lesionen los derechos fundamentales de los accionistas dan lugar a respon-

(55) *Vid.* los ejemplos antes citados en GARRIGUES-URÍA, *Comentario cit.* II, pág. 196.

sabilidad contractual mientras que si el daño se causa a terceros la responsabilidad es extracontractual (56) siendo así que a nuestro entender no se ve clara la existencia de una relación contractual entre los accionistas y los administradores puesto que tal relación se refiere a la sociedad y por eso es ésta la titular de la acción social de responsabilidad (aunque excepcionalmente pueda ser ejercitada por los socios o por los acreedores) en cuanto sujeto que ha padecido el daño mientras que aquí el daño se supone originado directamente al accionista como consecuencia de un acto del administrador que desconoce un derecho de aquél.

Creemos que el grado de culpa exigible incluye el dolo, la culpa grave y la culpa leve habida cuenta de la modificación que ha experimentado la normativa legal en este punto. No creemos que esta responsabilidad sea en principio solidaria, pues la solidaridad la impone la ley para el supuesto de la acción social de responsabilidad. Tratándose, pues, de la acción individual parece claro que sólo debe responder el administrador autor del daño sin perjuicio de que si hubieran sido varios los coautores pueda pensarse efectivamente que responden solidariamente.

Supuesta la naturaleza extracontractual de la acción la misma prescribirá al año, conforme al art. 1.968-2 del Código civil.

(56) Vid. GARRIGUES-URÍA, *Comentario cit.* II, pág. 197.

LA IMPUGNACION JURISDICCIONAL DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

ÍÑIGO COELLO DE PORTUGAL

Letrado del Consejo de Estado

155

La moda no es cosa sólo para los vestidos de señora. Las modas invaden todo lo humano. Cualquier actividad social del hombre está sometida a la vanidad. Y con la vanidad, a la vaciedad de la moda.

Entre los juristas, también hay modas. No propiamente acerca de cómo se llevará la toga el próximo año, sino sobre todo en algo bastante inmaterial: los temas que se debaten.

Hay temas de discusión que están de moda. Vienen unos; pasan de moda. Y son sustituidos por otros, que son los nuevos: los que en esta nueva temporada otoño-invierno se van a llevar en las discusiones. Es lógico. No vamos a estar hablando siempre de lo mismo...

Un tema que últimamente se ha puesto de moda son las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Siempre han dado que hablar. Normalmente, en función de uno u otro aspecto material resuelto: que si la Dirección ha dicho esto; que si ha dicho aquello...

Pero ahora se habla de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado *en cuanto tales*. O sea, en cuanto que Resoluciones, mucho más que en cuanto a lo que dicen o dejan de decir.

La razón es porque hay quien se plantea el siguiente problema: si las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado son Resoluciones, *¿pueden impugnarse?* Y si pueden impugnarse, *¿cómo deben impugnarse?*

Este es el tema de moda. A él quiero referirme, intentando responder a cómo, según mi saber y entender, deben contestarse los dos anteriores interrogantes.

156

La tutela judicial efectiva

El prólogo de toda esta cuestión es una afirmación sencilla. Una de esas “verdades del barquero”, en el fondo tan difíciles de comprender. La afirmación es ésta: existe un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Este derecho fundamental, someramente enumerado en la Constitución (CE), comprende muchas cosas. Si nos atenemos a la *doctrina del Tribunal Constitucional (TC)*, podríamos decir que comprende todo lo divino y lo humano, siempre que lo tutelable haya pasado o tenga relación con la jurisdicción —real o posible— de los tribunales.

En este marco en que el TC ha sumido el ordenamiento procesal, ampliando día a día, sentencia a sentencia, auto a auto hasta dónde la “tutela” judicial puede llegar, el TC se ha convertido de hecho en un órgano de casación ordinario por la vía del recurso de amparo fundado en el art. 24 CE.

Y de la doctrina contenida en esta casación peculiar que es

hoy el recurso de amparo, hay una cosa de la que no cabe duda: toda actuación administrativa es revisable jurisdiccionalmente (1).

Surge entonces la pregunta: las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ¿son actos administrativos?

No creo que pueda sostenerse razonablemente que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado no sean actos administrativos:

1. El funcionamiento y gestión de los Registros es un servicio público.

2. La calificación es un acto realizado en ejercicio de una función pública, en el seno de ese servicio público, y con efectos de publicidad administrativa.

3. El recurso contra la calificación es un procedimiento administrativo especial (2).

4. En este recurso no hay propiamente partes (no es un proceso civil): hay una impugnación de un acto administrativo de calificación.

157

5. La intervención del Presidente de la Audiencia Territorial, cuando la cuestión es hipotecaria, no es propiamente jurisdiccional, sino que se inserta en ese mismo procedimiento administrativo (3).

6. La Dirección General de los Registros y del Notariado actúa como tal. Su competencia se ejercita en esta materia. El acto dictado se califica expresamente de resolución. Es fundado. Se aplican subsidiariamente al procedimiento los principios de la Ley de Procedimiento Administrativo.

7. En fin, son verdaderas Resoluciones. Así se denominan, y eso son.

(1) Cfr. además del art. 24 CE, el art. 106.

(2) Cfr. Decreto de 10 de octubre de 1958, art. 1, n. 7.

(3) Intervención de la que se puede prescindir sin gran escarnio para el resultado del asunto. Sinceramente, a falta de una gran experiencia, no me parece que los recursos mejoren mucho con la intervención del Presidente de la Audiencia Territorial. Además, se carga a tan altos Magistrados de un trabajo que sin duda les quita tiempo para el ejercicio de la función propiamente jurisdiccional. De hecho, en el recurso contra las calificaciones practicadas en el ámbito del Registro Mercantil, esta intervención no se da.

Ciertamente, todo lo antedicho debe afirmarse con matices especiales, por cuanto tampoco cabe duda de que la Dirección General de los Registros y del Notariado, dentro de la Administración activa, ocupa una posición especial y peculiar. Pero no tan peculiar que sus actos queden del todo desnaturalizados.

Si pues las Resoluciones son actos administrativos, y la tutela judicial efectiva ampara la defensa frente a estas actuaciones, por cuanto "*los Tribunales controlan (...) la legalidad de la actuación administrativa*" (art. 106 CE), entonces son impugnables. Ahora bien, ¿cómo?

Hacia una solución del problema

158 El fondo de la cuestión es muy simple: si las Resoluciones son actos administrativos, la lógica del ordenamiento aboca a que toda impugnación de éstos deba residenciarse necesariamente en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Pero he aquí que la misma lógica del único ordenamiento introduce un dato que no puede despreciarse: aunque se trate de verdaderos actos administrativos, el derecho material, la cuestión que se ventila, es Derecho Civil. Derecho Civil químicamente puro.

Entonces, nos encontramos con que la lógica del ordenamiento nos conduce al absurdo de que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de cuestiones reservadas por el mismo ordenamiento al orden jurisdiccional civil.

¿Qué hacer?

Antes de explicar las diversas contestaciones que se han dado para resolver esta aporía, quisiera añadir un dato de interés humano no pequeño, continuamente presente en este problema: existe cierta especialización en los órdenes jurisdiccionales que, sin romper la unidad de jurisdicción, impone como principio de ordenación (y de especialización entre los Jueces y Magistrados) que las cuestiones civiles sean del orden jurisdiccional civil, y las contencioso-administrativas, del orden

jurisdiccional contencioso-administrativo. Porque en el fondo —seamos francos—, en el temor de todos los que discuten sobre esta materia está la siguiente consideración: los Magistrados del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ¿serán capaces de resolver con solvencia los temas hipotecarios? (4).

Sea como fuere, la realidad es que éste es el tema de fondo: lo que hay en una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado es Derecho Civil vestido con un traje de actuación administrativa. ¿Quién debe llevarse el gato al agua?

Creo que todos podemos convenir en que el sentido común aboca —enfocando ahora la cuestión desde los principios, y con independencia de lo que digan las leyes—, a que los temas hipotecarios, societarios, de propiedad intelectual, y relativos al estado civil de las personas, deben ser resueltos por el orden jurisdiccional civil.

Ello no obsta para que la cuestión administrativa permanezca incólume, porque un acto administrativo puede fundarse también en la aplicación del Derecho Civil, y ojalá sucediera así más frecuentemente (5). Por tanto, hay también argumentos

159

(4) Quizá haya también algo de esto: el problema antes planteado, aparentemente teórico y mera “cuestión de moda”, pudiera esconder también detrás de sí el celo profesional —del todo justificable, por amor al propio menester— de los Magistrados de lo Civil por conservar indemne su ámbito de jurisdicción; y también en gran medida la legitimación de los Notarios para recurrir calificaciones de Registradores.

Los primeros quieren conservar para su orden jurisdiccional (o sea, para sí) todas las cuestiones civiles. Y siendo así que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado son eminentemente civiles, no hay razón alguna para que estos temas queden fuera del ámbito de su jurisdicción.

También es muy razonable que los Notarios estén interesados en este tema. No pocos de los recursos que dan lugar a las Resoluciones son promovidos por éstos. Y ello es muy comprensible: el Notario, en su asesoramiento, de algún modo también califica el negocio en que interviene profesionalmente, por lo que pone en juego su honor profesional al determinar si un negocio es factible o no, de acuerdo con el ordenamiento. Es más que razonable, por tanto, que éstos quieran conservar la “civilidad” de estos temas.

(5) No identifica al acto como administrativo el derecho aplicado, sino la intervención de la Administración, y el uso por ésta de su competencia. Otra cosa es que las más de las veces la competencia, y de ella el acto, encuentren su raíz en normas calificadas doctrinalmente como “administrativas”.

suficientes para afirmar que quien debe conocer es el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Algunos han notado este problema, y para procurar saltarse este monumental obstáculo —y dirigir la tutela jurisdiccional frente a la Dirección General de los Registros y del Notariado al orden jurisdiccional civil, en especial cuando el tema ha versado sobre cuestiones hipotecarias—, han buscado soluciones diversas.

En particular, considero un tanto peregrino que se pueda haber llegado a entender que la intervención de la Dirección General de los Registros y del Notariado es equivalente a un acto de jurisdicción voluntaria.

160 A mí me parece que esto es forzar los conceptos. El pobre artículo 1811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (6) no estaba pensado para tanto. Además, malamente puede decirse que hay intervención de un Juez, cuando quien interviene es una Dirección General. Y tampoco puede negarse que haya partes en el procedimiento administrativo contra la calificación. O que no haya cuestión alguna reclamada. Sí la hay: la calificación, en cuanto que posiblemente anómala. Por otra parte, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en nada se parece a las manifestaciones más típicas de la jurisdicción voluntaria. Y si se considera que estas funciones pueden ser realizadas por Notarios u otros funcionarios, también debe tenerse en cuenta que para ello debe haber ley que así lo habilite: y ese es precisamente el problema (7).

Así que no me cabe mucha duda acerca de que todo recurso al concepto de jurisdicción voluntaria no sería bien

(6) "Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas".

(7) Por lo demás, la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal ha eliminado el recurso de casación para los actos de jurisdicción voluntaria, dejando el art. 1822 sin contenido. Aunque esto sea una cuestión menor respecto del tema que ahora tratamos, hay que apuntar que, sin casación, cada Tribunal Superior de Justicia acabaría teniendo su propio criterio respecto de las Resoluciones de la Dirección General, lo que no es muy recomendable.

recibido para justificar que se otorgue al orden jurisdiccional civil el conocimiento de los litigios que se promuevan contra las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por lo que seguimos como estábamos: sólo caben dos soluciones: o el orden jurisdiccional civil, o el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. *¿Quid iuris?*

**Una primera aproximación al problema:
sería competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo**

Desde el punto de vista de los conceptos, personalmente entiendo que, con los principios del ordenamiento en la mano, lo primero que instintivamente aparece como solución es atribuir la competencia para conocer de la impugnación de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por las siguientes razones, en parte antes ya adelantadas:

1. El funcionamiento y gestión de los Registros es un servicio público, y *por tanto el orden jurisdiccional naturalmente llamado a entender de estos temas no es el civil.*

2. La calificación es un acto administrativo. *Y la competencia para conocer de la impugnación de los actos administrativos corresponde naturalmente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.*

3. El recurso contra la calificación es un procedimiento administrativo especial, *lo que denota que, desde un principio, nos encontramos en el ámbito del Derecho Administrativo: la impugnación de un acto administrativo (la calificación), en ejecución de un servicio público (el registral).*

4. No hay propiamente partes: *no hay litigio entre particulares. Lo que hay es una impugnación de un acto administrativo de calificación, en el que también aparece la Administración como potestior persona.*

5. La Dirección General de los Registros y del Notariado actúa como tal, en ejercicio de su competencia, produciendo un acto administrativo, que se califica expresamente de Resolución; no sólo se denominan: son verdaderas Resoluciones. *Por ello, tratándose de un acto administrativo, para impugnarlo habrá que acudir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.*

De donde puede pensarse que, atendiendo exclusivamente a los anteriores argumentos, la solución está pagada: la competencia corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Una segunda aproximación al problema: resulta competente el orden jurisdiccional civil

162

Independientemente de los anteriores argumentos, basados en conceptos y principios generalmente aceptados mucho más que en preceptos concretos de la Ley, a la hora de determinar a qué orden jurisdiccional corresponde la competencia, lo que se ha de consultar es la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

Esta, en su art. 24, atribuye siempre la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo para toda pretensión procesal dirigida contra un acto de una Administración Pública española. Siendo así que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado son actos administrativos, quienes sustentan que el orden jurisdiccional competente es el contencioso-administrativo, encuentran en este artículo, y en los principios jurídicos en que éste se basa, un importante apoyo, cuyo fundamento no se puede minusvalorar.

Pero el art. 22 de la misma LOPJ impone que *“En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1.º Con carácter exclusivo, en materia de derechos reales (...) en materia de (...) sociedades (...) que tengan su domicilio en*

territorio español (...); en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español (...)".

Aunque sea claro que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado son actos administrativos, tampoco puede dudarse de que el Derecho aplicado es, normalmente, civil (8). Y por ello, en la mayoría de los casos, por no decir en todos, el principio recogido en el art. 22 LOPJ de otorgamiento de competencia al orden jurisdiccional civil por razón de la materia en cuestiones de derechos reales o sociedades, impondrá que todo recurso sea conocido por este orden jurisdiccional, no por el contencioso-administrativo.

Por otra parte, puesto que siempre la impugnación se referirá a la "*validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español (...)*", porque lo que se impugna en todo caso será una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (esto es de lo que estamos hablando), resulta que, aunque la materia fuera otra que —por ejemplo— derechos reales, el orden jurisdiccional civil resultará siempre competente.

163

De lo antedicho, yo deduzco lo siguiente:

Si bien el instinto procesal jurídico (y en parte también los hábitos al litigar), a la vista de un claro acto administrativo, tienden a llevar el litigio al orden jurisdiccional más adaptado a este tipo de procedimientos (el contencioso-administrativo), resulta que, por causa del derecho material que se ventila, la LOPJ parece que excepciona el sistema general, y otorga la competencia al orden jurisdiccional civil, con carácter exclusivo.

Entonces, procede hacerse y resolver la segunda pregunta: ¿cómo ventilar el recurso? ¿Cómo ha de instrumentarse? ¿Con arreglo a qué procedimiento?

(8) El fondo del asunto siempre está en relación con la Ley Hipotecaria (T. Ref. de 8.II.1946); el Reglamento Hipotecario (D. 14.II.47); la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil; el Reglamento del Registro Civil (Decreto de 14 de noviembre de 1958); la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual; y las normas conexas con éstas.

Hay aquí un inconveniente práctico, de índole procesal, para sustentar la competencia del orden jurisdiccional civil: entiendo que el juicio declarativo de menor cuantía no es procedimiento idóneo para impugnar la validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro. Precisamente porque, aunque conociera del asunto el orden jurisdiccional civil, lo que se impugna es un acto administrativo, no una cuestión civil ordinaria entre partes. Y el juicio de menor cuantía no está pensado para impugnar actos administrativos.

Se plantean algunos problemas que, aunque pueden resolverse mejor o peor para llevar adelante el procedimiento, no dejan de ser problemas, y de los graves: problemas de naturaleza.

Primero, la pretensión. Lo que se debe pedir necesariamente es la impugnación de la Resolución. Pero esto es un pedimento típicamente contencioso-administrativo (porque —ya lo hemos dicho— que la jurisdicción sea civil no convierte al acto en civil: sigue siendo administrativo) (9). De donde resulta que la condena será a la Administración Pública, para un tema que hace referencia a un servicio público, y con perjuicio o beneficio de terceros posiblemente indeterminados (publicidad registral) (10).

En segundo lugar, aquí el Estado no es parte propiamente, desde un punto de vista civil. Porque no se pide al Estado una cantidad de dinero, ni la constitución de servidumbre, ni

(9) Me doy cuenta de que esto es dudoso, porque puede traerse a colación la famosa polémica, a la que ahora no es necesario hacer referencia, acerca de si la historia del Derecho Administrativo es o no, en el fondo, la historia del contencioso-administrativo; o acerca de si sigue siendo correcto hoy o no que todo el Derecho Administrativo descansa sobre el procedimiento contencioso-administrativo, y la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Mi opinión personal es que la construcción del concepto de acto administrativo es hoy suficientemente elaborada como para que se pueda decir que un acto sea administrativo formalmente (inscribir o no en un Registro, y en qué términos), aunque sus efectos materiales sean tan primordialmente civiles, y versen sobre cuestiones sobre publicidad de derechos reales, dando lugar excepcionalmente a la reserva de jurisdicción, pero de modo invertido: atribuyendo la competencia al orden jurisdiccional civil.

(10) La publicidad registral ciertamente produce efectos civiles, pero no por ello tiene naturaleza civil. En lo registral hay un aspecto de derecho público muy marcado, que no puede desdenarse. Muy en particular, por lo que hace a la publicidad.

cuestión alguna de propiedad: lo que se pide es la subsanación del funcionamiento anómalo de un servicio público. Y esto cuadra mal en un menor cuantía. En cambio, cuadra óptimamente en un contencioso-administrativo.

Por otro lado, la legitimación. Creo que aquí es más reducida. Para promover el recurso gubernativo, está expresamente legitimado el Notario autorizante de la escritura no inscrita. Pero dudo que esta legitimación, en un proceso civil, pueda ir más allá de la posición de coadyuvante (si hemos de admitir esta figura en el proceso civil), o “litisconsorte de segunda”. Porque, al no estar habilitada expresamente, y no ser el Notario titular de un derecho material propiamente dicho, es difícil reconocerle legitimación en el proceso civil, aunque la haya tenido en el recurso gubernativo, si quien verdaderamente es parte no tiene intención de litigar.

Por éstas y quizá otras razones que pudieran aducirse, es mi parecer que, para habilitar un cauce razonable a este tipo de pretensiones, habría que introducir, como proceso especial, y en el orden jurisdiccional civil, el procedimiento de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y esto es anómalo. Como antes he dicho, la raíz de la cuestión es que el acto impugnado tiene naturaleza administrativa, aunque el derecho material en que se funde, y los derechos a que dé lugar, sean civiles.

Por ello, entiendo que la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene un inconveniente grave en cuanto a que encauza una pretensión por un orden jurisdiccional que carece de proceso adecuado para ventilarla.

**Una tercera visión del problema:
resulta competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo**

Hay en el ordenamiento un bloque normativo que permite enfocar la cuestión que venimos tratando desde postulados

y prácticas ya probadas: el sistema del Registro de la Propiedad Industrial.

Este sector del ordenamiento hace ver que los problemas que nos estamos planteando no son tan nuevos como parece a primera vista: ya ha habido en el Ordenamiento un precedente normativo que, incluso después de la LOPJ, ha separado lo que es la inscripción en el Registro, de los derechos que derivan de la inscripción.

El sistema de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, es el siguiente:

Conforme a su Título V, obtenida la concesión de una patente —lo que se produce de modo definitivo por la registración—, *“cualquier interesado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, estará legitimado para interponer recurso contencioso-administrativo contra la concesión de la patente (...)”*.

166 Es decir, la inscripción en el Registro, y los términos de ésta, se entienden cuestión administrativa (acto administrativo), y consecuentemente su impugnación se ventilará ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Debe observarse que la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, es posterior a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Y que no se ha suscitado cuestión alguna en cuanto a si este orden jurisdiccional es competente o no; entre otras cosas, porque es así desde incluso antes de la nueva Ley de Patentes.

Sin embargo, la propia Ley de Patentes contiene un Título XIII, relativo a la “Jurisdicción y normas procesales”: todo un sistema procesal completo para las pretensiones derivadas del Registro.

Un sistema que comienza con esta declaración (art. 123, primera de las “disposiciones generales” de este título):

“El conocimiento de todos los litigios que se susciten como consecuencia del ejercicio de acciones, de cualquier clase y naturaleza que sean, derivadas de la aplicación de los preceptos de la presente Ley, corresponde a los órganos de la Jurisdicción ordinaria”.

O sea: la Ley de Patentes entiende que una cosa es la registración (acto administrativo), y otra cosa los derechos derivados de tal registración, cuya naturaleza civil justifica que el orden jurisdiccional competente sea el “ordinario” (el civil).

Me parece que ésta es la solución buena. Hay una fuerte analogía con lo que pasa en cuanto a la impugnación de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado: puede separarse muy razonablemente lo que es la inscripción en el Registro público de cualquier asiento, y lo que son los derechos derivados del Registro.

Así es ya hoy: a nadie se le ocurre llevar al orden jurisdiccional civil un tema derivado —por ejemplo— del Registro de la Propiedad, sólo porque el Registro es un servicio público.

Queda, no obstante, incluso para sostener esta teoría, un escollo que salvar. Y es que la cancelación del Registro es cuestión conexas con el derecho material inscrito, y que, por tanto, se practica habitualmente por los Tribunales del orden jurisdiccional civil (p. ej.: art. 38 LH).

En mi opinión, que los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional civil puedan declarar la nulidad de los asientos del registro cuando, en un proceso civil, se llega a una sentencia contradictoria con lo publicado, no obsta para que, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pueda impugnarse directamente no el contenido de lo publicado por el Registro, sino concretamente una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Porque formal y materialmente, son cosas distintas. La Dirección General de los Registros y del Notariado no publica derechos. Simplemente, habilita para inscribir, o no. O determina los términos de la inscripción. Pero el derecho material aplicado le viene dado.

Esto es, las resoluciones, por ejemplo en materia de hipoteca, no son constitutivas de hipoteca. Lo que constituye la hipoteca es la registración. Y la Dirección General lo que

habilita es la registración, no la hipoteca. La hipoteca es el efecto de la registración (precisamente por estar configurada como constitutiva, no por otra razón).

Por eso, hay un matiz que deslinda suficientemente la impugnación de la Resolución como acto administrativo, de la cancelación o modificación del registro por nulidad del asiento, que —es claro— podrá seguir siendo declarada por los Tribunales del orden jurisdiccional civil.

¿Un orden jurisdiccional idóneo?

168

Nace entonces de nuevo el miedo de si los Magistrados del orden jurisdiccional contencioso-administrativo tendrán la sensibilidad que se necesita para estas cuestiones. Porque no se puede negar —ya lo hemos dicho— que el acto administrativo que es la Resolución, en los derechos que son constitutivos, determina (indirecta pero realmente), los perfiles del derecho material. Y en las inscripciones no constitutivas, por lo menos determina el ámbito de la publicidad registral.

Pues sí: hay veces en que uno querría tener menos “tutela judicial efectiva”. Teniendo en cuenta la altísima calidad técnica y la excepcional ponderación, por todos reconocida, de la Dirección General de los Registros y del Notariado al fallar sobre las cuestiones que se le someten, hay tutela efectiva más que de sobra para afirmar que podría darse por terminada cualquier cuestión registral después de la intervención de este órgano. Pero ... ¡qué le vamos a hacer! Nuevamente, el principio de la tutela **judicial** efectiva, se vuelve en contra de la efectividad de la tutela. Aunque sólo sea porque los pleitos de calificación, para que sean firmes, y haya a qué atenerse, podrán durar aún siete u ocho años más.

Por lo que, en cuestiones registrales ¿quiere vd. tutela judicial efectiva? No, gracias. “Que me quede como estoy”.

Sea como fuere, antes o después esta cuestión quedará para la “Sala del art. 42” de la LOPJ. Ella será quien diga la última palabra. La tutela judicial será efectiva cualquiera que sea el orden jurisdiccional al que se atribuya el conocimiento de la pretensión. Porque al fin y al cabo, la tutela judicial es algo formal, no de fondo. Sólo Dios es Juez del todo justo.

EL IMPUESTO SOBRE ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS A EXAMEN (*)

CARLOS PALAO TABOADA

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
de la Universidad Autónoma de Madrid
Abogado*

171

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** FUNDAMENTO TEÓRICO DE LOS IMPUESTOS SOBRE EL TRÁFICO. **III.** FACTORES QUE HAN DETERMINADO LA EVOLUCIÓN RECIENTE DEL IAJD. **A)** *Introducción de la imposición general sobre las ventas.* **B)** *Reforma de la fiscalidad de los activos financieros.* **IV.** EL IAJD Y EL DESLINDE ENTRE EL ITP Y EL IVA: LA CUESTIÓN DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. **V.** IMPORTANCIA RECAUDATORIA. **VI.** CONCLUSIONES CRÍTICAS.

(*) Texto de la conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Madrid el día 17 de noviembre de 1992.

I. Introducción

El IAJD no es ciertamente un impuesto de moda, ni el producto de elegantes construcciones de los hacendistas, como puede ser el IVA. Por el contrario, puede decirse que es una especie de superviviente de épocas fiscalmente, si no históricamente, remotas. Sin embargo, como muchas especies en escalones bajos de la evolución biológica, se resiste a su extinción con sorprendente capacidad de resistencia y adaptación al medio. Es posible encontrarlo, en efecto, en alguna de sus variedades, en casi todos los sistemas fiscales, incluidos los de los países más desarrollados.

172

El IAJD formaría parte, en efecto, de un grupo variopinto de impuestos o gravámenes de muy diversa configuración y características, al que se da el nombre de “impuestos sobre el tráfico de bienes o de capitales” (*Kapitalverkehrsteuern*, en la literatura alemana), con lo que se pone de manifiesto que su nota común es recaer sobre actos del “tráfico jurídico”. De aquí también que los análisis que se encuentran en la doctrina hacendística sean también de una cierta generalidad, ya que no se refieren a un tipo de impuestos muy específicamente definido.

A España le cabe, junto con la dudosa gloria de haber sido la “patria de la alcabala”, es decir, del antecedente histórico de los modernos impuestos sobre las ventas, la todavía más dudosa de haber sido, si no la cuna, sí la difusora inicial en Europa de esta forma de imposición. Su origen se sitúa en Flandes e incluso se menciona el nombre de su creador, Johannes van den Broeck, y la fecha de su nacimiento, 1623. España, entonces dominadora de los Países Bajos, acoge esta nueva idea del impuesto de papel sellado o de timbre en 1636, mediante una Pragmática de Felipe IV (1). El Florecimiento de los impuestos sobre el tráfico en la época contemporánea

(1) Cfr. KLEIN, F., “Verkehrsteuern”, en *Handbuch der Finanzwissenschaft*, 2.^a ed. (Gerloff y Neumark), tomo II, Mohr, Tubinga, 1956, págs. 601 y sigs. (603).

tiene lugar primero en Inglaterra y posteriormente en los países continentales, entre mediados del siglo XIX y la primera guerra mundial (2). Posiblemente en España este florecimiento se haya producido con algún retraso.

Se ha señalado también que a fines del siglo XIX se desarrolla un “tipo románico” de imposición sobre el tráfico, consistente en la existencia de un doble gravamen: el impuesto sobre el tráfico propiamente dicho, en forma de impuesto de timbre, y un impuesto de registro, aplicable como una tasa con ocasión de la inscripción en los registros públicos (3). A este tipo pertenecen Francia, en el que se originó, Italia, Bélgica y también España, como es sabido, aunque con ciertas peculiaridades.

II. Fundamento teórico de los impuestos sobre el tráfico

173

La cuestión fundamental es la siguiente: ¿está justificada la existencia de estos impuestos en un sistema fiscal moderno? Un somero examen de la literatura hacendística arroja un resultado que va desde un escepticismo crítico a una actitud decididamente negativa. Uno de los autores más radicalmente contrarios a los impuestos sobre el tráfico es el gran hacendista alemán FRITZ NEUMARK, que fue el presidente del Comité Fiscal Financiero de la Comisión de la CEE que elaboró en 1962 el primer informe sobre la armonización fiscal europea. En un libro dedicado a estudiar los “principios de una política fiscal justa y económicamente racional” (4) afirma que la relación de dichos impuestos con la capacidad contributiva del

(2) FECHT, R., “Steuern auf den Kapital— und Zahlungsverkehr”, en el mismo *Handbuch*, 3.^a ed. (Neumark, en colaboración con Andel y Haller), Mohr, Tubinga, tomo II, 1980, págs. 887 y sigs. (888).

(3) FECHT, *op. cit.*, pág. 889.

(4) NEUMARK, F., *Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik*, Mohr, Tubinga, 1970. Hay traducción española con el título “Principios de la imposición”, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974.

obligado a su pago es “extraordinariamente problemática y, en todo caso, altamente tenue e inconcreta” y añade que “de hecho, el único fundamento perceptible para estos gravámenes es de naturaleza puramente fiscal. . . . A más tardar en el momento en que el capital resulta incidido eficazmente por impuestos sobre la renta y el patrimonio deja de tener toda justificación la existencia de los impuestos sobre el tráfico, ya que, como hemos dicho, pueden estar en contradicción con el postulado de la capacidad contributiva . . . , además prácticamente todos los gravámenes de esta clase producen efectos negativos desde el punto de vista económico y se hallan con frecuencia en abierta contradicción con metas de política económica que se tratan de alcanzar por medio de otras medidas fiscales” (pág. 147). En otro pasaje se refiere a estos impuestos desde el punto de vista de la neutralidad respecto a la competencia internacional y afirma que “su ‘armonización’ óptima equivaldría, desde luego, . . . a su supresión (también por otros motivos urgentemente deseable) en todos los Estados miembros de una comunidad económica” (pág. 279).

Otro de los grandes hacendistas que se han manifestado abiertamente en contra de los impuestos sobre el tráfico, esta vez desde la literatura norteamericana, es CARL S. SHOUP, para quien “no satisfacen varios de los criterios consensuales de equidad por un margen mayor que cualquier otro impuesto” (5). Llama SHOUP “criterios consensuales” a aquellos respecto de los cuales no existen intereses contrapuestos.

Es interesante señalar que tanto SHOUP como NEUMARK rechazan la afirmación, que se hace con alguna frecuencia en defensa de los impuestos sobre el tráfico, de que son fáciles de aplicar. “La certidumbre —dice SHOUP— existe únicamente para el contribuyente que posea una ayuda experta en el análisis de cientos de descripciones legales y reglamentarias”. La historia de estos impuestos en nuestro país y la experiencia reciente en él de su aplicación, incluso en su

(5) *Public Finance*, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1969, pág. 405.

versión actual muy simplificada, corroboran decididamente esta afirmación.

Una prolija exposición de las distintas teorías formuladas hasta entonces para explicar los impuestos sobre el tráfico se encuentra en el capítulo relativo a estos impuestos en la 2.^a edición del "Manual de Ciencia de la Hacienda" de GERLOFF y NEUMARK (1956), del que es autor FRIEDRICH KLEIN (6). Clasifica KLEIN dichas teorías en dos grupos:

— El primero está compuesto por las teorías que atribuyen a los impuestos sobre el tráfico la función de impuestos sobre determinadas magnitudes económicas, como la renta o el producto, el patrimonio, el consumo o el gasto o, finalmente, la de impuesto sustitutivo o complementario. En particular se le ha atribuido por una parte de la Ciencia de la Hacienda la función de cubrir los huecos de la imposición sobre la renta, concretamente la de gravar las ganancias de capital. Sin embargo, hoy está claro que estos impuestos son inadecuados para este fin (p. ej., aun suponiendo que el impuesto recaiga, por la repercusión económica, sobre el enajenante, el impuesto calculado sobre la ganancia de capital es tanto mayor cuanto menor sea ésta, y se aplica incluso en el supuesto de pérdida).

— El segundo grupo está integrado por aquellas teorías que buscan la justificación en conceptos de naturaleza más formal, como el de la liquidez, el incremento de valor, la diferencia subjetiva de valoración, etc.

El propio KLEIN se suma a la teoría de la capacidad contributiva, que afirma que la existencia de una específica capacidad contributiva gravada por estos impuestos, defendida por KESSLER, si bien en unos términos que tienen más de metafísica o ideología que de verdadera teoría. Se reconoce, en efecto, que el tráfico sólo permite establecer una conexión periférica o superficial con la capacidad contributiva, pero los índices directos no permiten obtener suficientes recursos; con

(6) Cit. *supra*, nota 1, págs. 608 y sigs.

lo cual, en definitiva, se recurre al argumento recaudatorio. La capacidad contributiva especial se manifiesta en la realización del respectivo acto de tráfico, lo que equivale a una petición de principio. Se reconoce, por otra parte, que en los impuestos sobre el tráfico de un sistema fiscal concreto no siempre se capta capacidad contributiva.

176 En la moderna Ciencia de la Hacienda se admite su naturaleza de impuestos sobre las ventas, y en concreto impuestos específicos sobre las ventas. Así, por ejemplo, FECHT, autor del capítulo correspondiente de la 3.^a edición del "Handbuch", dirigida por NEUMARK (1980) (7). Para HALLER, la única función posible de los impuestos sobre el tráfico en el marco de la imposición según la capacidad contributiva (es decir sobre la renta, tanto ahorrada como consumida) sería la imposición indirecta de la formación de capital desde la vertiente de la financiación, como alternativa a la imposición en la vertiente real por los impuestos sobre las ventas. Ahora bien, para cumplir esta función tendrían que hacerlo sin dejar huecos o lagunas, condición que HALLER no cree que pueda cumplirse. En este modelo se gravarían todas las operaciones relacionadas con la financiación, no las meras transformaciones de patrimonio (8).

Estos planteamientos son sumamente iluminadores, ya que muestran la necesidad de engarzar adecuadamente los impuestos sobre el tráfico con el impuesto general sobre las ventas. La generalización de éstos en los modernos sistemas fiscales ha puesto de manifiesto la endeblez teórica de estos impuestos y marca, sin duda, el comienzo de su desaparición del sistema, aunque su definitiva extinción aún pueda demorarse bastantes años. En este sentido señala FECHT que algunos de estos impuestos producen una imposición no deseada en el marco del impuesto general sobre las ventas: en la medida

(7) Cit. *supra*, nota 2.

(8) HALLER, H., *Die Steuern. Grundlinien eines rationalen Systems öffentlicher Abgaben*, 3.^a ed., Mohr, Tübinga, 1981, pág. 174.

en que gravan la inversión, complementan la imposición “tipo consumo” —forma que, como es sabido, ha adoptado el IVA europeo— haciéndola derivar hacia un impuesto “tipo renta bruta”.

Veamos ahora, para concluir este somero examen de la justificación teórica de los impuestos sobre el tráfico patrimonial, cuál fue el pensamiento inspirador de las reformas en las que se establece la configuración actual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que es el representante actual en España de esta modalidad impositiva. Para ello es necesario consultar los dos documentos básicos de esta reforma: el “Libro Verde” (“Informe sobre el sistema tributario español”) elaborado por el Instituto de Estudios Fiscales en 1973 bajo la dirección del Prof. Fuentes Quintana, a iniciativa del Ministro de Hacienda Sr. Monreal Luque, y el titulado “Sistema tributario español. Criterios para su reforma” (1976), conocido como “Libro Blanco”. Vamos a limitarnos principalmente a la modalidad del ITP que aquí nos congrega, es decir, el IAJD.

177

El Libro Verde se ocupa de la imposición indirecta en su Capítulo 9.º (tomo III) y respecto del ITP justifica su existencia con argumentos de tipo pragmático: “Cualquiera que sea la opinión sustentada respecto al fundamento teórico de los impuestos que recaen sobre las transmisiones onerosas de bienes, es lo cierto que la realidad legislativa de la mayoría de los países ha sancionado la pervivencia de dichos tributos que, por cumplir determinadas funciones de corrección y colaboración con el resto de los impuestos, resultan, prácticamente, imprescindibles” (pág. 26). Y refiriéndose en concreto al IAJD, señala más adelante que “desde el punto de vista doctrinal, el impuesto documental ha merecido críticas poco favorables, en parte por la dificultad de formular una concepción unitaria del tributo y en parte, porque la naturaleza de algunos de los gravámenes que lo integran se mueve entre la del impuesto propiamente tal y la de la tasa o canon” (pág. 156). Sin embargo, defiende su subsistencia en vista del Derecho compa-

rado y de la importancia recaudatoria del tributo que, dice, “aunque no excesiva tampoco es desdeñable”, si bien propone algún retoque técnico.

Más severo es el Libro Blanco, que admite que los impuestos sobre el tráfico patrimonial “ofrecen un flanco mucho más vulnerable a la crítica [que el Impuesto sobre donaciones, antes incluido formalmente en el ITP] . . . sin que en ningún caso se pueda hablar de una verdadera manifestación de capacidad de pago. En efecto, la pura transmisión patrimonial, cuando no es gratuita, implica simplemente una alteración en la estructura patrimonial de los participantes, sin que por sí misma suela constituir un motivo de creación de valor”. Justifica, sin embargo, su subsistencia como “exacciones puramente instrumentales”, expresión con la que parece referirse al hecho de que “la imposición sobre transmisiones patrimoniales está vinculada al marco institucional de garantías sobre la propiedad”, señalando su origen como tasas de registro (págs. 246 y sig.). A la reforma en concreto del IAJD dedica el Libro Blanco una página escasa, proponiendo retoques semejantes a los del Libro Verde.

178

De este breve examen de la literatura hacendística puede extraerse la conclusión de que el fundamento de los impuestos sobre el tráfico patrimonial en general es sumamente endeble, por no decir inexistente. Y este juicio es aplicable aún con mayor razón al IAJD que no atiende a la sustancia del acto sino a su forma. Dentro, a su vez, del impuesto documental todavía es más tenue la justificación del gravamen del artículo 31.2 del T.R., por cuanto discrimina entre unos y otros actos en función de circunstancias externas, como son la naturaleza del documento en el que se recogen y su carácter de inscribibles en determinados registros públicos. La evolución del sistema tributario español deja hoy claramente al descubierto la debilidad de los soportes teóricos de este gravamen.

III. Factores que han determinado la evolución reciente del IAJD

La evolución legislativa del IAJD, especialmente la del gravamen que aquí nos interesa en particular, el del art. 31.2 del T.R., es indicativa de esta falta de una concepción clara del impuesto en el legislador. Paulatinamente ha ido apareciendo más nítida su naturaleza de impuesto sobre el tráfico jurídico no sustancialmente distinta de la del ITP y han aflorado, por tanto, las contradicciones planteadas por su presencia en el sistema de imposición indirecta. Dos han sido, a mi juicio, los factores principales de esta evolución:

— La introducción de la imposición general sobre las ventas, su ampliación posterior y su transformación final el IVA, por un lado, y

— La evolución de la fiscalidad de los activos financieros, por otro.

179

A) *Introducción de la imposición general sobre las ventas.*

Por lo que se refiere al primero de estos dos factores, el análisis debe partir de la situación anterior a la reforma de 1964. En ella coexisten los dos grandes impuestos indirectos, el de Derechos Reales y el de Timbre, justificándose esta coexistencia por el hecho de que el primero recaía sobre la transmisión patrimonial en sí misma mientras que el segundo lo hacía sobre documento. No ha existido, por tanto, en el sistema tributario español un impuesto de registro al estilo francés o italiano.

El impuesto sobre documentos notariales del artículo 31.2 del T.R. tiene, como es bien sabido, su antecedente en el llamado “timbre gradual” sobre estos documentos, establecido en el artículo 10 del T.R. de la Ley de Timbre aprobado por D. 396/1960, de 3 de marzo. El tipo impositivo se hallaba establecido en el número 8 de la tarifa, y era gradual, efectivamente, hasta las 100.000 pesetas, convirtiéndose en fijo

o proporcional a partir de esta cantidad, y precisamente de 5 pesetas por cada 1.000 o fracción, o sea, el 0,50 por 100 actual.

A un impuesto de esta clase estaban sujetos no sólo los documentos notariales, sino también los intervenidos por Agentes mediadores colegiados. Como ya hemos indicado, el gravamen era compatible con el Impuesto de Derechos Reales, ya que formalmente era un impuesto documental.

La Ley de Reforma Tributaria de 1964 recoge esta modalidad impositiva con el tipo de gravamen del 0,50 por 100, estableciendo su incompatibilidad con los demás impuestos agrupados bajo una misma rúbrica (Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales) y además el Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas. La razón de la pervivencia de este gravamen documental "gradual" cuando los demás sobre documentos públicos desaparecen no está clara. Posiblemente se pensó que el impuesto paralelo sobre documentos mercantiles incidía sobre el tráfico de las empresas sujeto al nuevo impuesto general. La Exposición de Motivos de la Ley de R.T. de 1964 alude a "los actos jurídicos que por razón de su solemnidad o de su reflejo en la vida patrimonial no deben quedar al margen de la tributación y que, por el contrario, pueden completar el área de este impuesto", indicando seguidamente que se mantienen "tan sólo aquellos de carácter más significativo".

Es la Ley 32/1980, de 21 de junio, por la que el ITPAJD adquiere su configuración actual, la que suprime la incompatibilidad con el IGTE, en términos que pasan luego al vigente Texto Refundido. Las razones de esta supresión son oscuras. Según TEJERIZO LÓPEZ (9), tuvo "una finalidad primordial de control", pero esta explicación no convence plenamente: el método empleado parece excesivo y sin duda podría haberse

(9) "Aspectos tributarios de los préstamos documentados en escritura pública", en MARTÍNEZ LAFUENTE (director), *Estudios sobre tributación bancaria*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 737 y sigs. (743).

encontrado otro menos oneroso. Por otra parte no entraña un control más eficaz que el del impuesto controlado, si éste era el IGTE (ahora el IVA), puesto que ambos se aplican mediante autoliquidación. Finalmente, una finalidad meramente controladora hubiera debido llevar a su deducción de la cuota del impuesto controlado.

No hay que olvidar que la compatibilidad con el IGTE se establece inmediatamente después de que se hubiese sometido a este impuesto el tráfico inmobiliario empresarial por la Ley de Régimen Transitorio de la Imposición Indirecta, 6/1979, de 25 de septiembre. Es cierto que durante el resto del tiempo de vigencia del IGTE los tipos de éste aplicables a las ventas de inmuebles se fijaron en cuantías tales que la suma del tributo principal, más el recargo provincial y el IAJD sobre la escritura era igual al tipo del Impuesto sobre Transmisiones, con lo que, al menos en este concepto, era indiferente la sujeción a uno u otro. Hubiera sido más simple, no obstante, equiparar directamente los tipos impositivos suprimiendo el impuesto documental. Con la entrada en vigor del IVA desaparece esta equiparación de los tipos acumulados y la doble imposición resulta palmaria.

181

La compatibilidad con el IGTE elimina también la posible justificación del impuesto como tributo residual, destinado a gravar los hechos no sujetos a los demás impuestos indirectos, que se le atribuyó inicialmente (10).

La segunda modificación introducida en el impuesto sobre documentos notariales es el requisito de que el acto o contrato sea “inscribible en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial”. Tampoco resulta evidente la razón de este nuevo elemento del supuesto de hecho del impuesto. Para TEJERIZO (11) se trató con ello de excluir las operaciones

(10) Cfr. GARCÍA LOSADA, L., “La unificación de la carga tributaria en la actividad jurídica formalizada en instrumento notarial”, en AA.VV. *Impuestos sobre Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, págs. 337 y sigs. (363).

(11) *Op. cit.*, págs. 744 y sigs. y 752.

propias del tráfico empresarial documentadas en escritura notarial y en particular los contratos del Estado. Sin embargo, es obvio que la manera más sencilla y eficaz para conseguir esta finalidad hubiera sido precisamente mantener la incompatibilidad que la propia Ley suprimió o, en todo caso, establecer una excusión expresa en favor del Estado o de determinados contratos de éste.

Más verosímil parece que, como apunta el propio TEJERIZO (12) y parece sugerir también el Libro Blanco (13), se haya tratado de apuntalar el claudicante fundamento de este concepto tributario evocando esta figura que, como hemos señalado, nunca existió en nuestro país. Ahora bien, más que de un embrión de ella, como dice TEJERIZO, se trata en realidad de un aborto, que, de haber llegado a término, hubiera nacido con un siglo de retraso. Basta observar que el impuesto no se vincula al efectivo registro, ni siquiera a la obligación de inscribir, sino a la mera posibilidad de inscripción, requisito que se interpreta restrictivamente por la doctrina (14), aunque no por la jurisprudencia (15).

B) Reforma de la fiscalidad de los activos financieros.

El segundo de los factores antes señalados de evolución del impuesto que nos ocupa es la reforma de la fiscalidad de los activos financieros llevada a cabo por la Ley 14/1985, de 19 de mayo. Esta ley, al tiempo que recondujo los rendimientos

(12) *Ibidem*, pág. 741. Véase también, MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, 2.ª ed., Ministerio de Hacienda, Madrid, s.a. (1980), pág. 640.

(13) *Cit.*, págs. 249 y sig.

(14) *Cfr.* TEJERIZO, *op. cit.*, págs. 751 y 754 y sigs., según el cual únicamente estarían sujetos los actos y contratos inscribibles obligatoriamente.

(15) Así, la STS de 29 de octubre de 1988 declara que la norma fiscal abarca tanto los supuestos de inscripción obligatoria o constitutiva como los de inscripción voluntaria o dispositiva. Véase un extracto de esta resolución en MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, 2.ª ed., CISS Fiscal, 1992, pág. 311.

de los nuevos activos al ámbito de la tributación de las rentas del capital, disminuyó la tributación indirecta sobre ellos trasladándola del concepto “transmisiones patrimoniales onerosas” al de “actos jurídicos documentados”, pasando el tipo del 1 por 100 al del 3 por 1.000. Al mismo tiempo, la Ley de Activos Financieros introdujo, a fin de evitar la doble imposición, la exención en favor de los préstamos contenida en el número 19 del artículo 48.I.B) del Texto Refundido. La exención se hace extensiva a las transmisiones posteriores de los títulos, tomando en cuenta el doble aspecto del empréstito: la emisión o mercado primario y su documentación en títulos valores transmisibles en el mercado secundario. Esta exención, cuya redacción fue modificada en dos ocasiones —por la Ley del IVA y por la de Presupuestos para 1988—, ha originado el conocido problema de su aplicación o no al IAJD sobre las escrituras públicas de préstamo hipotecario, resuelto en principio negativamente, como es bien sabido, por el Tribunal Supremo, doctrina de la que se han separado, no obstante, algunos T.S.J., como los de la Rioja (S. de 11-10-90), Andalucía (S. de 13-6-91) y Valencia (S. de 18-1-92).

183

Este problema es sólo el último de los que ha producido constantemente este gravamen desde su establecimiento en 1964; recuérdense, por ejemplo, entre otros muchos (16) los de la sujeción a él de las escrituras de declaración de obra nueva o de la división de un edificio en régimen de propiedad horizontal, resueltos en favor de la sujeción al gravamen proporcional con criterios enormemente formalistas, que no hubieran podido seguramente mantenerse si se hubiese advertido con nitidez que el IAJD grava la transmisión. Se ha dicho, en vista de ello, que “el impuesto sigue ofreciendo, con todo, un notable factor de incertidumbre en la definición de los actos sujetos a gravamen proporcional y encubre, en potencia, una complejidad que se resiste a encontrar soluciones

(16) Véase MARTÍNEZ LAFUENTE, *Manual...*, cit., págs. 672 y sigs.

adecuadas en el corto número de preceptos que lo regulan. Esa imprecisión ha permitido que, pese a su carácter residual, no se haya resignado a su secundario protagonismo” (17). La tendencia a la supresión de la imposición indirecta sobre la emisión y negociación de activos financieros, acentuada por la Ley del Mercado de Valores, pone de manifiesto de manera clamorosa las contradicciones a que da lugar el gravamen documental, cuya aplicación depende de circunstancias ajenas a la naturaleza económica de los actos o contratos como la clase de documento empleado o su calificación como civil o mercantil.

IV. El IAJD y el deslinde entre el ITP y el IVA: la cuestión de los préstamos hipotecarios

184

Los problemas más complejos en la aplicación del gravamen proporcional sobre documentos notariales derivan de la incompatibilidad entre dicho impuesto y los de Sucesiones y Donaciones, Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Operaciones Societarias, por un lado, y de la compatibilidad *a sensu contrario* con el IVA, por otro. En particular, estas reglas de delimitación de los hechos imponibles trasladan al IAJD todos los difíciles problemas de deslinde entre los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y sobre el Valor Añadido. En torno a esta cuestión han aparecido en la doctrina, y se han recogido por la jurisprudencia, algunos planteamientos, a nuestro entender desviados, en relación con el problema, tan de actualidad en los últimos tiempos, de la tributación por el IAJD de los préstamos empresariales con garantía hipotecaria, sobre los que quizá valga la pena detenerse brevemente.

Me refiero a la distinción entre hipoteca “empresarial” y

(17) GARCÍA LOSADA, *op. cit.* (*supra* nota 10), págs. 400 y sigs.

“no empresarial” (18). Aunque la distinción no se formula con gran detenimiento, sino que casi se la da por supuesta y no necesitada de aclaración, se entiende, al parecer, por hipoteca no empresarial “la constituida por particulares”, considerándose implícitamente tales a quienes no son empresarios ni profesionales, o sea, sujetos pasivos del IVA (o, claro está, por éstos fuera del ámbito de su actividad) (19). Se considera una “obvia equivocación” la tesis según la cual la hipoteca debe calificarse a efectos fiscales en atención a la naturaleza del préstamo garantizado: “una hipoteca está o no sujeta al IVA [no] porque lo esté o no el préstamo garantizado, sino porque en ella concurren o no los requisitos de sujeción al IVA: ser una operación realizada por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad. Correlativamente, la hipoteca está o no sujeta a I.T.P. según que se realice ocasionalmente o habitualmente y en ejercicio de una actividad; no porque el préstamo garantizado esté o no sujeto a I.T.P.”. La tesis criticada “malinterpreta la tributación conjunta del préstamo hipotecario establecido en el artículo 15 del TR del I.T.P. y A.J.D. y supone que de ella se desprende que en todo caso la hipoteca y el préstamo tributan por el mismo impuesto, siendo éste el que recae sobre el préstamo” (20).

Desligada la tributación de la hipoteca de la del préstamo garantizado, son posibles las cuatro combinaciones resultantes del posible doble carácter (empresarial y no empresarial) de una y otro, con el siguiente régimen tributario:

— La hipoteca no empresarial tributaría siempre (es decir,

(18) La distinción se formula por vez primera por SIMÓN ACOSTA, E., “La tributación de los préstamos hipotecarios antes y después de su reforma en la Ley de Presupuestos de 1988”, en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, núm. 200 (1989), págs. 479 y sigs. Cfr. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “Apuntamiento de la tributación de los préstamos hipotecarios”, en *Impuestos*, 1990, II, págs. 118 y sigs. (pág. 131). En la doctrina recoge la distinción VARONA ALABERN, J. E., “IVA e ITPAJD: Delimitación de los elementos subjetivo y objetivo del hecho imponible”, en *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 65 (1989), págs. 35 y sigs. (págs. 96 y sigs.).

(19) SIMÓN, *op. cit.*, pág. 492.

(20) *Ibidem*, pág. 493.

cualquiera que sea la naturaleza del préstamo garantizado) en el ITP, por tanto la escritura no estaría sujeta a IAJD.

— La hipoteca empresarial estaría sujeta en todo caso al IVA pero exenta de este impuesto; por consiguiente la escritura estaría sujeta a AJD. Cuestión distinta es la aplicación a este supuesto de la exención del artículo 49.I,B), 19 del TR, que se contesta en sentido afirmativo.

Esta construcción se encuentra con un pequeño escollo lógico, consistente en que la hipoteca no empresarial en garantía de un préstamo empresarial, sujeto al IVA, no está sujeta al ITP en virtud del artículo 15 del TR, en contra de la tesis inicial. La dificultad se solventa de la manera siguiente: “la hipoteca tributa en ITP como préstamo; por tanto, si el préstamo tributa en IVA (con o sin exención), al tributar el préstamo en IVA ya ha tributado la hipoteca en ITP” (21).

186 Como hemos anticipado, esta tesis ha hallado eco en la jurisprudencia; concretamente en la reciente Sentencia del T.S.J. de Valencia de 18 de enero de 1992 (22). Comienza el Tribunal por rechazar la aplicación al IAJD sobre documentos notariales de la exención del artículo 49.I.B), 19 del TR (F.J. 6.º). Respondiendo después a la cuestión de si la escritura de préstamo hipotecario está o no sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas, el Tribunal expone la tesis que podemos llamar tradicional, de la vinculación de la tributación de la hipoteca a la del préstamo, en virtud del artículo 15 del TR y, por tanto, la sujeción de dicha garantía al IVA —se deduce que se trataba de lo que los partidarios de la distinción calificarían de “hipoteca no empresarial en garantía de un préstamo empresarial”. La Sentencia la rechaza en los siguientes términos (F.J. 8.º):

“Sin embargo, no debe compartirse este criterio por el Tribunal, toda vez que la hipoteca otorgada por un particular que no actúe en el

(21) SIMÓN, *op. cit.*, pág. 494.

(22) Se cita según CISS, *Jurisprudencia tributaria*, págs. 178/B-31 y sig.

desarrollo de una actividad empresarial o profesional no puede en ningún caso entenderse sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, sino que lo está al de transmisiones patrimoniales en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1.b) del Texto Refundido”.

Y extrae a continuación la siguiente conclusión del anterior análisis:

“Siendo así, y teniendo en cuenta que el artículo 15.1 a que nos hemos referido, lo que pretende es que, ante la concurrencia de dos actos gravados como son el préstamo y la hipoteca, se haga efectivo simplemente el gravamen que recae sobre el préstamo. La exoneración del gravamen que recae sobre la hipoteca, dada la sujeción en el artículo 7.1.b) a transmisiones patrimoniales, sólo puede entenderse como un supuesto de exención, pero no como un supuesto de no sujeción, y sin que el artículo 15.1.º del Texto Refundido pueda alterar el régimen de incompatibilidad previsto en las operaciones sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido y las sujetas a Transmisiones Patrimoniales Onerosas, en los artículos 3.3 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido y el artículo 7.5.º, del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones”.

187

El resultado final es que en virtud de la sujeción (aunque con exención) al ITP no procede la tributación de la escritura por AJD.

Sin negar su ingenio y su aparente rigor, esta tesis no logra persuadirnos, por la razón fundamental de que, en nuestra opinión carece de justificación la distinción entre hipoteca empresarial y no empresarial sobre la que se asienta. Desde el punto de vista del hipotecante, que es el que se toma en consideración —los defensores de la tesis criticada sostienen que la calificación debe hacerse desde esta perspectiva y no desde la del acreedor hipotecario porque esto segundo, que tendría mucho sentido, equivaldría a vincular de nuevo indirectamente la hipoteca con el préstamo—, la hipoteca es siempre una operación patrimonial singular y extraordinaria, que, aunque se haga por un empresario o profesional, en ningún caso se inserta en el “desarrollo de su actividad empresarial o profesional” (art. 3.1 Ley del IVA), es decir, en el

“giro o tráfico” de la empresa o profesión. Queda, por consiguiente, fuera del ámbito del hecho imponible del IVA, en el que, por otra parte, no tiene adecuado encaje. En efecto, tratándose de un derecho real de garantía, la constitución de la hipoteca no tiene la consideración de “entrega de bienes” (únicamente lo es la de “derechos reales de goce y disfrute”; art. 6.2, 1.º Ley del IVA). Pero su calificación como “prestación de servicios”, como se sostiene por los defensores de la tesis criticada (23), resulta enormemente artificiosa, por más que esta categoría tenga un carácter residual en el sistema del IVA. Quien constituye una hipoteca sobre su propiedad no presta ningún servicio a su acreedor; es éste quien presta el único servicio que existe, que no es otro que la concesión del préstamo.

Por otro lado, la afirmación de que el artículo 15.1 del TR del ITPAJD no es aplicable a las “hipotecas empresariales” (24) encierra una petición de principio: justamente la validez de la distinción. En realidad, el citado precepto no distingue y se refiere a las hipotecas en general, con independencia de la naturaleza del préstamo garantizado. Por consiguiente, es aplicable tanto a los sujetos al ITP como a los gravados en el IVA, sin que sea obstáculo para ello su ubicación en las normas reguladoras del primero de estos impuestos (25). De no estimarlo así, la tributación de las hipotecas en garantía de préstamos mercantiles se encerraría en un reenvío insoluble (siempre que se acepte que la hipoteca en sí misma está sujeta en todo caso al ITP y no al IVA): la sujeción de la hipoteca al ITP daría lugar a la aplicación del artículo 15, con remisión a las normas del IVA, entre las que no hay un precepto análogo, lo que llevaría la hipoteca de nuevo al ITP, y así indefinidamente.

Las anteriores disquisiciones, que tienen mucho de bizantino

(23) Cfr. SIMÓN, *op. cit.*, pág. 483.

(24) SIMÓN, *ibidem*, y pág. 494.

(25) Así lo entiende también el Tribunal Supremo. Véase la S. de 2 de octubre de 1989, F.J. 2.º (*Impuestos*, 1990, I, pág. 740).

y, desde luego, constituyen un paradigma del conceptualismo más exacerbado, ilustran perfectamente acerca del tipo de problemas que se suscitan cuando los impuestos se convierten en creaciones jurídicas artificiosas alejadas de todo contacto con la realidad económica.

V. Importancia recaudatoria

Como hemos visto, uno de los argumentos que se aducen en defensa de los impuestos sobre el tráfico de bienes en general es su importancia recaudatoria.

Algunos datos nos permitirán contrastar estas afirmaciones con la realidad (26):

— En 1990 se recaudaron por el Estado 90.901 millones de pesetas por el ITPAJD, de los que 53.292 corresponden al ITP y 37.609 al IAJD.

— Estas cantidades equivalen al 1,01 por 100 del total de ingresos por impuestos directos e indirectos del Estado, del que el 0,42 por 100 corresponde al IAJD. El porcentaje en 1989 fue del 0,98.

— Sobre el total de impuestos indirectos al ITPAJD representó el 2,26 por 100 en 1990 y el 2,18 por 100 en 1989. La parte correspondiente al IAJD fue en 1990 el 0,94 por 100.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, el hecho de la cesión del ITP a las Comunidades Autónomas, que se amplió por la Ley 32/1987, de 22 de diciembre, al IAJD. Respecto de las Comunidades Autónomas, el IAJD representó en 1989 y 1990 en torno al 25 por 100 de los tributos cedidos (23,90 por 100 en 1989 y 24,47 en 1990) descendiendo al 19,6 por 100 en 1991. La recaudación de las Comunidades Autónomas por el IAJD representó porcentajes muy elevados, próximos al 80 por 100, de la recaudación

(26) Los tomamos de la *Memoria de la Administración tributaria 1990*, Secretaría de Estado de Hacienda. Los datos correspondientes a 1990 tienen carácter provisional.

total (Estado y Comunidades Autónomas) por dicho impuesto (78,1 por 100 en 1989; 78,7 por 100 en 1990; y 77 por 100 en 1991).

En resumen, la importancia recaudatoria del impuesto es muy reducida y decreciente para el Estado y considerable para las Comunidades Autónomas, por lo que todo proyecto de reforma deberá tomar en consideración sus efectos sobre la financiación autonómica.

No poseemos datos desagregados que muestren el peso relativo de los distintos conceptos dentro del propio IAJD, y en particular el del gravamen proporcional sobre documentos notariales.

VI. Conclusiones críticas

190

Todas las consideraciones precedentes apuntan claramente hacia la supresión o, al menos, la profunda transformación del gravamen proporcional sobre documentos notariales. Si en general todos los impuestos sobre el tráfico patrimonial tienen, como hemos visto, un fundamento teórico muy débil, esta debilidad es todavía mayor en el impuesto indicado, que está confusamente concebido y técnicamente mal diseñado, produciendo con toda probabilidad distorsiones sensibles en la circulación de bienes y en los mercados de capitales, a través, por ejemplo, del encarecimiento de los préstamos hipotecarios.

La medida más defendible sería, por tanto, la supresión de plano de la figura. Alternativamente cabría convertirla en un impuesto o tasa de registro, vinculada a la efectiva registración de los documentos y con un tipo reducido, que no plantease problemas de doble imposición.

La reforma mínima sería el restablecimiento de la incompatibilidad con el impuesto general sobre las ventas. Con ella se eliminaría la doble imposición actual, quedando el impuesto reducido a su originaria función de tributo residual, para gravar

los hechos no sujetos a los otros impuestos indirectos, como la cancelación de hipotecas o la transformación de sociedades, después de la Ley 29/1991 (27), si bien tiene escaso sentido repescar con un tributo subsidiario los hechos imponibles que el legislador deja libres de impuesto en el tributo principal.

(27) Cfr. MARTÍNEZ LAFUENTE, "La Ley 29/1991, de 16 de diciembre, y su incidencia en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados", en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 1, 1992, págs. 91 y sig.

REFLEXIONES SOBRE LOS DIVIDENDOS IN NATURA FACULTATIVOS

CÁNDIDO PAZ-ARES

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid*

193

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** OFERTA ANTICIPADA DE DACIÓN EN PAGO. **III.** OBLIGACIONES ALTERNATIVAS. **IV.** OBLIGACIONES FACULTATIVAS. **V.** CONSIDERACIONES FINALES.

I. Introducción

En el número anterior de esta revista publiqué un trabajo sobre los dividendos en especie, en el que traté de sistematizar la discusión sobre la materia y ofrecer las directrices que deben gobernar su tratamiento (1). Esas mismas directrices, sobre cuya validez no he encontrado razones para dudar, pueden servirnos ahora para abordar el análisis de un grupo de casos —al que podemos referirnos bajo la expresión impropia de “distribución de dividendos *in natura* facultativa u optativa”— que en el estudio precedente no fue objeto de consideración (2). Me refiero a aquellos supuestos en que la distribución de dividendos se configura de modo tal que se deja en manos del accionista la posibilidad de optar entre satisfacer su interés en dinero o satisfacerlo por medio de otras especies determinadas de bienes. El problema que suscitan tales combinaciones estriba en determinar si la junta general ordinaria que resuelve sobre la aplicación del resultado puede alcanzar, al amparo de las competencias que le reservan los arts. 91, 213 y 215.2 LSA, ese resultado práctico. La respuesta, a nuestro juicio, depende de cómo se construya en cada caso la distribución facultativa de dividendos *in natura*. Las posibilidades —según veremos a continuación— son de muy variada índole.

194

II. Oferta anticipada de dación en pago

La primera técnica de la que podría echar mano la sociedad para lograr el fin apetecido consiste en acompañar la distribución ordinaria del dividendo de una oferta anticipada de

(1) V. C. PAZ-ARES, “Aproximación al estudio de los dividendos en especie”, RJN 3 (1992), pp. 207 ss.

(2) Agradezco al prof. Angel Rojo haber llamado mi atención sobre esta fenomenología. También agradezco a los responsables de la *Revista Jurídica del Notariado* y, en especial, a Ignacio Solís, las facilidades que me han brindado para incluir estas notas que completan el estudio anterior en el número inmediatamente posterior de la revista.

dación en pago. La hipótesis que trato de presentar se verifica cuando la junta general, una vez que ha determinado la porción del beneficio neto que va a repartir como dividendo, acuerda ofrecer en pago del mismo determinadas especies de bienes, de suerte que si el accionista acepta el *aliud* que se le ofrece y con él el subrogado del pago, la deuda derivada del dividendo se extingue por dación en pago.

1. El problema que suscita un acuerdo de esta naturaleza consiste en averiguar si la junta general de accionistas es competente para formular directamente una oferta de *datio in solutum*. El interrogante merece, a nuestro parecer, una respuesta resueltamente negativa. La razón estriba en la falta de poderes de representación de la junta general (3). En efecto, en la hipótesis que discutimos tiene lugar una oferta negocial de la sociedad dirigida a los socios (como titulares del derecho al dividendo y, por ende, como terceros), cuya validez requiere que el órgano que la emite —la junta general— pueda actuar *ad extra* en nombre de la sociedad (4). En consecuencia, faltando esa facultad representativa, la operación no es viable en los términos descritos, que presuponen la eficacia externa de la resolución de la junta.

195

2. Cuestión distinta es si la junta puede deliberar sobre la materia de manera eficaz en el ámbito puramente interno. El problema entonces consiste en dilucidar si el acuerdo por el que la junta dispone que en pago de los dividendos se realice en favor de los titulares del derecho del dividendo una

(3) La cuestión, a la vista del art. 128 LSA, no admite dudas: en la literatura más reciente v., por todos, R. URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y J. M. MUÑOZ PLANAS, *La junta general de accionistas* (tomo V del “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles” dirigido por R. Uría, Aurelio Menéndez y M. Olivencia), Madrid 1992, pp. 42-43; en la jurisprudencia registral destaca la RDGRN 31-X-1989.

(4) La caracterización del derecho al dividendo como derecho del socio en calidad de tercero tampoco ofrece dudas en el estado actual de la doctrina: v., por todos, F. SÁNCHEZ CALERO, *La determinación y distribución del beneficio neto en la sociedad anónima*, Roma-Madrid 1955, pp. 144 ss. y R. ILLESCAS ORTIZ, *El derecho del socio al dividendo en la sociedad anónima*, Sevilla 1973, p. 105; etc.

oferta de *datio in solutum* cae dentro de las facultades que le reserva el art. 215.2 LSA. La respuesta, a nuestro juicio, es también, muy probablemente, negativa. El tenor del mencionado precepto no debe llamarnos a engaño. El hecho de que habilite a la junta para establecer “la forma de pago” del dividendo no significa que la habilite para acordar la operación que examinamos. El precepto se refiere sólo a la determinación del contenido esencial (cantidad y calidad) y accidental (fecha de pago, etc.) de la obligación social de satisfacer el dividendo o, lo que es lo mismo, la determinación del derecho del socio al dividendo, que precisamente se constituye en virtud del acuerdo de la junta y en los términos en que éste se produzca. De la competencia que el art. 215.2 LSA confía a la junta general quedan fuera —según creemos percibir— las previsiones externas a la configuración del derecho al dividendo y, en concreto, las relativas a los distintos negocios solutorios que pueden celebrarse con cada accionista para regular el pago de la obligación social. Esta es una materia que, a nuestro modo de ver, se inserta inequívocamente dentro de la gestión ordinaria del órgano administrativo (5).

3. Cuestión también distinta es si, no obstante ser un acto de gestión que escapa a sus competencias legalmente especificadas, puede la junta intervenir de algún modo en la previsión de una oferta de dación en pago encaminada a saldar la deuda del dividendo. Planteado en estos términos, el tema nos introduce de lleno en la disputada cuestión relativa a la delimitación de competencias entre el órgano administrativo y el órgano soberano, sobre la que, como es natural, no puedo extenderme ahora (6). Me limitaré a efectuar un par de precisiones. En principio, parece que no debiera haber problemas en admitir la eficacia interna del acuerdo que nos ocupa si los estatutos

(5) Cfr. PAZ-ARES, RJN 3 (1992), p. 228.

(6) Para una excelente exposición del estado de la cuestión y de la problemática implicada, v. G. ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Madrid 1982, pp. 490 ss.

hubiesen reservado esta específica competencia a la junta (7). Pero ante el silencio de los estatutos, la respuesta no es nada fácil. La opinión más generalizada se inclina por estimar vinculantes las instrucciones impartidas por la junta en relación a actos de administración determinados (8). Un sector minoritario patrocina, en cambio, criterios más rigurosos y, en definitiva, niega la posibilidad de injerencias de la asamblea en la gestión social, que considera reservada de modo exclusivo al órgano de administración (9). No es mi propósito tomar partido en esta discusión, aunque, dadas las coordenadas en que se sitúa nuestro ordenamiento y la estructura de las sociedades sobre las que se proyecta, no puedo ocultar una cierta predilección por las tesis menos restrictivas. El art. 133.3 LSA, que ahora podría invocarse en favor de la tajante división de funciones entre los órganos de la sociedad anónima, representa, a mi entender, un obstáculo más aparente que real. El precepto habilita ciertamente a los administradores para efectuar un control de diligencia (y de legalidad), pero en ningún caso le autoriza para realizar un control de oportunidad de la iniciativa acordada por la junta. Siempre que la puesta en práctica de la iniciativa no pueda reputarse negligente (o ilegal), la administración social queda vinculada por la resolución de la asamblea (10). Si esta reconstrucción no es inexacta, la adopción por parte de la junta de una oferta anticipada de dación en pago, aunque no tendría eficacia inmediatamente ejecutiva, vincularía al órgano administrativo (11).

(7) En sentido contrario, v., no obstante, I. LOJENDIO, "Delimitación de competencias entre los órganos de la sociedad anónima y modificación del balance", RDM 1976, pp. 281 ss., esp. 310 ss.; para una aguda crítica v. ESTEBAN VELASCO, *Poder de decisión*, pp. 505-506.

(8) Cfr. J. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid 1952, p. 284; J. GARRIGUES/R. URÍA, *Comentario de la Ley de Sociedades Anónimas*, I, 3.ª ed., Madrid 1976, pp. 571 ss.; ESTEBAN VELASCO, *Poder de decisión*, p. 505; URÍA/MENÉNDEZ/ MUÑOZ PLANAS, *Junta general*, pp. 43-44.

(9) Cfr. LOJENDIO, RDM 1976, pp. 310 ss.; F. VICENT-CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I-1, 3.ª ed., Barcelona 1991, p. 576.

(10) Cfr. G. ESTEBAN VELASCO, voz "Junta general", *Enciclopedia Jurídica básica "Civitas"*, en preparación.

(11) El tema reviste cierta importancia para juzgar la regularidad de la llamada "reinversión de dividendos", que se sustancia a través de una oferta de dación en pagos

III. Obligaciones alternativas

198

La segunda posibilidad que se le brinda a la sociedad para organizar jurídicamente la distribución facultativa consiste en recurrir a la técnica de las obligaciones alternativas. La junta, al adoptar el acuerdo de aplicación del resultado, puede construir el derecho del socio y, por tanto, la obligación de la sociedad de satisfacerlo como una obligación cuyo objeto sea, indistintamente, dinero o bienes de una especie determinada. De este modo, la resolución de la junta configura a cargo de la sociedad una obligación alternativa en sentido propio (art. 1.131 C.c.). El negocio constitutivo de la obligación contempla, en efecto, diferentes prestaciones —dinero o determinadas especies de bienes— en forma disyuntiva, de las cuales el deudor —la sociedad— sólo debe cumplir una. El fin buscado es también el fin propio de las obligaciones alternativas: dejar un cierto margen de maniobra al titular del *ius electionis* (el accionista: v. art. 1.132 C.c.). Jurídicamente, lo propio o específico de esta clase de obligaciones está en el hecho de que las dos prestaciones —dinero y otras especies— forman parte del débito: *plures res sunt in obligatione, una autem ist in solutione* (12). Aquí estriba la diferencia con las facultativas, en las que como veremos más adelante, la obligación sólo se proyecta sobre una prestación determinada.

A la constitución por parte de la junta que resuelve sobre

y que, en nuestra práctica financiera, viene siendo adoptada normalmente por la junta general que resuelve sobre la aplicación del resultado (sobre la materia v., ahora, C. PAZ-ARES, "La reinversión de dividendos", RGD 1992, pp. 10079 ss.). No obstante, aunque debiera prevalecer la tesis más restrictiva, la práctica no quedaría en entredicho (llevadas las cosas al extremo, podría incluso predicarse una conversión del acuerdo: v. *infra* nt. 19).

(12) Sobre las obligaciones alternativas, v., por todos, L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, 2.^a ed., Madrid 1983, pp. 501 ss. Los tratamientos monográficos de que dispone nuestra doctrina más moderna se deben a J. RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, Madrid 1982, y M. ALBALADEJO, "Comentario a los arts. 1.131-1.136", vol. XV-2 de la obra de su dirección *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid 1983, pp. 115 ss. En la literatura menos reciente, v. A. HERNÁNDEZ GIL, "Naturaleza de la obligación alternativa", RDP 1942, pp. 549 ss.

la distribución del resultado de una obligación alternativa configurada en los términos que venimos examinando no parece que puedan oponérsele reparos sustanciales. Ciertamente, la obligación alternativa, al tener *también* como contenido bienes en especie, genera un supuesto de distribución de dividendos *in natura*. Por ello, *prima facie* e invocando nuestras propias conclusiones —que, a falta de autorización estatutaria, niegan a la junta la posibilidad de repartir *in natura* el beneficio social (13)—, cabría argüir que la práctica es jurídicamente inviable. Semejante conclusión, sin embargo, sería precipitada. Para aperecernos de ello conviene recordar que la imposibilidad de que la junta decida un reparto del dividendo *in natura* no viene dado por el carácter estructuralmente dinerario del dividendo (14), sino por la circunstancia bien distinta de que el socio tiene un derecho derivado del contrato a que le sea satisfecho el dividendo y que le sea satisfecho precisamente en dinero (15). Es por tanto la necesidad de tutelar la posición del socio lo que conduce a rechazar las distribuciones *in natura* simples o forzosas y, al propio tiempo, lo que permite salvar de la prohibición las distribuciones *in natura* facultativas. En este sentido hemos de recordar que la atribución al socio del *ius electionis* inherente a la obligación alternativa, le garantiza de modo pleno su derecho a hacer efectivo el dividendo en dinero, y, en consecuencia, le hace inmune frente a cualquier riesgo y deja intactas sus expectativas contractuales. La solución, lejos de alterar el sistema de valoraciones legales, se pone en sintonía con él. No es dudoso por todo ello que la configuración del derecho al dividendo como un derecho alternativo cabe perfectamente dentro de las facultades de configuración que la ley atribuye a la junta general (v. arts. 91, 213 y, sobre todo, 215.2 LSA) (16).

(13) Cfr. PAZ-ARES, RJN 3 (1992), pp. 217 ss.

(14) *Ibíd.*, pp. 211-213.

(15) *Ibíd.*, pp. 214-216.

(16) Tienen interés en este punto las observaciones de R. GOERDELER y W. MÜLLER en *GmbH-Gesetz. Grosskommentar*, 3. Lieferung, Berlin-New York 1977, § 29, 71, p. 191.

IV. Obligaciones facultativas

La tercera posibilidad a que puede recurrirse para lograr el mismo resultado práctico consiste en construir la operación apelando a la técnica de la obligación facultativa *stricto sensu*. Las hipótesis que hemos de considerar bajo esta óptica son básicamente dos.

200 1. La primera de ellas se verifica cuando la junta ordinaria que resuelve sobre el resultado acuerda la distribución de un dividendo *in natura* con atribución al acreedor de una facultad de sustitución que le habilita, si ésta es su voluntad, para hacerlo efectivo en dinero. Técnicamente nos encontramos ante una obligación facultativa, también llamada obligación con cláusula alternativa: *una res est in obligatione* (las especies de que se trate), *plures autem sunt in solutione* (las especies de que se trate y el dinero) (17). El problema que presenta esta combinación es el de su viabilidad, que a nuestro juicio se revela más que dudosa. En efecto, si partimos de la premisa incontestable de que la práctica que examinamos entraña una verdadera distribución *in natura* y somos coherentes con la conclusión básica de nuestro estudio anterior, por fuerza hemos de concluir que sólo puede recurrirse a ella si los estatutos de la sociedad —originaria o sobrevenidamente— han apoderado a la junta para las distribuciones en especie (18). En esta

(17) Sobre la categoría de las obligaciones facultativas y su distinción de las alternativas v., por todos, Díez-PICAZO, *Fundamentos*, I², pp. 509-510 y, más específicamente, MARTÍNEZ PEREDA, "Las obligaciones facultativas", ADC 1972, pp. 475 ss.; C. VATTIER FUENZALIDA, "Las obligaciones facultativas", RDP 1982, pp. 643 ss. Es de observar, en relación con este tipo de obligaciones, que si bien la facultad de sustitución normalmente se atribuye al deudor (de ahí que a menudo se denomine *facultas solutiones*), no hay inconveniente alguno en atribuírsela —como sucede en el caso que nos ocupa— al acreedor (cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, I², p. 510).

(18) Cfr. PAZ-ARES, RJN 3 (1992), pp. 217 ss. Algunos lectores de mi primer trabajo han llamado mi atención acerca de la insuficiencia de los argumentos aducidos en el mismo para justificar la posibilidad que proclamo de alterar en el seno de una modificación estatutaria ordinaria sujeta al art. 144 LSA la regla de la distribución en dinero (v. *ibíd.*, pp. 222-223). Acepto la crítica, pero en mi descargo he de decir que

ocasión, la objeción no puede deshacerse afirmando —como hacíamos respecto de las obligaciones alternativas— que la facultad de cobrar en dinero que se le atribuye al socio en la obligación facultativa sirve para neutralizar el obstáculo que impide a la junta general distribuir el dividendo en especie, que en definitiva estriba en la necesidad de proteger la expectativa contractual del socio de obtener los beneficios en numérico. La razón se aprecia en cuanto nos detenemos en la peculiar estructura de las obligaciones facultativas y advertimos que, aun cuando sea de modo remoto, pueden constreñir o menoscabar la expectativa del socio. El peligro de que ello suceda se avista examinando la distribución de riesgos propios de esta clase de obligaciones, que pone sobre las espaldas del acreedor el riesgo de pérdida o destrucción (fortuita) de la cosa. La imposibilidad sobrevenida de la prestación *in natura* libera, en efecto, a la sociedad (art. 1.182 C.c.) e impide al socio el ejercicio de la facultad de sustitución, que presupone la subsistencia de la obligación.

201

el estudio detallado de la materia me llevaba al estudio de los límites de la mayoría en las modificaciones estatutarias, que naturalmente excedía los objetivos de mi trabajo. No obstante, quiero aprovechar esta ocasión para subsanar, aunque sea parcialmente, la insuficiencia advertida recordando que en apoyo de mi conclusión puede invocarse la posibilidad —que abiertamente parece reconocer el art. 277 LSA— de repartir *in natura* la cuota de liquidación. El argumento no carece de relieve, máxime si tenemos en cuenta que las situaciones son estructuralmente equivalentes. De hecho, la liquidación puede entrañar también un reparto de beneficios (la doctrina no duda en admitir que los estatutos pueden modificarse sobrevenidamente al objeto de establecer el reparto *in natura* en el trámite de la liquidación y que no existe un límite en derechos inderogables de los socios: cfr. GARRIGUES/URÍA, *Comentario*, II³, pp. 873-874; GIRÓN, *Derecho de sociedades anónimas*, pp. 588 y 594; J. RUBIO GARCÍA MINA, *Curso de derecho de sociedades anónimas*, p. 508; M. DE LA CÁMARA, *Estudios de derecho mercantil*, II, 2.^a ed., Madrid 1978, p. 617; R. URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y E. BELTRÁN, *Disolución y liquidación de la sociedad anónima* (tomo XI del “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles” dirigido por R. Uría, Aurelio Menéndez y M. Olivencia), Madrid 1992, pp. 200-201; N. MUÑOZ MARTÍN, *Disolución y derecho a la cuota de liquidación*, Valladolid 1991, p. 399 e *ibi* más información; en la doctrina foránea, v., como botón de muestra, H. WIEDEMANN, *Aktiengesetz. Grosskommentar*, III, 3.^a ed., Berlin-New York 1973, § 268, 5, pp. 526-528; la doctrina citada llega más lejos al admitir incluso que el reparto en especie durante la liquidación puede imponerse por decisión mayoritaria, lo cual es ya más discutible.

2. La segunda posibilidad consiste en distribuir un dividendo en dinero, atribuyendo al socio la facultad de sustituirlo por determinados bienes en especie. En este caso, en la medida en que nos encontramos ante una genuina distribución de dividendos en dinero (sólo el dinero está *in obligatione*), la objeción anterior queda sin base. El problema entonces es similar al que nos planteábamos inicialmente en relación a la oferta anticipada de dación en pago: ¿Es competente la junta para ello? La respuesta afirmativa se impone aquí de manera tajante. Las dudas que pueden empañar la misma conclusión en relación a la oferta anticipada de dación en pago desaparecen ahora por completo, ya que la constitución de la obligación facultativa queda enteramente perfilada por la junta al adoptar, al amparo de las competencias que le atribuye el art. 215.2 LSA, el acuerdo de distribución del resultado. La facultad de sustitución del dinero por bienes en especie representa un atributo o característica intrínseca del derecho que se constituye, no una circunstancia exterior que se prevé para su satisfacción (19).

(19) Es cierto que los efectos prácticos de una y otra combinación son equivalentes, pero no lo es menos que entre una y otra combinación se advierten diferencias estructurales notables. Para comenzar, la oferta de dación en pago, como cualquier oferta, es revocable mientras que no sea aceptada (arg. ex art. 1.262 II C.c.). En cambio, la obligación facultativa configurada por la junta dentro de las facultades que indiscutiblemente le atribuye el art. 215.2 LSA es irrevocable. El derecho al dividendo nace con la facultad de sustitución a favor del socio, y este derecho potestativo —como cualquier otro atributo del derecho— se convierte desde ese momento en intangible para la junta (ésta es una característica derivada del derecho al dividendo como derecho del socio en calidad de tercero: v., por todos, SÁNCHEZ-CALERO, *Determinación*, p. 144). La similitud entre ambas hipótesis hace, por otra parte, que no deba descartarse la posibilidad de la *conversión negocial*. En efecto, bajo ciertas circunstancias, es muy probable que un negocio nulo por falta de competencia (en la hipótesis de que así se entendiera respecto del acuerdo de la junta que establece la oferta anticipada de dación en pago y faltase ejecución de la medida por parte de los administradores) pueda convertirse —en virtud de la interpretación de los fines buscados por la sociedad— en un negocio válido (un acuerdo de distribución de dividendos en dinero con facultad de sustitución en especie).

V. Consideraciones finales

A la vista de las consideraciones anteriores podemos concluir estas breves líneas afirmando que la distribución de dividendos *in natura* facultativos puede arbitrarse de tres modos:

1. Mediante una distribución del dividendo en dinero acompañada, en el momento ejecutivo, de la posibilidad de extinguir la deuda por medio de la dación en pago de las especies de que se trate. La competencia para realizar esta operación debe residenciarse —como avanzábamos ya en nuestro primer estudio— en el órgano administrativo. No debe descartarse, sin embargo, la posibilidad de que la junta general imparta al efecto instrucciones vinculantes.

2. Mediante la distribución de un dividendo, cuyo contenido consista, indistintamente y a elección del acreedor, en dinero o en determinadas especies de bienes. La competencia para establecer este tipo de obligaciones alternativas pertenece a la junta general ordinaria.

3. Mediante la distribución de dividendos en dinero atribuyendo al acreedor la facultad de sustituir la prestación debida por otra consistente en bienes específicos. La competencia para articular esta combinación —que, en definitiva, se asienta sobre la configuración de la obligación derivada de los dividendos como una obligación facultativa— corresponde a la junta general. La operación inversa —distribución de dividendos *in natura* con facultad de sustituir la prestación debida por dinero— sólo es procedente si los estatutos sociales han habilitado a la junta para distribuir dividendos en especie.

No es necesario recordar que, cualquiera que sea la alternativa por la que se opte, han de observarse los límites generales del sistema, que en esta materia vienen dados por la necesidad de una cierta homogeneidad y fungibilidad de las especies a

distribuir, por la necesidad de valorar correctamente los bienes y por la necesidad de observar escrupulosamente el principio de paridad de trato de los socios. Sobre estos aspectos me he detenido ya en mi anterior trabajo, por lo que huelga aquí insistir en el detalle (20). En este momento sólo interesa recordar que la opción por una u otra modalidad de lo que venimos denominando distribuciones facultativas dependerá de las circunstancias y conveniencias de cada caso. No obstante puede afirmarse que, *ceteris paribus* y considerando tan sólo las variables fiscales, la opción menos costosa es probablemente la que recurre a la configuración de una obligación alternativa *stricto sensu*. En efecto, el recurso a la dación en pago o a la obligación facultativa (que con toda probabilidad requiere, desde el punto de vista tributario, un tratamiento similar a la *datio in solutum*) incrementa el coste fiscal de la operación. En términos generales y respecto a los bienes sujetos a IVA, porque cambia la base imponible (21). En un caso (dación en pago y obligación facultativa), estamos ante supuestos de entrega de bienes, cuya base imponible debe calcularse en función de la contrapartida (es decir, del valor del dividendo distribuido). En otro caso (obligación alternativa) nos encontramos, en cambio, ante supuestos de autoconsumo, cuya base imponible es, frecuentemente, más reducida, puesto que se calcula en función del coste de adquisición o, en su caso, del coste de producción del bien que se distribuye (22). La diferencia más notable se registra, sin embargo, en relación a los bienes no

(20) Cfr. PAZ-ARES, RJN 3 (1992), pp. 220-222; para el supuesto en que las especies a distribuir se valoren por debajo de su valor de mercado, habrán de observarse las reglas sobre distribución indirecta o encubierta de beneficios (v. C. PAZ-ARES, "La reinversión de dividendos", RGD 1992, pp. 10084-10092).

(21) Cfr. arts. 78.1, 79.3 y 9 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, relativa al Impuesto sobre el Valor Añadido.

(22) Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la ventaja fiscal de la obligación alternativa puede verse sobrepasada en algunos casos por la desventaja del mayor coste administrativo que comporta gestionar el pago a cuenta que sustituye en estos supuestos a la técnica de las retenciones (v. arts. 98 de la Ley 18/1991, de 30 de diciembre, sobre el Impuesto sobre la Renta y 48 y 53 del Reglamento de dicho impuesto, aprobado por Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre).

sujetos o exentos de IVA, entre los que sobresalen los valores o créditos, que son precisamente los objetos más típicos de las distribuciones de dividendos *in natura* que proliferan en la hora presente (23). Aquí la diferencia es muy notable, puesto que si recurrimos a la dación en pago o a la obligación facultativa tendremos que admitir que hay una transmisión patrimonial, que queda sujeta y gravada por el impuesto de transmisiones patrimoniales (24). Por el contrario, si recurrimos al esquema de la obligación alternativa, en la medida en que la entrega del bien no se considera tributariamente como transmisión patrimonial, no se produce el hecho imponible del tributo en cuestión.

(23) Cfr. art. 4.4 de la Ley 37/1992.

(24) Cfr. art. 7.2 a) del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre.

**EL GRAVAMEN PROPORCIONAL DE ACTOS
JURIDICOS DOCUMENTADOS EN LOS REGIMENES
DE CONCIERTO Y CONVENIO**

RAMÓN FALCÓN Y TELLA

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

209

I. Antecedentes

En relación con los documentos notariales, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados se exige, en su modalidad de cuota proporcional de Actos Jurídicos Documentados, al tipo del 0,50 por 100 sobre “las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial y no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 (transmisiones patrimoniales onerosas) y 2 (operaciones societarias) del art. 1.º de esta Ley...”, según dispone el art. 31.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre (BOE de 3 de febrero de 1981).

A lo largo de 1990 y 1991, los Territorios Históricos del País Vasco procedieron, sin embargo, a reducir el tipo de gravamen, en el supuesto mencionado, hasta el 0,10 por ciento, a través de las siguientes normas y preceptos: Norma Foral del Territorio Histórico de Vizcaya de 21 de diciembre de 1990, art. 79.1 (BOV, núm. 4, de 5 de enero de 1991); Decreto Foral normativo de la Diputación Foral de Alava 43/1991, de 29 de enero, art. 6 (BOTH, núm. 15, de 4 de febrero de 1991); y Acuerdo del Consejo de los Diputados de la Diputación Foral de Guipúzcoa de 20 de marzo de 1991, recogido posteriormente en la Norma Foral de Guipúzcoa 10/1991, de 4 de noviembre, disp. adic. segunda (BOG, núm. 214, de 11 de noviembre de 1991).

Posteriormente, la Comunidad Autónoma de Navarra, a través de la disposición adicional décimotercera de su Ley Foral 6/1992, de 14 de mayo, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BON, núm. 63, de 25 de mayo), procedió para el ámbito de su territorio a una reducción similar del tipo de gravamen aplicable a los documentos notariales mencionados (las copias de las actas de protesto siguen tributando al 0,50 por 100).

Conforme a los puntos de conexión previstos en el Concier-to y en el Convenio, los mencionados tipos reducidos resultan aplicables, en lugar del general del 0,50 por 100, en las escrituras, actas y testimonios notariales, “cuando unas y otros se autoricen u otorguen en territorio vasco” (art. 31.1 de la Ley 21/1981, de 13 de mayo, por la que se aprueba el Concier-to), así como “cuando se autoricen, otorguen o expidan en Navarra” (art. 32.1.c) de la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio).

En relación con la mencionada disposición adicional décimotercera de la Ley navarra (y otros dos preceptos de la misma Ley que aquí no nos interesan), el Presidente del Gobierno ha promovido recurso de inconstitucionalidad núm. 2199/92, con invocación expresa del art. 161.2 de la Constitución, el cual fue admitido a trámite por providencia de la Sección de

vacaciones de 26 de agosto de 1992, que ordenó dar traslado a las partes y tener por invocado el mencionado precepto a efectos de suspensión de la vigencia y aplicación de las normas impugnadas. Por Auto de 27 de octubre de 1992, el Pleno del Tribunal ha acordado mantener la suspensión.

II. Consulta

Sobre la base de los antecedentes reseñados, el Consejo General del Notariado somete a nuestra consideración *la constitucionalidad de las medidas adoptadas en las Comunidades en régimen de Concierto o Convenio y los puntos en que se podría basar el recurso ante el Tribunal Constitucional, tanto en lo que se refiere a las medidas en sí, cuanto al problema del punto de conexión.*

La contestación a esta consulta exige, a nuestro juicio, ocuparnos sucesivamente de los siguientes puntos, en los que se estructura este dictamen:

211

1. Los principios constitucionales de igualdad, solidaridad y coordinación como límite al ejercicio de las potestades derivadas del Concierto y Convenio.

2. La inconstitucionalidad de la compensación financiera oculta provocada por la diferencia de tipos.

3. Concreción de las normas inconstitucionales: el problema del punto de conexión y la libre elección de notario.

4. La posible extensión de la declaración de inconstitucionalidad de la norma navarra a las normas vascas.

5. La legitimación para impugnar las medidas controvertidas.

6. Efectos de la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional.

III. Dictamen

1. *Los principios constitucionales de igualdad, solidaridad y coordinación como límite al ejercicio de las potestades derivadas del Concierto y Convenio.*

212

A primera vista, la reducción de tipos de gravamen podría considerarse incompatible con la prohibición de que los territorios en régimen de Concierto o Convenio mantengan una *presión fiscal* inferior a la del Estado (arts. 4.2.12.º del Concierto y 7.1.b del Convenio). Pero se trata de un argumento difícil de demostrar y poco sólido, ya que tanto el Concierto como el Convenio se refieren a la presión fiscal “efectiva global”, y no en cada concepto impositivo. Aparte de que estamos ante un tributo marginal en el sistema, de escasa recaudación si se compara con otros como los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades. Y ni siquiera respecto a estos tributos —incentivos a la inversión en el País Vasco, con deducciones en el IRPF y en el IS muy superiores a las de territorio común, por ejemplo— ha prosperado el argumento de la menor presión fiscal efectiva (STSJ del País Vasco de 17 de mayo de 1991, entre otras).

Tampoco tiene excesiva consistencia, a nuestro juicio, la calificación de la reducción de tipos como un *privilegio* fiscal, reconduciendo así la medida a la prohibición expresa de privilegios fiscales, directos o indirectos, contenida en el art. 4.2.8.º del Concierto; prohibición de privilegios que hay que entender implícita en el régimen de Convenio y en el régimen autonómico en general, como contraria al principio constitucional de igualdad.

En efecto, difícilmente puede considerarse como privilegio el pagar menos por otorgar un documento público, en lugar de uno privado, y además la prohibición de privilegios no puede llevarse a tales extremos que excluya toda diferencia en el régimen tributario aplicable, pues se estaría negando la esencia misma del Concierto y Convenio. Sin contar con que el

tipo reducido no queda reservado a los residentes en las Comunidades vasca y navarra, sino que cualquiera puede beneficiarse de la medida por el simple hecho de acudir a un notario de dichas Comunidades.

Más importancia tiene, en nuestra opinión, la circunstancia de que una diferencia entre los tipos de gravamen aplicables como la que nos ocupa, tratándose de tributos indirectos de carácter real, supone un incentivo a la “deslocalización” de las operaciones, en el sentido de que aunque las partes residan en territorio común y la operación se proyecte sobre bienes —inmuebles, por ejemplo— situados en territorio común, el mero hecho de acudir al territorio vasco o navarro para la autorización u otorgamiento de la correspondiente escritura, al amparo del principio de libre elección de notario, supone un importante ahorro fiscal, *dados los puntos de conexión previstos en el Concierto y Convenio*, a los que se ha hecho referencia en los antecedentes.

213

Esta situación resulta, a primera vista, incompatible con los principios constitucionales de coordinación entre los diversos niveles de Hacienda y solidaridad entre todos los españoles (artículos 156 de la Constitución y 11.1 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas —LOFCA—), con la consiguiente desigualdad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 de la Constitución) y en los derechos y obligaciones de los particulares (art. 139.1 de la Constitución), y ruptura de la unidad económica y jurídica —de la “unidad constitucional” en el territorio del Estado—; unidad que —en el caso navarro, que es el que se encuentra pendiente de un recurso de inconstitucionalidad— se reconoce como competencia del Estado en la propia Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (artículo segundo), quedando obligada la Comunidad Autónoma a ejercer su competencia tributaria dentro de los límites derivados de dicha exigencia de unidad —y de las correspondientes competencias estatales—, según el art. 2.2 del Convenio.

Téngase en cuenta, por otro lado, que el incentivo a la “deslocalización” del hecho imponible, con el fin de obtener un ahorro o ventaja fiscal, resulta importante —pese a lo reducido, en términos absolutos, del tipo de gravamen aplicable—, dada la enorme diferencia *relativa* existente y la facilidad práctica de dicha “deslocalización”, para la que basta una breve visita de “turismo fiscal” a las Comunidades en régimen de Concierto o Convenio con el fin de que se autorice, otorgue o expida allí el correspondiente documento notarial.

Para demostrar la importancia práctica del incentivo a la “deslocalización” basten los dos ejemplos comparativos siguientes:

a) La emisión, documentada en escritura notarial, de obligaciones por parte de una sociedad integrante de un grupo de empresas, que se suscribe íntegramente por la matriz, por importe de 2.000.000.000 de pesetas, arroja una cuota de 100 millones en territorio común, y de sólo 20 millones en territorio vasco o navarro. Lo mismo ocurre con la cancelación, exenta de transmisiones onerosas, que de nuevo tributaría —en caso de cancelación total de la emisión, documentada en escritura notarial— por 100 millones de cuota en territorio común, y sólo 20 millones en territorio vasco o navarro (1).

b) En un supuesto algo más complejo, pero no infrecuente en la práctica, el ahorro fiscal que se obtiene es todavía mayor. Así, en el supuesto de segregación de una parte (valorada en 200 millones de pesetas) de determinada finca, y venta de la misma —aunque sea en la misma escritura— a un contratista, el cual obtiene un préstamo con garantía hipotecaria de 500 millones, construye, y posteriormente acude al notario para la declaración de obra nueva (que se valora en

(1) Téngase en cuenta que, muy a menudo, la “cancelación” no implica un “acto o contrato”, en el sentido de *acto con efectos jurídicos sustantivos*, y por lo tanto a la vista del art. 31.2 del TR de 1980 muy bien podría sostenerse la no sujeción (en contra de la práctica seguida actualmente) del correspondiente documento notarial, que es un mero instrumento para que dicha cancelación —operada por otras causas (por ejemplo el efectivo reembolso de las obligaciones)— pueda acceder al Registro. Se trata, sin embargo, de una cuestión ajena al contenido de este dictamen.

500 millones) y constitución en propiedad horizontal (que se valora en setecientos millones), el coste fiscal, por el gravamen proporcional de AJD, de este conjunto de operaciones —prescindiendo de quien sea el sujeto pasivo en cada caso— sería de 10,5 millones en territorio común, y de sólo 2,1 en territorio vasco o navarro (2).

Hay que añadir además la circunstancia, nada desdeñable, de que la “deslocalización” de la operación, además del ahorro fiscal que conlleva, dificulta la gestión tributaria —y no sólo de AJD, sino también de otros conceptos— ya que aleja la realización del hecho imponible —por ejemplo, en Transmisiones— de la Administración competente para la comprobación e inspección, con el consiguiente aumento del riesgo de fraude fiscal.

Por lo tanto, se confirma que, como se ha dicho, la *situación* actual atenta —y atenta gravemente— contra los principios constitucionales de coordinación, solidaridad e igualdad, principios en lo que se enmarca expresamente la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, así como los regímenes de Concierto y Convenio a través de los que se concreta dicha autonomía en el País Vasco y Navarra.

Pese a lo anterior, interesa destacar que, según la STC 19/1987, de 17 de febrero (FJ 4), la diversidad de tipos de gravamen puede concebirse en abstracto como acomodada a los principios constitucionales, siempre que posea un fundamento justificado y racional y arranque de situaciones que puedan legítimamente considerarse como diversas. Más ampliamente, una reiterada jurisprudencia señala que los principios de igualdad y unidad no conllevan una absoluta uniformidad, sino que

(2) Partimos, conforme a la práctica seguida actualmente (confirmada por el TS), de la sujeción de los préstamos hipotecarios empresariales al gravamen proporcional del 0,50 por 100 de AJD, si bien dicha solución es muy discutible, en nuestra opinión, a la vista de los artículos 15 y 48.II.19 del TR de 1980 y de los principios informativos de las relaciones entre los distintos conceptos tributarios que integran la imposición indirecta. La no sujeción, en el ejemplo propuesto, supondría una reducción de la carga tributaria de 2,5 millones en territorio común y de 0,5 millones en territorio vasco o navarro.

la diversidad es una característica inherente al propio sistema autonómico (3), y más aún en el sistema de Concierto o Convenio.

(3) “El art. 31.1 de la Constitución no puede... entenderse desligado de las condiciones propias del sistema de autonomías territoriales que la Constitución consagra (art. 137)” (STC 19/1987 FJ 4).

Respecto al art. 139.1 (igualdad de derechos y obligaciones en cualquier parte del Estado) se afirma que “no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del Derecho privado y, con la reserva antes señalada respecto de la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora *resueltamente* así en ningún ámbito, puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan da a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional” (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2).

Las normas estatales y autonómicas “emanan de poderes legislativos distintos, sin que las divergencias eventuales en los criterios del legislador estatal y el legislador autonómico, en el ámbito de sus respectivas competencias, puedan dar base a una pretendida pretensión de igualdad” (STC 76/1986, de 9 de julio, FJ 3); “el principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de la distintas Comunidades, no por ello resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.^a de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales...” (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 10); “el ejercicio de la competencia de la Comunidad de Madrid para establecer recargos sobre los impuestos estatales no requiere, por ello, una justificación explícita de la desigualdad tributaria que produce, ya que es una manifestación de su autonomía financiera, que tiene lugar en el marco de la Constitución y de la LOFCA” (STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 7).

También la jurisprudencia constitucional de otros Estados de estructura compuesta, ante cláusulas similares a la contenida en el artículo 139.1 de nuestra Constitución (art. 33 de la *Grundgesetz* alemana y art. 3 de la Constitución italiana), ha afirmado que lo que se pretende no es una igualación de las posiciones jurídicas de todos los ciudadanos, sino su igualdad ante cada ordenamiento; se trata de una “orden de extensión” —*Erstreckungsgebot*— de los efectos del ordenamiento de cada *Land* a los ciudadanos de los demás *Länder*, que no pueden ser discriminados (BVerG 18 de julio de 1972); que “se debe expresamente admitir que la diversidad de actuaciones locales y regionales, conscientemente valoradas por la autoridad encargada de ello, inspiren y legitimen normas diferentes para hechos análogos” (S. 160/1969 *Corte Costituzionale*).

Por tanto, habría que determinar si la *reducción de tipos* llevada a cabo por los Territorios Históricos del País Vasco y por Navarra se debe a una opción arbitraria, fundada sólo en un deseo de ofrecer productos fiscales más atractivos, con el fin de atraer recaudación a su territorio, en cuyo caso existiría —cuando menos— un abuso de la competencia tributaria foral, que podría determinar la inconstitucionalidad de la medida; o bien se trata de una medida legítimamente adoptada en virtud del Concierto y Convenio y del principio de autonomía.

A estos efectos hay que tener en cuenta que un tributo como el de AJD tiene un carácter estrictamente formal, resulta muy difícilmente reconducible a la capacidad contributiva —que según el art. 31.1 de la Constitución debe inspirar el conjunto del sistema tributario—, y en definitiva supone un obstáculo al tráfico jurídico; y en el supuesto que ahora nos ocupa —el gravamen proporcional sobre determinados documentos notariales— se desincentiva además la mayor seguridad en el tráfico que la intervención del notario supone.

217

Por todo esto, el Impuesto sobre AJD ha ido viendo progresivamente reducido su ámbito de aplicación, tanto en el ordenamiento español (4) como en el Derecho comparado (derechos de registro y timbre). Lo que pone de manifiesto que la reducción del tipo —sobre todo en el gravamen proporcional, que además discrimina el documento público inscribible respecto al privado—, muy bien podría considerarse como una medida perfectamente razonable, y no arbitraria, destinada a favorecer el tráfico jurídico y la seguridad del mismo.

De ser esto así —es decir, si los territorios Históricos del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra persiguen un objetivo constitucionalmente admisible, lo cual no puede rechazarse *a priori*—, la situación de inconstitucionalidad no sería imputable al País Vasco y Navarra ni a la concreta medida de

(4) Señaladamente a través de la Ley de 24 de diciembre de 1986, de supresión de tasas judiciales, y del Decreto-Ley de 14 de marzo de 1986, que suprimió el impuesto sobre las instancias, documentos presentados ante las oficinas públicas, certificaciones expedidas por autorizaciones, licencias, concesiones y permisos.

reducción de tipos, sino que *radicaría* exclusivamente en el hecho de que, por el juego del punto de conexión y el principio de libre elección de notario, la reducción de tipos operada haya provocado la “deslocalización” de las operaciones.

Dicho en otros términos, lo inconstitucional no sería tanto la reducción del tipo —pese a la importancia *relativa* de la misma y las graves consecuencias que ha provocado—, sino el hecho de que los tipos reducidos sean aplicables a operaciones realizadas en el País Vasco o en Navarra únicamente con la finalidad de obtener el ahorro fiscal que el tipo reducido supone; la inconstitucionalidad habría de buscarse, por tanto, en el punto de conexión unido a la libre elección de notario, tema sobre el que profundizaremos en un epígrafe posterior.

218

Por otro lado, la alegación de una posible vulneración de principios tales como los de solidaridad, coordinación, igualdad, unidad u otros similares, provocada por la reducción de tipos en sí misma considerada, podría combatirse argumentando que dichos principios ya han sido tenidos en cuenta, perfilados y *concretados* (5) en el Convenio Económico (o en el Concierto, en el caso vasco); Convenio que forma parte del “bloque de constitucionalidad” y por tanto constituye un parámetro básico para resolver el problema (SSTC de 8 de febrero, 23 de marzo, 24 de mayo y 8 de julio de 1992, entre las más recientes). Y lo cierto es que el Convenio no establece límite alguno para la fijación del tipo del gravamen proporcional de AJD por la Comunidad Foral de Navarra (6); como tampoco, en el caso vasco, lo fija el Concierto.

(5) Cifrándonos al caso navarro, el art. 2.a) del Convenio señala que los criterios de armonización a tener en cuenta son los “establecidos en este Convenio económico”; y el art. 2.b) se remite a las “competencias que, *conforme a lo dispuesto en el presente Convenio económico*, correspondan al Estado”. Todo esto sin recurrir al muy discutible carácter paccionado de la Ley que aprueba el Convenio, en cuyo caso sería todavía más criticable cualquier vía que pretendiera restringir las competencias reconocidas a Navarra en el Convenio Económico al margen de los cauces previstos para la reforma del mismo.

(6) En efecto, el artículo 32 del Convenio establece criterios específicos de armonización en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documen-

2. La inconstitucionalidad de la compensación financiera oculta provocada por la diferencia de tipos.

Si bien no aparece absolutamente claro que la fijación de un tipo de AJD inferior al previsto en la legislación estatal vulnere por sí misma los principios constitucionales de solidaridad, coordinación, igualdad y unidad —según acabamos de ver—, pues la reducción del tipo puede justificarse en la autonomía financiera y en el propio Convenio o Concierto, sin embargo la *deslocalización* de las operaciones gravadas que provoca la situación actual sí resulta manifiestamente contraria a los citados principios, o al menos al de *interdicción de compensación financiera silenciosa u oculta*, que aparece implícitamente consagrado, como veremos, en la Constitución y en la LOFCA.

El principio de interdicción de la compensación financiera silenciosa (*versteckte Finanzausgleich*) u oculta (*stille Finanzausgleich*) es una creación de la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana, país donde la teoría de la compensación financiera se encuentra mucho más desarrollada que entre nosotros, lo que resulta fácilmente explicable por la tradición del sistema federal en Alemania (7), frente a la relativamente reciente creación del mapa autonómico español.

219

tados, distintos según cada uno de los supuestos contemplados. Y cuando se ha entendido que era necesaria una uniformidad absoluta, así se ha establecido de forma expresa y clara (por ejemplo, en los apartados 1.c), 2.º y 2 del citado precepto, que exigen “igual tributación”). Hay que tener en cuenta, además, que el vigente Convenio de 1990 amplía las competencias de Navarra en la materia que nos ocupa respecto al de 1969 (véase la norma 5.ª, letra B, del art. 11 de éste último).

(7) Hay que tener en cuenta, además, que los problemas de compensación financiera surgen con mayor intensidad a medida que se incrementa el gasto público y, consiguientemente, las necesidades de financiación. Así, en Alemania, aparte de los trabajos pioneros de LORENZ VON STEIN, el problema pasa a primer plano tras la reforma del Reich operada tras la Primera Guerra Mundial, en virtud de la Constitución de Weimar. Como primer fruto del creciente interés por el tema, hay que mencionar el estudio de ALBERT HENSEL, *Finanzausgleich in Bundesstaat in seiner staatrechtlichen Bedeutung* (Berlín, 1922) con el que penetró el término “Finanzausgleich” (compensación financiera) en la literatura científica y en la práctica legislativa: al cabo de tres años, el Reich aprobó la *Finanzausgleichgesetz* en sustitución de la denominada *Ländersteuergesetz* de 1920.

La compensación financiera oculta se define como toda medida que, adoptada (al menos aparentemente) con una finalidad distinta de la compensatoria, en el ejercicio de las propias competencias (señaladamente la tributaria), altera la situación financiera —supone menos ingresos o más gastos, sin la adecuada compensación— de otras Haciendas del mismo (compensación horizontal) o distinto nivel (compensación vertical) (8). En este sentido se contrapone a la compensación financiera aparente o pública (*offen Finanzausgleich*), llevada a cabo a través de normas que persiguen directamente dicha finalidad (*Finanzausgleichsgesetzen*), que existen en todos los ordenamientos y que resultan perfectamente admisibles, como sería el caso, entre nosotros, de las normas reguladoras del Fondo de Compensación Interterritorial o de las asignaciones de nivelación a que se refiere el art. 15 de la LOFCA.

Precisamente si se afirma la existencia de un principio general —desde luego no absoluto— de interdicción o prohibición de medidas de compensación silenciosa, es ante el temor de que las mismas acaben desvirtuando *de una manera furtiva o silenciosa* —“aus stille Weise”— el sistema público de compensación. Si se establece un sistema de compensación para asegurar la suficiencia de recursos de las Haciendas territoriales frente al Estado central (compensación vertical) y la paulatina corrección de los desequilibrios o desigualdades entre las mismas (compensación horizontal), carecería de todo fundamento, lógicamente, que el ordenamiento jurídico permitiese que a través de otras vías se desvirtuase ese esfuerzo de compensa-

Más tarde, JONANNES POPITZ dedicó diversos y detallados estudios al tema, que pasó a incluirse en manuales y tratados. Finalmente, al constituirse la República Federal, en 1948, la cuestión cobró un nuevo y creciente interés, fruto del cual son los trabajos de GERLOFF (1948), BICKEL (1956), NEUKAMM (1966), LAUFER (1971), PAGENKOPF (1981), etc.; interés renovado a raíz de la reunificación alemana. Sobre estas cuestiones, R. FALCÓN, *La compensación financiera interterritorial y otras técnicas aplicativas del principio constitucional de solidaridad*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, en especial, págs. 153 y ss.

(8) Una definición similar se contiene en EGON MATZNER, *Öffentliche Aufgaben und Finanzausgleich*, Wien, 1977, págs. 329 y ss.; y en PAGENKOPF, *Der Finanzausgleich in Bundesstaat*, Stuttgart, 1981, pág. 35.

ción y equilibrio; por ejemplo, transfiriendo servicios o delegando competencias a niveles inferiores de Hacienda sin prever simultáneamente los ingresos necesarios para su ejercicio (compensación silenciosa vertical) o adoptando medidas que aumenten los ingresos de una región a cargo de las vecinas, o impliquen gastos para éstas (compensación silenciosa horizontal).

Como decimos, el principio no es absoluto, pues de otra forma se vaciarían de contenido las competencias —señaladamente las tributarias— de los diversos niveles de Hacienda. El Estado no podría modificar los tipos ni las exenciones de tributos cuya recaudación comparten otros niveles de Hacienda (verbigracia, los tributos cedidos en el caso español) ni las Haciendas menores podrían aumentar los tipos de sus tributos cuando éstos son deducibles de los estatales.

Por ello un mínimo efecto compensatorio es admisible, *cuando resulta imprescindible para no vaciar de contenido la competencia*, y no supone una incidencia grave o innecesaria en los ingresos de otra Hacienda; si se produce una incidencia grave en la situación financiera de otra Hacienda y ello resulta inevitable, so pena de vaciar de contenido la competencia, hay que proceder a una compensación adecuada (por ejemplo, si se suprime un tributo cedido, aumentando la participación en ingresos).

Aunque el principio de interdicción no es absoluto —en rigor, ningún principio lo es— supone un límite claro y preciso al ejercicio de las competencias financieras, y al propio sistema de financiación de cada nivel de Hacienda. E importa destacar que se trata de un límite objetivo, en el sentido de que es irrelevante la finalidad que se persiga al ejercer la competencia de que se trate. Aunque la medida adoptada tenga un objetivo legítimo —y no pretenda conscientemente alterar el sistema público de compensación o de distribución de ingresos y gastos— resulta constitucionalmente inadmisiblesi, de hecho, produce un efecto compensatorio grave o innecesario.

En el ordenamiento español, el principio de interdicción de la compensación financiera silenciosa (tanto horizontal como vertical) no aparece expresamente recogido —al menos con esta denominación—, pero es perfectamente trasladable la construcción alemana que hemos esbozado. Sin ánimo exhaustivo, podemos citar los siguientes preceptos, de los que cabe inducir el mencionado principio:

— “Las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios” (art. 157.2 de la Constitución). Esta norma supone una concreción en el ámbito tributario de lo previsto en el art. 139, que constituye uno de los principios básicos del orden público económico, como ha declarado la STC de 16 de noviembre de 1981.

222

— En los supuestos de transferencia o delegación en las Comunidades Autónomas de facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación “la ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros” (art. 150.2 de la Constitución).

— Cuando las Comunidades Autónomas establezcan tributos sobre las materias que la legislación de régimen local reserve a las Corporaciones locales (como puede hacerse en el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica), “en todo caso deberán establecerse las medidas de compensación adecuadas” (art. 6.3 de la LOFCA). Idéntica norma contiene el número 4 del art. 6 de la LOFCA para los casos en que el Estado establezca tributos sobre hechos imponible gravados por las Comunidades Autónomas.

— Cuando el Estado o las Corporaciones Locales transfieran a las Comunidades Autónomas funciones en cuya ejecución o desarrollo presten servicios o realicen actividades gravadas con tasas, éstas se considerarán como tributos propios de las respectivas Comunidades (art. 7.2 de la LOFCA).

— El rendimiento previsto para cada tasa y la recaudación

por contribuciones especiales no podrá exceder, respectivamente, del coste del servicio o actividad, o del coste de la obra, establecimiento o ampliación del servicio soportado por la Comunidad (arts. 7.3 y 8.2 de la LOFCA) (9).

— Los impuestos establecidos por las Comunidades Autónomas no podrán: sujetar elementos patrimoniales situados, rendimientos originados ni gastos realizados fuera del territorio de la respectiva Comunidad; gravar, como tales, negocios, actos o hechos celebrados o realizados fuera de la Comunidad impositora, ni la transmisión o ejercicio de bienes, derechos y obligaciones que no hayan nacido ni hubieran de cumplirse en dicho territorio o cuyo adquirente no resida en el mismo; suponer obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías y servicios, o capitales, ni afectar de manera efectiva a la fijación de residencia de las personas, ubicación de empresas y capitales dentro del territorio español, ni comportar cargas trasladables a otras Comunidades (art. 9 de la LOFCA).

223

— Los tributos cedidos se atribuyen a las Comunidades Autónomas en función: del domicilio fiscal del sujeto pasivo en los impuestos personales; del lugar en que se realice la operación o radique el inmueble en los tributos que graven el consumo u operaciones inmobiliarias (art. 10 de la LOFCA).

— Los recargos sólo se pueden establecer, según el art. 12 de la LOFCA, sobre los impuestos cedidos o sobre los no cedidos que graven la renta o el patrimonio de personas físicas residentes, sin que en ningún caso “puedan suponer una minoración en los ingresos del Estado por dichos impuestos”.

(9) De esta forma se evita, por ejemplo, que al residente en la Comunidad A que posee un inmueble en la Comunidad B, esta última le exija una contribución especial que, además de financiar la obra con ocasión de la cual se establece, deje un excedente de recaudación en dicha Comunidad B. Sería una forma de gravar a no residentes, lo que puede hacerse —a través de tributos sobre bienes situados en la Comunidad que los recauda, por ejemplo— pero no de forma silenciosa u oculta.

— Según el art. 13.3 de la LOFCA, el porcentaje de participación de cada Comunidad Autónoma podrá ser objeto de revisión en una serie de supuestos en que, de no modificarse dicho porcentaje, se produciría un efecto de compensación silenciosa u oculta vertical: cuando se amplíen o reduzcan las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma y que anteriormente realizase el Estado; cuando se produzca la cesión de nuevos tributos; cuando se lleven a cabo reformas sustanciales en el sistema tributario del Estado.

En todos estos casos late, en definitiva, el principio de interdicción de medidas de compensación (horizontal o vertical) oculta o silenciosa, al cual se refiere también el Informe de la Comisión de Expertos sobre Financiación de las Comunidades Autónomas (10) reiteradamente, aunque empleando una terminología más propia de la ciencia económica que de la jurídica: principio de internalización de costes. Y conviene notar que no hay ningún precepto dentro del “bloque de la constitucionalidad” que contradiga el citado principio.

Como hemos dicho, no se trata, sin embargo, de un principio absoluto, ya que en determinados casos un mínimo efecto de compensación silenciosa es inevitable, y resulta constitucionalmente admisible, sobre todo en las relaciones verticales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como cuando el primero efectúa reformas no sustanciales (desde el punto de vista recaudatorio) en su ordenamiento tributario o las segundas modifican tributos propios que sean deducibles de los tributos estatales.

Ciñéndonos a la compensación horizontal, entre unas Comunidades y otras, que es la que ahora nos interesa, de lo expuesto resulta que la distribución de recaudación entre las mismas no puede efectuarse de forma silenciosa u oculta. A menos que ello resultara imprescindible para no vaciar de contenido otras competencias. Y es claro que la existencia de un tipo de AJD inferior en el País Vasco y en Navarra, dada

(10) Publicado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

la libertad de elección de notario y el juego de los puntos de conexión, produce un efecto de compensación silenciosa u oculta *que no es necesario o imprescindible para no vaciar de contenido la competencia tributaria de los territorios en régimen de Concierto o Convenio*.

En efecto, por un lado es claro que se produce un incentivo a la deslocalización de las operaciones —un incentivo importante, como hemos visto anteriormente— y por lo tanto un efecto de compensación silenciosa u oculta inadmisibles, en la medida de que se perjudica la recaudación de las Comunidades Autónomas de régimen común, que tienen cedido el tributo, en cuyo territorio el contribuyente tiende a evitar la formalización de los documentos gravados.

Por otro lado es igualmente claro que dicho efecto de compensación no resulta imprescindible para preservar la competencia tributaria de los Territorios Históricos y de Navarra en materia de AJD. Antes al contrario, fácilmente podría ejercerse la competencia sin efecto de compensación financiera alguno (sin perjudicar la recaudación de las demás Comunidades Autónomas) si la reducción de tipos tuviera una conexión efectiva con los territorios forales, por la residencia de las partes o —preferiblemente— en función de la radicación del registro público en el que el documento sea inscribible; pues no puede entenderse como una conexión efectiva el hecho puramente circunstancial de que una escritura o testimonio notarial se otorgue en una u otra parte del territorio nacional.

Hay que concluir, pues, que la existencia de tipos reducidos en el País Vasco y Navarra, dado el punto de conexión y la libre elección de notario, produce un efecto compensatorio silencioso —una merma de recaudación de las demás Comunidades— constitucionalmente inadmisibles; y constitucionalmente inadmisibles *cualquiera que haya sido la intención o finalidad de los órganos competentes al reducir los tipos*, pues como ya hemos indicado el principio de interdicción de medidas de compensación financiera silenciosa u oculta funciona de forma objetiva.

3. *Concreción de las normas inconstitucionales: el problema del punto de conexión y la libre elección de notario.*

Según lo que acaba de decirse, la inconstitucionalidad no deriva de la reducción de los tipos *por sí misma* —a no ser que con ello se haya pretendido exclusivamente atraer recaudación, es decir, se haya abusado de la competencia— sino de la “deslocalización” de las operaciones provocada por el punto de conexión unido a la libre elección de notario.

El Abogado del Estado ha insistido en ello —según el extracto de sus alegaciones que se contiene en los antecedentes del ATC de 27 de octubre de 1992—, al subrayar que las normas forales impugnadas

226

“pueden estimular conductas fraudulentas de los contribuyentes, tendientes a forzar los puntos de conexión vigentes para someterse al régimen tributario navarro con merma de la recaudación estatal por este concepto tributario.

Esta incidencia podría ser, además, especialmente grave en el caso de la Disposición Adicional Décimotercera de la Ley Foral, *si se conjuga el punto de conexión establecido en el art. 32.1.C del Convenio Económico... y el principio de libre elección de notario para el otorgamiento de documentos públicos*. De este modo, si no se ratificara la suspensión de la medida adoptada por la Ley Foral, se generaría un enfrentamiento entre distintas Administraciones Tributarias, que se verían impulsadas a ofrecer productos fiscales más atractivos con el objeto de atraer operaciones a su ámbito territorial. Todo ello sin olvidar que podrían causarse perjuicios en el volumen de recaudación por este tributo en otras Comunidades Autónomas a cuyo favor se encuentra cedido este concepto tributario y que aplican el tipo de gravamen común del 0,5 por ciento...”

El párrafo transcrito pone perfectamente de relieve el problema de inconstitucionalidad que se plantea con mayor claridad —la compensación financiera oculta, es decir, el perjuicio recaudatorio a las Comunidades en régimen común respecto a las de Concierto o Convenio— y las dos causas del mismo: el efecto conjunto del punto de conexión y la libre elección de notario; no la reducción del tipo en los territorios vasco y navarro.

Ahora bien, estas dos causas del problema no pueden en modo alguno —como parece hacer el Abogado del Estado— situarse en el mismo plano. En efecto, la libre elección de notario constituye un principio consagrado por el Reglamento Notarial, que sólo prevé “excepciones” —o mejor, “modulaciones”— al mismo cuando, existiendo dos o más partes, no se ponen de acuerdo para la elección de notario. Lógicamente en estos casos la norma no tiene otra opción que sentar los criterios conforme a los cuales pueda determinarse el profesional ante el que se va a formalizar la operación ya convenida (aquel que elija quien deba satisfacer la mayor parte de los derechos arancelarios), criterios que, por cierto, son los más respetuosos posibles con el principio de libre elección (en el sentido de proteger a la parte más débil, por ejemplo, en el tráfico en masa o bajo condiciones generales, al cliente), y al mismo tiempo procuran evitar cualquier abuso en el ejercicio del derecho a la elección de notario (no se puede imponer, *en defecto de acuerdo*, un notario que carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio).

227

Adviértase, además, que se trata de supuestos en los que, ante el conflicto del derecho a elección de las dos partes —que no se ponen de acuerdo para ejercerlo en el mismo sentido— el Reglamento simplemente señala qué derecho de elección debe prevalecer, y con qué límites. No se trata propiamente, en consecuencia, de excepciones al principio, sino al contrario, de un mecanismo para hacerlo operativo cuando concurren varios *derechos de elección* que no se ejercen por sus titulares de forma unívoca.

Como no podía ser de otra manera, pues la libre elección de notario encuentra su anclaje en el principio espiritualista o de autonomía de la voluntad que rige nuestro ordenamiento y entronca incluso con principios constitucionales como la libertad de circulación y el libre ejercicio profesional, implícito en la libertad de empresa.

Desde esta perspectiva es evidente que en modo alguno puede equipararse la posición del notario con la del registrador.

La imposibilidad de elegir a este último deriva de la propia mecánica del sistema de registro, y del hecho de que el registrador se limita a calificar —y, en consecuencia, inscribir o no—, calificación que lógicamente puede ser recurrida. El notario, en cambio, cumple una función de asesoramiento a sus clientes que impide que a éstos se les pueda imponer un determinado profesional en lugar de otro (11). Aparte de una restricción injustificada de la libre competencia, la ruptura del principio de libre elección de notario sería algo así como obligar a elegir un determinado abogado, lo que pugna con la esencia misma del Estado de Derecho. *Sólo por ley —y por causas suficientemente graves— podría limitarse el principio.*

En el caso que nos ocupa, el efecto inconstitucional que actualmente provocan los tipos reducidos no puede solucionarse, por tanto, restringiendo la libre elección de notario. Para restringir este principio —que entronca directamente con la Constitución, como hemos dicho— no basta una reforma del Reglamento Notarial, sino que es precisa una Ley, y además hace falta un motivo suficiente; motivo suficiente que no puede en modo alguno encontrarse en la defectuosa elección del punto de conexión en el Concierto o Convenio.

Por tanto *ni siquiera por Ley —que incurriría en arbitrariedad, y por tanto en inconstitucionalidad—, y mucho menos por reglamento, puede modificarse la libre elección de notario, con la finalidad de evitar la situación de compensación financiera silenciosa que actualmente provocan los tipos reducidos en AJD.*

Ello nos lleva inevitablemente a la inconstitucionalidad del punto de conexión previsto en el Concierto y Convenio respecto al gravamen de AJD, y por lo tanto a la necesidad de su modificación. *En el punto de conexión radica, en efecto, la*

(11) Téngase en cuenta que las operaciones sujetas al gravamen proporcional de AJD, excluidas las actas de protesto (para las que se mantiene el 0,50 por 100), exigen todas capacidades personales especiales; no se trata de supuestos en los que, por su *masividad* y minuciosa regulación legal —como los protestos de letras o cheques— pueda resultar menos importante el notario que actúa.

situación de compensación financiera oculta —la merma de recaudación— originada por los tipos reducidos de AJD.

La mencionada inconstitucionalidad del punto de conexión —al venir éste fijado por normas con rango de Ley, como son el Concierto y el Convenio— sólo puede ser declarada por el Tribunal Constitucional, si la cuestión es residenciada formalmente ante él. Inmediatamente nos ocuparemos de los problemas que, desde esta perspectiva, plantea el hecho de que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto lo haya sido contra la Ley Foral que reduce el tipo, y no contra la norma del Convenio que fija el punto de conexión, y en un epígrafe posterior veremos los cauces procesales de que disponen el Consejo General del Notariado y los Colegios de Notarios. Pero antes conviene hacer algunas precisiones sobre el punto de conexión alternativo que permitiría solucionar el problema de inconstitucionalidad planteado.

Aunque es al legislador al que corresponde establecer un punto de conexión más adecuado que el actual, y además ha de hacerlo siguiendo el proceso especial previsto para la reforma del Concierto y del Convenio —que arranca de un acuerdo con las correspondientes Comunidades Autónomas—, la propia naturaleza del tributo que nos ocupa permite afirmar que el punto de conexión debería ser el lugar donde radique el Registro en que el documento es inscribible. Obsérvese que el gravamen proporcional de AJD sólo se aplica a los documentos notariales que tengan por objeto cantidad o cosa valuable y sean inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil o de la Propiedad Industrial. Es cierto que el hecho imponible es el documento, y no la inscripción, la cual puede incluso no llegar a producirse. Pero siempre existe un documento *inscribible en un determinado Registro*; lo que dota de absoluta seguridad y certeza al punto de conexión que proponemos.

Por otro lado, cuando la operación documentada tenga por objeto un inmueble (división de propiedad horizontal, préstamo hipotecario realizado en el ámbito empresarial, etc.) el lugar donde el documento es inscribible será el de situación del

inmueble, que es precisamente el punto de conexión habitualmente utilizado —también en el Concierto y Convenio— para los tributos que recaen sobre inmuebles.

Además, ha de tratarse de un criterio que suponga una conexión *efectiva*, y no meramente circunstancial como ocurre con el lugar donde se autoriza u otorga el documento. Y que no pueda manejarse discrecionalmente por las partes, pues precisamente lo que se trata de evitar —porque existe obligación constitucional de evitarlo— es la compensación oculta que supone la “deslocalización” de la operación. El Registro donde el documento es inscribible cumple todos estos requisitos.

230

Además, el Registro resulta un punto de conexión que presenta claras ventajas sobre otras alternativas posibles —aunque se trata de una decisión que en última instancia ha de adoptarse a través de los procedimientos previstos para la reforma del Concierto y del Convenio— como podría ser el domicilio fiscal o la residencia de las partes que intervienen en la operación documentada. En efecto, este punto de conexión puede plantear conflictos —si cada parte tiene una residencia distinta habría que determinar a cual se atiende—, resulta menos seguro —en la medida en que pueden existir controversias sobre el lugar de residencia efectiva—, y además es más propio de los tributos personales —aquellos cuyo hecho imponible sólo puede ser pensado por referencia a una persona determinada—, que de los reales, como es el caso de AJD.

Dicho esto, y en tanto el punto de conexión no sea modificado a través de la reforma del Concierto y el Convenio, hemos de ocuparnos del problema de si el Tribunal Constitucional puede declarar o no su inconstitucionalidad en el proceso actualmente pendiente en relación con Navarra, pues lo que se ha impugnado ha sido la Ley Foral 6/1992, que reduce el tipo, y no la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio, cuyo art. 32.1.c) es el que fija el punto de conexión.

A este respecto, hay que tener en cuenta que la Ley 28/1990, por la que se aprueba el Convenio, es una ley estatal, y por lo tanto no debería ser irrelevante para el fallo que, en

una impugnación planteada por el Presidente del Gobierno frente a una Ley autonómica, el vicio de inconstitucionalidad haya que concretarlo no en la Ley impugnada sino en una Ley estatal.

Pero además, hay que tener en cuenta que conforme al art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), “cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la *misma* Ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”.

En nuestra opinión, dicho precepto ha de ser interpretado en el sentido de que habilita al Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad “por conexión o consecuencia” de preceptos distintos de los directamente impugnados *aunque estén contenidos en un cuerpo legal distinto*. La exigencia de que la declaración de inconstitucionalidad se limite a los preceptos incluidos en la “misma” Ley, si se interpreta literalmente, conduce a un formalismo totalmente carente de sentido.

231

Piénsese, por ejemplo, en una Ley que da nueva redacción a algún precepto de otra, lo que es muy frecuente en materia tributaria: así, el art. 61.2 de la Ley General Tributaria, de 1963, ha sido objeto de nueva redacción a través de la Ley del IRPF, de 1991, y resultaría absurdo que se negase al Tribunal Constitucional la posibilidad de extender una eventual declaración de inconstitucionalidad de algún precepto de la Ley General Tributaria inalterado desde 1963, al art. 61.2 (siempre que hubiera la necesaria conexión o consecuencia), por el mero hecho de que la nueva redacción de éste haya aparecido en un cuerpo legal distinto, en un Boletín distinto.

Lo mismo ocurre cuando un precepto se reitera año tras año en la Ley de Presupuestos, en cuyo caso tampoco debe existir obstáculo alguno para que la eventual declaración de inconstitucionalidad se extienda “por consecuencia”, a las Leyes de Presupuestos sucesivas. Otra cosa llevaría a la paradoja de

que en 1993 podrían declararse inconstitucionales normas de la Ley de Presupuestos de algún ejercicio anterior, que seguirían aplicándose en la medida en que se hubieran reiterado en la nueva Ley de Presupuestos.

Otro ejemplo lo constituyen las Leyes que repiten lo dispuesto en otras, por ejemplo los preceptos de las Leyes Forales que suelen recoger los puntos de conexión previstos en el Convenio. Dificilmente podría alguien opinar que se puede declarar inconstitucional el punto de conexión incluido en la Ley foral reguladora del tributo, con la consiguiente nulidad, y que el vacío normativo que se produce hay que llenarlo con el criterio idéntico que, a menudo con la misma redacción, aparece en el Convenio.

Y al contrario, parece que lo que vulneraría el espíritu del art. 39.1 de la LOTC es que, por ejemplo, se extendiera una eventual declaración de inconstitucionalidad de la disposición adicional décimotercera de la Ley Foral 6/1992 —precepto que como sabemos se refiere al Impuesto sobre AJD— a otros preceptos de la “misma Ley”, reguladora del IRPF. En su caso, la inconstitucionalidad de la disposición adicional décimotercera de la Ley Foral 6/1992 debería extenderse, más bien, a otros preceptos de la Norma Foral de 20 de marzo de 1981, reguladora del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Es decir, que el art. 39.1 de la LOTC hay que interpretarlo en sentido sustantivo y no formalista. Hay que atender a los contenidos normativos y no a los continentes: el Tribunal Constitucional puede extender su declaración de inconstitucionalidad a otros elementos de la misma *norma o grupo normativo*, aunque aparezcan formalmente aprobados en fechas y *fuentes formales* distintas; pues no deben confundirse las fuentes del Derecho con las normas que integran el mismo.

Con ello no se trata de defender un control abstracto y de oficio de la constitucionalidad de las leyes, pues siempre hará falta que exista “conexión o consecuencia”; requisito éste que sí puede y debe interpretarse restrictivamente.

En definitiva, lo que el art. 39.1 prohíbe al Tribunal es la incongruencia con la *pretensión de inconstitucionalidad* que se residencia ante el mismo, a través de un recurso o una cuestión, pretensión de inconstitucionalidad que el propio Tribunal debe interpretar y delimitar —e incluso, sobre todo en los recursos de inconstitucionalidad, reconstruir si es necesario—, no limitándose a la literalidad del *petitum*. La pretensión se deduce de la totalidad de la demanda, o del auto que plantea cuestión de inconstitucionalidad. Y en el caso que nos ocupa la demanda alude claramente al punto de conexión, como puede comprobarse releando el extracto de la argumentación del Abogado del Estado que hemos recogido al inicio de este epígrafe. La pretensión es la de acabar con una situación de inconstitucionalidad provocada por la diferencia de tipos, la libre elección de notario y el punto de conexión, y de estas tres circunstancias la verdaderamente causante de la situación de inconstitucionalidad es esta última.

233

Frente a ello no cabe decir que la opinión que se sustenta supondría volver la pretensión contra el propio demandante —el Estado—, que es el que aprueba formalmente el Convenio. Dejando al margen que el Convenio, aunque se tramita como Ley estatal, parte de un acuerdo con la Comunidad Autónoma, quien realiza la impugnación es el Presidente del Gobierno, que está legitimado para impugnar también Leyes estatales; como lo están incluso cincuenta diputados o senadores. Al contrario, como antes indicábamos, lo que no debe ser irrelevante en la formación de juicio del Tribunal es que estamos en presencia de la impugnación por un órgano central (el Presidente del Gobierno) de una norma autonómica que genera una situación de inconstitucionalidad imputable precisamente a una Ley estatal: el punto de conexión previsto en el Convenio.

En apoyo de la posibilidad de extender —en los procesos de inconstitucionalidad— la declaración de nulidad a otras leyes distintas de la impugnada o de aquella respecto a la que se ha planteado cuestión, cabe citar también el art. 55.2 LOTC,

que permite la autocuestión de inconstitucionalidad en los recursos de amparo —que la Sala, además de estimar el recurso, someta al Pleno la posible declaración de inconstitucionalidad de una Ley que lesiona derechos fundamentales o libertades públicas—, posibilidad de autocuestión de inconstitucionalidad cuya no extensión a los procesos constitucionales (recurso y cuestión), cobra todo su sentido si se entiende que en éstos no es necesaria, porque en ellos el Pleno queda ya facultado por el citado art. 39.1 para declarar, en la propia sentencia, por conexión o consecuencia, la inconstitucionalidad de otros preceptos distintos de los impugnados o cuestionados.

Lo anterior nos lleva a sostener la opinión de que *el Tribunal Constitucional puede, en la sentencia que dicte en el recurso pendiente contra la disposición adicional décimotercera de la Ley Foral 6/1992, declarar la inconstitucionalidad del punto de conexión establecido en el art. 32.1.c) de la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio.*

234

Lamentablemente, la jurisprudencia sobre el art. 39.1 de la LOTC es, hasta la fecha, muy restrictiva, habiéndose aplicado a preceptos incluidos en un mismo cuerpo legal, y habiendo subrayado reiteradamente el Tribunal Constitucional que la declaración de inconstitucionalidad por conexión o consecuencia exige partir de la declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado (SSTC de 8 de abril de 1981, FJ 27, 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 1, 20/1985, de 14 de febrero, FJ 4, y 27/1985, de 26 de febrero, FJ 4) (12), lo que podría no ser el caso, pues —según hemos razonado— la reducción del tipo no tiene por qué considerarse, en sí misma, inconstitucional.

Ahora bien, si el Tribunal no decide superar la interpretación —excesivamente formalista, en nuestra opinión— que

(12) Un voto particular a esta última sentencia, del Sr. Arozamena, llega incluso a rechazar la extensión de la declaración de inconstitucionalidad a otro precepto de la misma ley, para evitar “un control abstracto «ex officio», que no está en la línea seguida por el Tribunal hasta ahora”.

hasta ahora ha prevalecido del art. 39.1 de su Ley Orgánica, aún así podría:

a) Declarar la inconstitucionalidad del art. 22.2.1.º de la norma sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de 17 de marzo de 1981, en la redacción dada a este precepto por la Ley Foral 6/1992 —que es el precepto directamente impugnado— *en conexión con el art. 2.3.A) de la citada norma de 17 de marzo de 1981* (que recoge el punto de conexión previsto en el art. 32.1.c) del Convenio), en la medida en que el juego de ambos preceptos implica la aplicación de un tipo reducido a operaciones en las que no existe una conexión efectiva con Navarra.

Se podría mantener así —si se desea— el formalismo de no haber extendido la declaración de inconstitucionalidad a preceptos de otra Ley (el Convenio), pues suponemos que nadie discutirá que al impugnar la disposición adicional décimo-tercera de la Ley Foral 6/1992, se está impugnando la norma sobre TPAJD y no la propia Ley del IRPF.

235

En este caso la solución vendría por el restablecimiento automático del tipo del 0,5 en tanto no se modifique el punto de conexión (13), lo que indudablemente constituiría un importante incentivo para un pronto acuerdo en la Comisión Mixta para la reforma del Convenio (y naturalmente lo mismo respecto al Concierto); reforma que por cierto es necesaria ya para adaptar el mismo a la nueva situación creada, sobre todo en materia de IVA, con la consolidación del mercado interior y el nuevo régimen tributario de las operaciones intra-comunitarias.

b) Otra alternativa sería dictar una sentencia interpretativa, en el sentido de mantener la constitucionalidad del tipo reducido siempre que no se aplique a supuestos en los que no existe conexión real y efectiva con Navarra. Es decir, lo mismo que en el caso anterior, pero sin declarar la inconstitucionalidad

(13) Más discutible es la posibilidad que, en tal caso, tendría el Parlamento navarro para restringir el punto de conexión, aun antes de la reforma del Convenio.

de la disposición directamente impugnada ni del punto de conexión. Esta solución supondría la posibilidad de mantener el tipo reducido (pero restringiendo su aplicación a las operaciones con una conexión efectiva con Navarra, por ejemplo por ser inscribibles en un Registro situado en su territorio), pues las sentencias del Tribunal Constitucional (incluso las interpretativas) vinculan a todos los poderes públicos, por encima incluso del tenor de la Ley; pero, a nuestro juicio, esta solución resulta más forzada que la anterior, e incluso que la declaración de inconstitucionalidad sólo del punto de conexión, que —como hemos indicado— en nuestra opinión es también posible.

c) En último extremo, descartadas las posibilidades anteriores, por entender que la disposición adicional décimotercera de la Ley Foral 6/1992 no es inconstitucional por sí misma y que el punto de conexión no ha sido objeto de impugnación (lo que a nuestro juicio constituiría un formalismo excesivo), la sentencia desestimatoria podría, si no en el fallo, sí al menos en los Fundamentos Jurídicos, razonar que la desestimación del recurso se produce porque la situación de inconstitucionalidad creada no deriva del tipo aplicable sino del punto de conexión, lo cual sentaría una doctrina que, por sí misma, tendría ya importantes consecuencias, aunque sólo fuera para impulsar la reforma del Convenio (y del Concierto).

En todo caso, cualquiera que sea la vía por la que finalmente se elimine la situación actual, constitucionalmente inadmisiblemente, de compensación financiera silenciosa u oculta —reforma del Convenio (y del Concierto), sentencia de inconstitucionalidad, sentencia interpretativa, etc.—, importa precisar los dos extremos siguientes:

— En primer lugar, la modificación del punto de conexión resulta constitucionalmente necesaria, para evitar el efecto de compensación oculta, únicamente en relación con la normativa (tipo de gravamen) aplicable. Es decir, que lo que resulta constitucionalmente exigible es que el tipo de gravamen reducido —de existir en el País Vasco y Navarra— sólo se aplique a

documentos cuyo contenido tenga una conexión efectiva con el correspondiente territorio, por ejemplo por estar situado en el mismo el Registro donde el documento es inscribible. *Nada impide que a efectos de recaudación se mantenga el punto de conexión actual, es decir, que Navarra y los Territorios Históricos sigan liquidando todos los documentos notariales que se autoricen u otorguen en su territorio, pero aplicando el tipo reducido a los que documentan operaciones allí inscribibles, y el tipo del 0,50 por 100 a los demás.*

Naturalmente, al revisar el Concierto y el Convenio puede optarse por modificar a todos los efectos el punto de conexión, o hacerlo sólo a efectos normativos, manteniendo respecto a la atribución de la recaudación el punto de conexión actual (14). Cualquiera de las dos soluciones evitaría la inconstitucional compensación financiera silenciosa u oculta que actualmente existe, pues no habría ya incentivo para la “deslocalización” de las operaciones.

237

— En segundo lugar, por lo mismo, la eventual reforma del Concierto y Convenio no tendría por qué ir necesariamente acompañada de una modificación del punto de conexión de los tributos cedidos, pues en el territorio común, cualquiera que sea el punto de conexión, no existe riesgo de “deslocalización” de las operaciones ni se plantea, por tanto, problema alguno de compensación financiera silenciosa u oculta; especialmente si en el régimen de Concierto y Convenio se modifica el punto de conexión actual únicamente a efectos de determinar la normativa —el tipo de gravamen— aplicable, manteniéndolo respecto a la atribución de la recaudación, no sería necesaria ni aconsejable ninguna reforma de la Ley General de Cesión de Tributos a las Comunidades Autónomas y de las Leyes particulares de cesión.

(14) Ya existen ejemplos de tributos cuyo rendimiento corresponde a Navarra y al País Vasco, aplicando en algunos casos normativa autonómica y en otros normativa común. Así, por ejemplo, en el Impuesto sobre Sociedades, los sujetos cuyo volumen de operaciones supera los 300 millones de pesetas y operan en territorio foral y común, tributan a ambas Administraciones, aplicándose la normativa correspondiente al lugar del domicilio, salvo que se realice en territorio común el 75 por 100 o más de las operaciones, en cuyo caso se aplica siempre la normativa del Estado.

Una última observación para cerrar este epígrafe. Es claro que, a primera vista, la modificación del Reglamento Notarial resulta procedimentalmente más sencilla que la modificación del Concierto y Convenio, pues estas últimas modificaciones en principio habrían de negociarse con las correspondientes Comunidades Autónomas. Pero sería lamentable que una mera facilidad procedimental impidiera llegar al núcleo del problema de constitucionalidad que nos ocupa, que —insistimos— radica en el punto de conexión y no en la libre elección de notario. Aparte de que, como ya hemos indicado, la supresión o limitación de la elección de notario por razones fiscales —aunque se realizase por Ley— habría de reputarse irrazonable, arbitraria y excesiva, y por ende inconstitucional. Y por otro lado, es indudable que la reforma de los puntos de conexión previstos en el Convenio y el Concierto se vería enormemente facilitada si el Tribunal Constitucional declarase la inconstitucionalidad de la aplicación del tipo del 0,10 por 100 en los supuestos en que el documento no es inscribible en algún Registro situado en el correspondiente territorio navarro o vasco, o al menos dictase una sentencia interpretativa en este sentido, algo perfectamente posible, según hemos visto.

4. La posible extensión de la declaración de inconstitucionalidad de la norma navarra a las normas vascas.

Las normas vascas, de rango reglamentario (pues el Concierto atribuye la competencia tributaria a los Territorios Históricos, que carecen de potestad legislativa), que en su momento procedieron a la reducción de tipos, no han sido objeto de recurso directo, ni por el Gobierno —pese a que éste sí ha impugnado la Ley navarra y, aun tratándose de Reglamentos, podía haber acudido directamente al Tribunal Constitucional al amparo del art. 161.2 CE—, ni por el Consejo General del Notariado, que como veremos en el epígrafe siguiente estaba legitimado para interponer recurso contencioso-administrativo.

La impugnación de las mismas ha de efectuarse con ocasión

de cualquier modificación que en el futuro se produzca —solicitando en su caso el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad—, o de cualquier acto de aplicación, si bien en este último caso, como veremos, la legitimación es mucho más restringida.

Hay que tener también en cuenta la posibilidad de que los efectos de la sentencia que resuelva el recurso de inconstitucionalidad pendiente contra la Ley navarra se extiendan a las normas vascas, y ello por una doble vía.

Por un lado —sobre la base del art. 39.1 LOTC, ya comentado— el Tribunal Constitucional, si declara la inconstitucionalidad del punto de conexión contenido en el Convenio, puede extender en la propia sentencia dicha declaración de inconstitucionalidad al Concierto “por conexión o consecuencia”. Sobre todo habida cuenta de que, de no hacerse así, se mantendría la situación de compensación financiera silenciosa u oculta en la que radica la inconstitucionalidad de la situación planteada, con la única diferencia de que Navarra pasaría del grupo de los favorecidos al de los perjudicados por dicha compensación. Parece evidente que la sentencia del Tribunal Constitucional no puede tener como consecuencia la extensión a Navarra del perjuicio que actualmente sufren los territorios de régimen común, sino que ha de eliminar dicho perjuicio inconstitucional para todas las Comunidades Autónomas.

Aunque, como ya hemos indicado, el art. 39.1 de la LOTC ha sido objeto hasta ahora de una interpretación muy restrictiva, e incluso formalista. Hay que tener en cuenta, además, que las instituciones vascas no habrán sido parte ni presentado alegaciones en el proceso, lo que supone un problema añadido para declarar la inconstitucionalidad del Concierto, aunque no insuperable, ya que se trata en definitiva de una Ley estatal, con lo que formalmente no habría obligación de darles traslado en caso de impugnación; y además nada impediría —en nuestra opinión— que el Tribunal diera un plazo para personarse a las instituciones vascas, superando el tenor literal de su Ley Orgánica y atendiendo al espí-

ritu de la misma y al principio de tutela judicial efectiva.

Por otro lado, aunque la sentencia del Tribunal Constitucional guarde absoluto silencio sobre el caso vasco, si del fallo y los fundamentos de la misma resulta claramente la inconstitucionalidad de la aplicación de tipos reducidos, en todos o en algún supuesto, o de los puntos de conexión, todos los poderes públicos —central y autonómico, ejecutivo y legislativo— quedarían obligados a eliminar lo que pasaría a ser una situación de evidente inconstitucionalidad. Aunque los efectos de “cosa juzgada” de la sentencia, a que alude el art. 38.1 LOTC, se limitan al caso planteado, las sentencias del Tribunal Constitucional tienen una fuerza expansiva y una pretensión de generalidad —“vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOE”, como reza el citado art. 38.1 LOTC— incompatible con el mantenimiento en el País Vasco de una situación idéntica a la que hubiere sido declarada inconstitucional en Navarra. Propiamente las sentencias del Tribunal Constitucional no producen un efecto *erga omnes*, pero como doctrina han de prevalecer sobre cualquier otro orden o autoridad, en tanto no se modifique el criterio contenido en las mismas. Lo que —insistimos— obliga a todos los poderes públicos a tomar las medidas adecuadas no sólo para la ejecución de la sentencia en sentido estricto, sino también para su plenitud de efectos.

En la hipótesis que contemplamos resultaría de aplicación el deber de “lealtad federal” (*Bundestreue*), que en ocasiones se remonta a las exigencias de solidaridad y coordinación consagradas en la Constitución (15), pero que como indica la STC de 4 de mayo de 1982 “no es menester fundar en preceptos concretos”. Dicho deber de lealtad, abarca algo más que la observancia formal de la Constitución (*Verfassungstreue*),

(15) Véase HANS JOACHIM FALLER. “El principio de lealtad federal en el orden federativo de la RFA”. *R.E.P.*, núm. 16 (1980), pág. 197 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, I, pág. 186; y R. FALCÓN, *La compensación financiera interterritorial...*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, pág. 147.

ya que encierra el deber de tener en cuenta los intereses de las otras partes (*Rechnungstragungspflicht*), obligando a actuar las competencias en la medida en que ello resulte necesario (*Handlungsermessen*), o limitando su ejercicio (*Ausübungsermessen*) (16). Es decir, que el Estado y las instituciones vascas quedarían obligadas a ejercer sus competencias —por ejemplo, para modificar el punto de conexión previsto en el Concierto—, o abstenerse de hacerlo, de forma tal que se eliminara el efecto inconstitucional.

5. *La legitimación para impugnar las medidas controvertidas.*

El Consejo General del Notariado, o cualquier Colegio Notarial de España, en la medida en que representa y asume los intereses de los notarios, o en su caso éstos individualmente considerados, pueden hacer valer sus argumentaciones y pretensiones relativas a la inconstitucionalidad de los tipos reducidos en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados —o más precisamente, del punto de conexión elegido en el Concierto y en el Convenio— a través de las siguientes vías, según que lo impugnado consista en un acto de liquidación —o una autoliquidación—, en una disposición reglamentaria, o en una norma con rango de ley.

a) Tratándose de *actos administrativos de liquidación*, por el concepto de AJD, gravamen proporcional, están legitimados para su impugnación los sujetos pasivos o “cualquier otra persona cuyos intereses legítimos y directos resulten afectados por el acto administrativo de gestión”, según las letras a) y b) del art. 11 del Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de

(16) Uno de los lugares comunes de la doctrina y jurisprudencia (BVerfGE, 14, pág. 215; 12, pág. 239) alemanas es que la solidaridad se presenta ante todo como un *Rechtausübungsschranke*, como un principio que, en virtud de consideraciones superiores, permite establecer límites a los poderes formalmente atribuidos por la Constitución a cada órgano (HERMANN-WILFRIED BAYER, *Die Bundestreue*, I.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1961, págs. 59 y ss.)

diciembre, por el que se articula la Ley 39/1980, de 5 de julio, de Bases sobre Procedimiento Económico-Administrativo, y el art. 32 del Reglamento, aprobado por Real Decreto 1999/1981, de 20 de agosto.

Esta norma excluye, en principio, la legitimación del Consejo General del Notariado y de los Colegios de Notarios o notarios individualmente considerados, salvo lógicamente en los supuestos en que sean sujetos pasivos del tributo, por tratarse de los adquirentes del bien o derecho de que se trate, o en su defecto haber instado o solicitado el documento o tratarse de la persona en cuyo interés se expiden (art. 30 del TR de 1980). En efecto, aunque según la jurisprudencia —sobre la que más adelante profundizaremos—, tras la Constitución es necesaria una interpretación flexible del interés que legitima para recurrir, no siendo imprescindible un interés “directo” en el sentido tradicional, sin embargo ha de existir un interés personal y actual, sin bastar un mero interés a la legalidad o frente a futuros o potenciales agravios supuestos (STS de 24 de mayo de 1988, Ar. 3.949); no bastando, pues, cualquier tipo de interés, ni presumiéndose éste por mera invocación (STS de 6 de junio de 1988, Ar. 4.597).

242

Ahora bien, entendemos que el interés que legitima para recurrir se adquiere no sólo por la condición de sujeto pasivo —u “obligado tributario” por cualquier otro concepto—, sino también cuando se asume la obligación tributaria en virtud de pacto o contrato.

En relación con este último punto conviene precisar que, aunque el art. 36 de la Ley General Tributaria dispone que la posición del sujeto pasivo no podrá ser alterada “por actos o convenios de los particulares”, sin embargo ello únicamente implica que tales actos o convenios “no surtirán efectos frente a la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas”; y sin perjuicio tampoco de otras consecuencias —añadimos nosotros— derivadas de la eficacia entre las partes que expresamente reconoce el citado precepto de la Ley General Tributaria a los pactos sobre el pago de impuestos, conse-

cuencias entre las que se encuentra la legitimación para recurrir.

En efecto, si quien asume contractualmente la obligación de satisfacer un tributo queda obligado frente a la otra parte en el contrato —aunque dicho contrato sea ineficaz respecto a terceros, entre ellos la Hacienda pública—, es manifiesto que ostenta un verdadero interés legítimo, susceptible como tal de tutela judicial efectiva conforme al art. 24 de la Constitución. Una cosa es que mediante contrato no pueda operarse una novación subjetiva en la obligación tributaria, de cara al acreedor, que es lo único que prohíbe el art. 36 LGT, y otra muy distinta que dicho contrato —al ser eficaz entre las partes— sea idóneo para ampliar el círculo de interesados o legitimados para recurrir.

En este sentido se ha pronunciado la STS de 13 de marzo de 1987 (Ar. 1.936), la cual —modificando la línea tradicional de la jurisprudencia— admite la legitimación de quien asumió una obligación tributaria en virtud de pacto o contrato permitido legalmente, lícito y válido, ya que no es preciso el interés directo en el sentido tradicional de la LJCA, sino el mero interés legítimo del art. 24 de la Constitución:

“esta subrogación voluntaria y parcial en la deuda tributaria le dota por sí misma de un interés suficiente para impugnar las liquidaciones correspondientes...”

Conviene precisar, no obstante, que no basta haber asumido el “encargo” de satisfacer la deuda tributaria como representante o mandatario del sujeto pasivo, sino que es necesario haber asumido propiamente la obligación tributaria, aunque dicho pacto carezca de efectos directos frente a la Hacienda; pacto que, por cierto, no tiene que figurar en la propia escritura pública o documento, sino que puede haberse realizado de cualquier otra forma que conste suficientemente, con el gestor o incluso —aunque no sea habitual— con el propio notario o con un tercero, aunque no sea parte en el documento sometido a gravamen. El reconocimiento de plena eficacia jurídico-privada que a estos pactos sobre la obligación tributaria otorga el

art. 36 de la Ley General Tributaria, y la inexigencia de forma alguna, ni siquiera *ad solemnitatem*, no permite otra conclusión que el pleno reconocimiento de la legitimación para recurrir, siempre que conste suficientemente la realidad del pacto o contrato.

En el sentido que acaba de exponerse, *debe considerarse incompatible con la Constitución —y por lo tanto nulo de pleno Derecho— el art. 11.2.d) del Texto Articulado de Reclamaciones Económico-Administrativas*, que expresamente negaba legitimación a “los que asuman obligaciones tributarias en virtud de pacto o contrato”; nulidad que al tratarse de un Decreto-legislativo, que en este punto excede la habilitación otorgada por la Ley de Bases, puede apreciarse en vía contencioso-administrativa, sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad. Y lo mismo cabe decir, dado su rango, del correlativo art. 32.2.d) del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas.

244

Esta conclusión —la legitimación de quien asume la obligación tributaria en virtud de pacto o contrato— es perfectamente trasladable a las autoliquidaciones presentadas, las cuales son también impugnables en vía económico-administrativa, al merecer a estos efectos la consideración de “actuaciones tributarias reclamables” (art. 15.2 del Texto Articulado de 1980). Según el art. 121 del Reglamento de Procedimiento —en la redacción dada a este precepto por la disposición adicional cuarta del Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre, de devolución de ingresos indebidos—, en caso de autoliquidación, quien la formula puede instar la rectificación de la misma, y “la resolución expresa o presunta que dicte la Administración tributaria... será susceptible de impugnación en vía económico-administrativa”, siempre que no haya recaído liquidación administrativa propiamente dicha (en cuyo caso cabe siempre impugnar ésta) y no haya transcurrido el plazo quinquenal de prescripción del derecho a la devolución. Y ello es aplicable, por las razones ya examinadas, tanto a las autoliquidaciones formuladas por el sujeto pasivo como a las ingresadas por

quien ha asumido la obligación tributaria en virtud de pacto o contrato.

b) En el caso de *normas con rango reglamentario*, como son las que regulan el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados en los Territorios Históricos del País Vasco, el Consejo General del Notariado y los Colegios Notariales afectados están, en nuestra opinión, legitimados para impugnar las mismas, a través del recurso directo frente a Reglamentos, dentro del plazo de dos meses previsto con carácter general en el art. 58 LJCA; y lógicamente sin perjuicio de la posibilidad de recurso *indirecto*, impugnando cuando ostenten legitimación para ello —según los criterios expuestos sub a)— los actos de aplicación —liquidaciones o autoliquidaciones— de la norma reglamentaria de que se trate.

A este respecto hay que tener en cuenta una ya consolidada jurisprudencia constitucional, según la cual

245

“al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales y, entre ellas, la del ‘interés directo’ que se contiene en el art. 28.1.a) de la LJCA” (SSTC 24/1987, 93/1990 y 195/1992, entre otras).

Concretamente respecto al citado art. 28.1.a) de la LJCA, la STC 195/1992, de 16 de noviembre, referida precisamente a la impugnación de normas reglamentarias de contenido tributario, recuerda que tras la Constitución, y a la luz del art. 24.1 de la misma,

“hay que entenderlo sustituido por el criterio más amplio de interés legítimo, *identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida* (SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988 y 97/1991, y ATC 356/1989). *Debiéndose entender igualmente, después de la vigencia de la Constitución, que para impugnar una disposición de carácter general es aplicable como regla común la del apartado a) del mencionado art. 28.1 LJCA, y no la del apartado b) del mismo precepto legal* (SSTC 160/1985 y 24/1987, y ATC 520/1987)”.

Partiendo de estas premisas, la ya citada STC 195/1992, de 16 de noviembre, establece con toda claridad que la legitimación para interponer un recurso directo frente a una disposición reglamentaria de contenido tributario, no puede limitarse a los sujetos pasivos u “obligados” por el tributo de que se trate, sino que ha de extenderse a las personas para las que resulte “cualquier ventaja o utilidad” de la nulidad de la disposición impugnada, así como a cualquier “asociación” o entidad que represente a estas personas.

Lo que indudablemente ocurre, en nuestra opinión, con los Colegios Notariales y el Consejo General del Notariado, aunque sólo sea porque la “deslocalización” de los hechos imponibles que provoca el punto de conexión en AJD, unida a la existencia de tipos reducidos en determinados territorios, afecta a la retribución de los notarios, en la medida en que se incita a elegir un notario distinto única y exclusivamente para buscar la elusión del impuesto a través del aberrante juego del punto de conexión elegido.

Conclusión ésta que se refuerza por el hecho de que la legitimación corporativa de los “colegios oficiales... asociaciones y demás entidades constituidas legalmente para velar por intereses profesionales o económicos determinados” aparece también claramente consagrada en el art. 32 de la LJCA.

Debiendo tenerse además en cuenta que la eventual inadmisión del recurso por falta de legitimación, cuando dicha inadmisión resulta irrazonable o irrazonada “o está basada en una interpretación restrictiva que pueda resultar desfavorable para la efectividad del contenido normal del derecho”, constituye una violación del derecho a la tutela judicial efectiva que en último extremo puede hacerse valer, agotadas otras vías, a través del recurso de amparo (SSTC 126/1984, 4/1985, 24/1987, 93/1990, 32/1991 y 195/1992, entre otras).

Con todo, conviene recordar que —pese a la existencia de legitimación para impugnar disposiciones reglamentarias, en los términos que acaban de exponerse— el plazo para interponer recurso directo contra Reglamentos es de dos meses,

transcurrido el cual hay que esperar una eventual reforma de la norma reglamentaria de que se trate, o bien acudir al recurso indirecto, subordinándose en este caso a los requisitos de legitimación previstos para la impugnación del acto —liquidación o autoliquidación— dictado en aplicación del Reglamento.

c) Finalmente, *tratándose de normas con rango de Ley —como es el caso de Navarra y, en el País Vasco, del punto de conexión, que está fijado en el propio Concierto—*, la única vía para promover el control de su constitucionalidad que —conforme a la normativa actualmente vigente (17)— tienen abierta el Consejo General del Notariado y los Colegios de Notarios, es la de la cuestión de inconstitucionalidad, cuyo planteamiento puede solicitarse al impugnar normas reglamentarias o actos de aplicación, ya que la legitimación para el recurso de inconstitucionalidad se encuentra limitada, como es sabido, a los órganos a que se refieren los arts. 162.1.a) de la Constitución y 32 de la LOTC.

Ahora bien, ello no excluye, en nuestra opinión, que el Consejo General del Notariado traslade sus pretensiones y argumentaciones a los órganos legitimados para recurrir, o

247

(17) En caso de que el control se residenciara ante el Tribunal Constitucional a través de un conflicto de competencias —lo que en el caso que nos ocupa constituye una posibilidad muy remota, prácticamente desaparecida tras la opción por el recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley Foral 6/1992— cabría sostener la posibilidad de que el Consejo General del Notariado compareciera como coadyuvante, siempre que —además del interés legítimo que ya hemos visto que ostenta— hubiera que decidir no sólo sobre la titularidad de la competencia, sino también sobre actos o situaciones de hecho o de derecho creadas por el acto determinante del conflicto (Autos 124/1981, 459/1985 y 173/1986). Aunque la jurisprudencia más reciente restringe la intervención de coadyuvantes en conflictos de competencia (Autos de 11 de julio de 1990 y 9 de abril de 1991, recaídos respectivamente en los conflictos de competencia números 472/1988 y 2480/1990), argumentando que la incidencia que la sentencia dictada en un conflicto puede tener sobre los intereses de terceros no es privativa del proceso constitucional de conflicto de competencia, sino que también puede apreciarse en no pocas sentencias dictadas en procesos —recursos y cuestiones— de inconstitucionalidad, a pesar de que, a diferencia del art. 66 *in fine* de la LOTC, nada disponen al respecto los arts. 38 a 40 de la misma Ley Orgánica, “con lo que queda diluida la razón determinante de esc tratamiento diferenciado entre unos y otros procesos en orden a la admisibilidad de la figura del coadyuvante”.

haga llegar las mismas a la Abogacía del Estado ante el Tribunal Constitucional, amparándose en última instancia en el genérico derecho de petición.

La falta de legitimación para impugnar directamente textos con rango de Ley tampoco excluye la impugnación de normas reglamentarias dictadas en desarrollo o ejecución —entendidos estos términos en sentido amplio— de la Ley, lo que ofrecería la ocasión para solicitar el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. *Este sería el caso, en nuestra opinión, de cualquier disposición reglamentaria —o acuerdo— que pudiera dictarse en Navarra precisando los efectos de la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional respecto a la disposición adicional décimotercera de la Ley Foral 6/1992* (18); y desde luego de cualquier disposición reglamentaria dictada en la mencionada Comunidad Autónoma para precisar o desarrollar las consecuencias de la reforma introducida en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, o las consecuencias de la sentencia que en su momento ponga fin al recurso de inconstitucionalidad actualmente pendiente de resolución; así como de cualquier modificación que se produzca en las normas vascas que regulan esta materia.

Aparte, lógicamente, de la posibilidad de impugnar actos concretos de aplicación, solicitando en su caso el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, si concurren los requisitos de legitimación examinados sub a).

d) Desde una perspectiva *de lege ferenda* quizá no sea ocioso señalar que las limitaciones que impone nuestro ordenamiento vigente —en particular la LOTC— para la impugnación de normas legales, e incluso para intervenir como coadyuvante o al menos ser oído en los procesos de constitucionalidad —recurso y cuestión de inconstitucionalidad—, cuando la resolución de los mismos afecta a los intereses legítimos, resulta

(18) Al interponerse el recurso de inconstitucionalidad, se dictó por el Gobierno de Navarra un acuerdo de 7 de septiembre de 1992, dejando en suspenso la liquidación del impuesto, y no cabe descartar totalmente alguna disposición similar que regule en el futuro la suspensión, en tanto se resuelve el recurso pendiente.

criticable desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, consagrada en el art. 24 de nuestra Constitución y en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España el 26 de septiembre de 1979) (19). Pero a la vista de la jurisprudencia constitucional (20) es difícil que, en tanto dicha jurisprudencia o la LOTC no sea revisada, puedan encontrarse cauces formales distintos de los mencionados.

6. *Efectos de la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional.*

La impugnación por el Presidente del Gobierno de la Ley Foral 6/1992, invocando expresamente el art. 161.2 de la Constitución, supuso conforme a dicho precepto y al art. 30 LOTC la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados, entre ellos el relativo a la reducción del tipo de gravamen en AJD, desde la fecha de interposición del recurso. Según el citado art. 30 LOTC la suspensión debe ser ratificada o levantada por el Tribunal en un plazo no superior a cinco meses, lo que en general ha sido interpretado en el sentido de que la suspensión se produce automáticamente, de pleno derecho, durante los cinco primeros meses, por el mero hecho

249

(19) Aunque el art. 6 del Convenio se aplica sobre todo a materia civil y penal, excluida la tributaria en sentido estricto, sin embargo constituye un criterio interpretativo importante del alcance que ha de darse a la tutela judicial efectiva (criterio, por cierto, vinculante en nuestro ordenamiento según el art. 10.2 de la Constitución); y en el art. 24 de nuestro Texto Fundamental la tutela se proyecta sin distinción a todas las materias, incluida por tanto la tributaria.

(20) Nuestra jurisprudencia interna es muy restrictiva, al haber entendido reiteradamente el Tribunal Constitucional que la tutela judicial efectiva es un derecho que por sí solo no abre vía procesal alguna, de manera que su ejercicio requiere siempre la interposición del legislador y no puede invocarse ni ejercitarse *en contradicción* o al margen de las normas procesales que respeten su contenido esencial. Y téngase en cuenta que en nuestro ordenamiento positivo no existe, en los procesos constitucionales, una legitimación por interés, como es habitual en los procesos ante la jurisdicción ordinaria (salvo los supuestos de acción pública o popular), sino una legitimación “por atribución constitucional”.

de invocarse el art. 161.2 de la Constitución, y transcurrido dicho plazo el Tribunal debe pronunciarse expresamente, mediante auto, sobre su mantenimiento o no.

En el caso que nos ocupa, el Gobierno de la Comunidad Foral de Navarra, al tener conocimiento de la admisión a trámite del recurso, adoptó un acuerdo de 7 de septiembre de 1992 en el que decidía dejar en suspenso las liquidaciones del tributo, es decir, que el Gobierno navarro entendió la suspensión como la imposibilidad de aplicar tanto el 0,10 por 100, por hallarse suspendido, como el 0,50 por 100, por haber sido derogado por la Ley Foral 6/1992. Conviene advertir desde ahora que dicho acuerdo era innecesario, pues la suspensión es inicialmente automática —deriva de la mera invocación del art. 161.2 de la Constitución— y posteriormente resuelve sobre ella el propio Tribunal Constitucional. De manera que la Comunidad Autónoma autora de la Ley impugnada no tiene por qué adoptar medida alguna; y si lo hace, en buena lógica, dicha medida debería ser puramente declarativa, nunca constitutiva, sobre todo si tiene un rango inferior a la ley impugnada.

250

Aparte de adoptar el acuerdo mencionado, el Gobierno de Navarra presentó el 17 de septiembre de 1992 escrito de alegaciones, que aprovechó para solicitar, mediante *otrosí*, el levantamiento de la suspensión, argumentando el perjuicio que la misma ocasiona a la Comunidad Autónoma, por la pérdida de recaudación, mientras que ningún perjuicio se produciría para los intereses generales en caso de levantamiento. En este sentido se alega que la suspensión provoca un vacío normativo en territorio foral, que impide liquidar el tributo “ante la carencia de norma aplicable, con lo que la diversidad entre el régimen tributario estatal y el foral, en vez de reducirse, se ahonda”.

El Parlamento de Navarra, mediante escrito presentado el 21 de septiembre de 1992, formuló sus propias alegaciones de fondo, solicitando también el levantamiento de la suspensión con unos argumentos muy similares a los del Gobierno navarro, en particular el *horror vacui*; admitiendo incluso —con la

finalidad de demostrar la inexistencia de perjuicio para el Estado en caso de levantamiento de la suspensión— que la eventual estimación del recurso en su día puede dar lugar a la exigencia de la diferencia entre uno y otro tipo de gravamen.

El Tribunal Constitucional ha resuelto en sentido negativo esta pretensión de levantamiento de la suspensión, a través de un Auto de 27 de octubre de 1992, del Pleno, *muy deficiente técnicamente*, por las razones que inmediatamente veremos, lo cual hace temer cual sea la solución final a que se llegue, pues el Alto Tribunal —dicho sea con el debido respeto— no parece haberse percatado de todos los aspectos del problema que se le plantea.

La aludida deficiencia técnica del Auto de 27 de octubre de 1992 se pone ya de relieve en el FJ 1 del mismo, dedicado a la procedencia o no de pronunciarse sobre el levantamiento de la suspensión antes de transcurridos los cinco meses durante los que ésta juega automáticamente. El Tribunal acepta pronunciarse sobre la suspensión anticipadamente, dadas las circunstancias concretas del caso, lo que cuenta con precedentes (ATC 355/89 FJ 1) y, en principio, resulta acertado. Pero, desde luego, no así la razón que explica, a juicio del Tribunal, la procedencia de dicha anticipación:

251

“Pues bien, en esta ocasión procede acceder a la solicitud del Gobierno y del Parlamento de Navarra y, en consecuencia, entrar a considerar la pertinencia de levantar o mantener la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos legales impugnados, pues la singularidad y circunstancias concurrentes así lo aconsejan, anticipando un pronunciamiento que, en otro caso, *tendría que adoptarse una vez concluido ya el período impositivo correspondiente al ejercicio de 1992 una vez cerrada ya, por tanto, toda posibilidad de aplicación en relación al referido ejercicio*”.

Es decir, que el Tribunal parece considerar el gravamen proporcional de Actos Jurídicos Documentados como un *tributo periódico* —obsérvese que expresamente se habla de “período impositivo” y no de “ejercicio presupuestario”, lo que tampoco tendría excesivo sentido—; algo que no se nos alcanza

que hasta ahora nadie se hubiera atrevido siquiera a insinuar.

Pero lo que es más grave por los efectos que pueda tener en el futuro, si la sentencia de fondo no lo corrige, es el inciso final del párrafo transcrito, que *parece insinuar que, sobre los documentos autorizados u otorgados mientras está suspendida la liquidación del tributo no cabe exigir cuota alguna; ni siquiera retroactivamente —dentro del plazo de prescripción— una vez que recaiga sentencia*. Lo cual es gravemente incorrecto y se contradice con la propia argumentación que se contiene en los Fundamentos Jurídicos posteriores del Auto que comentamos.

En cuanto al fundamento de la decisión final de mantener la suspensión, el FJ 3, por un lado, rechaza que se produzca vacío normativo alguno, y por otro, afirma que el eventual perjuicio recaudatorio que se produzca es imputable a la propia Comunidad Autónoma, y no a la suspensión en sí misma:

“El vacío normativo al que se apela como fundamento principal de los perjuicios dimanantes de la suspensión... no puede ser aceptado, por cuanto difícilmente puede admitirse, tal como advierte el Abogado del Estado, que la suspensión provoque ese efecto si no se desconoce simultánea e indebidamente que, en todo caso, el Derecho estatal será supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo dispuesto por el art. 149.3 *in fine* de la C.E. La efectividad de esta previsión, desde luego, no queda de ninguna forma impedida por las competencias que la Comunidad Foral pueda ostentar en la materia, con lo que... la propia liquidación del impuesto por actos jurídicos documentados no resulta(n) de imposible cumplimiento...”

De otra parte, si algún perjuicio de orden recaudatorio para la Hacienda Foral se puede producir como consecuencia de la suspensión... el mismo no cabrá imputarlo sino a la propia decisión del Gobierno de Navarra dejando en suspenso la liquidación del impuesto correspondiente a los hechos imponibles afectados..., ya que nada impide que, hasta que se dilucide en virtud de sentencia la constitucionalidad o no de la norma, tales liquidaciones se practiquen conforme al tipo de gravamen previsto en la supletoria normativa estatal. De este modo, no sólo no se sigue perjuicio económico para la Hacienda Foral, sino que, antes bien, se previenen las inevitables dificultades que para la plena efectividad generaría una hipotética declaración de inconstitucionalidad de la norma foral con arreglo a la cual se hubieran practicado las liquidaciones”.

Esta argumentación de fondo tampoco resulta, en nuestra opinión, afortunada. En primer lugar, da por supuesto que el alegado vacío normativo implica la aplicación supletoria del ordenamiento estatal, cuando la doctrina mayoritaria entiende que la suspensión de una norma *supone también la suspensión de su eficacia derogatoria* (21), con lo que habría que concluir en la plena vigencia y aplicabilidad del tipo del 0,50, *por ser el establecido en la primitiva redacción del art. 22 de la Norma Foral reguladora del impuesto, de 20 de marzo de 1981*; no por aplicación supletoria de otro ordenamiento.

En el caso concreto que nos ocupa hay que reconocer que ello no tiene consecuencias prácticas importantes, pues el tipo de las primitivas normas navarras es el mismo previsto en la legislación estatal. Pero de existir diferencias entre el tipo derogado por la norma autonómica impugnada y el tipo estatal sería muy distinto sostener una u otra tesis. Aparte de que la afirmación de que el eventual vacío hay que colmarlo primeramente, si es posible, con la propia normativa navarra, conlleva la posibilidad del Parlamento de esta Comunidad de volver a legislar sobre la materia, aun antes de que recaiga sentencia. Lo que se suspende es, en efecto, la norma impugnada, pero no una eventual Ley Foral posterior sobre la

253

(21) La suspensión se proyecta en principio sobre todos los efectos normativos, entre los que se encuentra el efecto derogatorio que la nueva Ley tuvo sobre las anteriores, salvo cuando lo que se suspende es únicamente un precepto aislado de una Ley cuya eficacia derogatoria no deriva del precepto suspendido sino de todo el conjunto de la misma. En este sentido, la suspensión se asemeja, con ciertos matices, a la anulación (ambas expulsan del ordenamiento, provisionalmente en el primer caso y definitivamente en el segundo, la norma a que afectan) y se diferencia de la derogación, ya que la derogación de una norma no supone por sí misma el resurgimiento de las que esta última haya, a su vez, derogado. Por todos, F. SORRENTINO, "L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico", *Riv. Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1972, p. 23.

Desde esta perspectiva, obsérvese que la derogación del tipo de gravamen que se contenía en el art. 22.2 de la Norma Foral reguladora del ITPAJD se produjo en su momento exclusivamente por la incompatibilidad entre la suspendida disposición adicional décimotercera de la Ley Foral 6/1992 (no el conjunto de esta Ley) y el citado art. 22.1. Ni siquiera hay norma derogatoria expresa. La suspensión "de la vigencia y aplicación", en cuanto expulsión provisional del ordenamiento, conlleva pues la suspensión de la eficacia derogatoria del nuevo tipo reducido.

misma materia, que habría de ser objeto de un nuevo recurso.

Lo que sí tiene consecuencias prácticas importantes es que el Tribunal no aclara si Navarra tiene obligación de aplicar el tipo del 0,5 por 100 o puede seguir manteniendo la suspensión de las liquidaciones conforme al acuerdo de 7 de septiembre de 1992. En nuestra opinión, la mera admisión del recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno, invocando el art. 161.2 de la Constitución, conlleva la suspensión de la Ley Foral 6/1992 y la reviviscencia —desde la fecha de interposición hasta que se levante la suspensión— de la primitiva norma foral que fijaba el tipo del 0,50 por 100, ya que la suspensión implica también, como hemos dicho, la suspensión de la eficacia derogatoria.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional no dice esto. No lo dice desde luego en el fallo o “acuerdo” sobre la suspensión; pero tampoco queda explícito —al menos de forma clara— en los Fundamentos Jurídicos del Auto que comentamos. En efecto, como hemos visto se comienza por rechazar la existencia de un vacío normativo acudiendo a la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal —lo que, insistimos, a nuestro juicio es incorrecto—, pero no se afirma que la Comunidad Autónoma esté obligada a proceder a dicha aplicación supletoria. Al contrario, en la parte final del FJ 3, antes transcrito, lo que se afirma es que “nada impide” —lo que es muy distinto de que exista “obligación”— practicar las liquidaciones al tipo estatal del 0,50 por 100, y que si no se hace así, el perjuicio que “se *puede* producir como consecuencia de la suspensión... *no cabrá imputarlo* sino a la propia Decisión del Gobierno de Navarra”. Obsérvese que los tiempos en que se usan los verbos —aunque quizá el Tribunal no haya sido consciente de ello— parecen dar a entender que la suspensión de las liquidaciones puede seguir manteniéndose en el futuro; del perjuicio ocasionado *será* únicamente responsable el Gobierno de Navarra, pero no se dice que deba proceder de otro modo.

A nadie se le oculta que el Tribunal —a quien también vincula la exigencia de seguridad jurídica, esencia misma del Estado de Derecho— debería haberse pronunciado en términos más precisos, adoptando además todas las medidas necesarias para hacer efectiva la suspensión por el mismo ordenada. Pero no lo ha hecho así. A ello quizá no sea totalmente ajeno el hecho de que en el territorio vasco siguen vigentes los tipos reducidos, por lo que la exigencia a Navarra de reimplantar el 0,50 por 100 —por ser el anteriormente vigente o por aplicación supletoria de la normativa estatal— obligaría a esta Comunidad a reingresar en el conjunto de territorios perjudicados por la compensación financiera silenciosa u oculta que la diferencia de tipos genera.

En todo caso, volviendo a la decisión o acuerdo del Gobierno de Navarra de suspender las liquidaciones por AJD —acuerdo cuya modificación abriría la posibilidad de impugnación por el Consejo General del Notariado, en los términos examinados en el epígrafe anterior—, hay que advertir que se trata simplemente de una *suspensión de la liquidación*. Es decir, que Navarra no ha renunciado a practicar *a posteriori*, dentro del plazo de prescripción, las liquidaciones que procedan —al 0,10 o al 0,50 por 100— una vez que recaiga sentencia, en función de lo que ésta decida. *Riesgo del que los contribuyentes afectados deben ser plenamente conscientes*, por más que el Auto que comentamos aluda al cierre de toda posibilidad de cobrar transcurrido el “período impositivo”(!) (FJ 1) o a las “inevitables dificultades” que la suspensión genera para la plena efectividad de una hipotética declaración de inconstitucionalidad (FJ 3). Estas dificultades son —en nuestra opinión— exclusivamente las derivadas de que muy a menudo las competencias de Navarra habrían de ejercerse extraterritorialmente, sobre contribuyentes que nada tienen que ver con dicha Comunidad —que únicamente han acudido a ella para otorgar la escritura—, lo que una vez más pone de relieve que el verdadero problema está en el punto de conexión; pero no hay ningún obstáculo ju-

rídico para la exigencia retroactiva de las cuotas correspondientes al gravamen proporcional de AJD, dentro del plazo de prescripción (22).

IV. Conclusiones

Queda así contestada, a salvo claro está de cualquier otra opinión mejor fundada, la cuestión planteada. Contestación que, a modo de breve resumen, podemos concretar del siguiente modo:

Primero. El tipo reducido del 0,10 por 100 aplicable en el País Vasco y Navarra al gravamen proporcional de Actos Jurídicos Documentados, unido a la libre elección de notario y al punto de conexión, genera una situación de *compensación* financiera silenciosa u oculta —una pérdida de recaudación de las Comunidades de régimen común— manifiestamente incompatible con la Constitución, *cualquiera que haya sido la finalidad que ha inspirado la reducción del tipo*.

Segundo. La inconstitucionalidad *radica en el punto de conexión* previsto en el Concierto y en el Convenio —el lugar

(22) La aplicación retroactiva del tributo no está constitucionalmente vedada, según una reiterada jurisprudencia constitucional, salvo que resulte contraria a determinados principios constitucionales, como el de seguridad jurídica (STC 126/1987, de 16 de julio, comentada en *Civitas, REDF*, núm. 57, pág. 129). Y en el caso concreto que nos ocupa difícilmente podría el contribuyente alegar ninguna *confianza legítima* en que no le será exigido el tributo, o en que le será exigido a un determinado tipo y no a otro. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la limitación de los efectos de sus sentencias en el tiempo, a la que el Tribunal Constitucional acudió cuando declaró inconstitucional el régimen de la unidad familiar en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se justificaba en que la nulidad de los preceptos declarados inconstitucionales generaba una laguna en un sistema trabado que no podía sustituirse por ningún otro (FJ 11 de la STC 45/1989, de 20 de febrero); lo que no es el caso que nos ocupa, ya que el eventual vacío que la declaración de inconstitucionalidad del tipo del 0,10 por 100, respecto a la totalidad de los hechos imponibles o sólo respecto a alguno de ellos, podría fácilmente colmarse aplicando en esos casos el 0,50 por 100, bien por aplicación supletoria del Derecho estatal —como indica el Tribunal Constitucional—, bien basando dicho tipo en la primitiva normativa foral, según entendemos nosotros que resulta más correcto.

donde se otorga o expide el documento— y no necesariamente en la reducción del tipo en sí misma considerada ni, menos aún, en la libre elección de notario, la cual constituye un principio básico que, ni siquiera por Ley, podría retringirse por motivos fiscales.

Tercero. Dicha inconstitucionalidad del punto de conexión *puede ser declarada por el Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la disposición adicional décimotercera de la Ley Foral 6/1992, de Navarra*, que da nueva redacción al art. 22.2.1.º de la norma sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de 17 de marzo de 1981, ya que el artículo 39.1 de la LOTC permite extender la declaración de inconstitucionalidad “por conexión o consecuencia” a otros preceptos; posibilidad que debería utilizarse para declarar la inconstitucionalidad de las normas que fijan el punto de conexión (ya sea el art. 32.1.c) del propio Convenio, o el art. 2.3.A) de la citada norma de 17 de marzo de 1981, o ambos preceptos).

257

Cuarto. Aunque la declaración de inconstitucionalidad no llegara a producirse por razones formales, una sentencia meramente interpretativa, o de cuyos Fundamentos pudiera deducirse la inconstitucionalidad del punto de conexión, obligaría a modificar el Concierto y el Convenio, en virtud, entre otras razones, del deber de *lealtad federal*.

Quinto. *El Consejo General del Notariado y los Colegios Notariales están legitimados para interponer en vía contencioso-administrativa recurso directo contra cualquier norma reglamentaria que pueda producirse en este ámbito.* Para impugnar actos concretos de aplicación —liquidaciones o autoliquidaciones— sólo están legitimados los sujetos pasivos y quienes hayan asumido la obligación tributaria en virtud de pacto o contrato. Respecto a las normas legales —como las Leyes forales que en Navarra regulan el tributo o los preceptos que en el

Concierto y Convenio fijan el punto de conexión— únicamente cabe solicitar el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad al impugnar cualquier norma reglamentaria o acto de aplicación.

Todo ello sin perjuicio de que, al amparo del derecho de petición, se hagan llegar las conclusiones del Consejo General del Notariado a los órganos constitucionalmente legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad, o incluso —en el recurso actualmente pendiente contra la Ley navarra— a la propia Abogacía del Estado ante el Alto Tribunal.

258

Sexto. La suspensión de la disposición adicional décimotercera de la Ley Foral 6/1992 supone la suspensión también de la eficacia derogatoria de dicha disposición, y por lo tanto la necesidad de aplicar el tipo del 0,50 por 100 anteriormente vigente en Navarra. No es ésta, sin embargo, la tesis mantenida en el ATC de 27 de octubre de 1992, que se basa en la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal —tesis que también llevaría a la aplicación de un tipo del 0,50 por 100— pero sin dejar absolutamente claro si Navarra queda obligada a la aplicación supletoria del tipo estatal, o puede seguir manteniendo la suspensión de las liquidaciones.

En todo caso, la suspensión de las liquidaciones acordada hasta la fecha no impide la exigencia retroactiva del tributo, una vez se dicte sentencia, al tipo que resulte de ésta, y sin perjuicio de la prescripción. O incluso, la suspensión de las liquidaciones inicialmente acordada puede levantarse antes de la sentencia, si se opta por el tipo del 0,50 por 100, ya sea por aplicación supletoria del Derecho estatal o por ser el anteriormente vigente en Navarra.

Séptimo. La disminución del tipo de gravamen operada por Navarra y, antes, por los Territorios Históricos del País Vasco, también podría considerarse *en sí misma*, contraria a los principios constitucionales de solidaridad, coordinación,

igualdad y unidad, aunque ello es más dudoso, dado que estos principios aparecen ya concretados en el Convenio y en el Concierto —en los que no existe ningún obstáculo para la reducción del tipo—; sólo si se entendiera que la competencia tributaria se ha ejercido exclusivamente con la finalidad de atraer recaudación, sin ningún motivo constitucionalmente admisible, las correspondientes medidas podrían reputarse inconstitucionales en sí mismas.

A) Tribunal Supremo

RETRACTO Y SOCIEDAD DE GANANCIALES **(LO QUE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO NO RESOLVIO** **EN LA S. DE 14 DE MARZO DE 1992) (*)**

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

Notario

263

Mi comunicación, este año, se circunscribe a un caso práctico, objeto de un recurso de casación que la Sala Primera del Tribunal Supremo desestimó por una razón formal, sin entrar en el fondo de la cuestión. El caso era éste:

Una tía, dos sobrinos y la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios tenían en copropiedad unas fincas en la provincia de Granada. La Orden vendió la mitad de su participación indivisa a la tía, que era viuda, y la otra mitad indivisa a los dos sobrinos, que estaban casados en régimen de gananciales.

La tía ejercitó el retracto de comuneros, por entender que

(*) Comunicación al Pleno de Académicos de la Real de Jurisprudencia y Legislación expuesta el día 4 de mayo de 1992.

No se reproduce el texto de la Sentencia a que se refiere este estudio, porque en el mismo figura en todo lo esencial. Puede verse en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1992/2181.

los sobrinos habían comprado para su sociedad conyugal, y se comprometió a reembolsarles no sólo el precio figurado en la escritura de compraventa (un millón de pesetas), sino el precio real de la venta. Los sobrinos se opusieron a la demanda y, en un otrosí de su contestación, dijeron que el precio real de la venta había sido de tres millones de pesetas.

El Juzgado de Primera instancia desestimó la demanda; pero la Audiencia de Granada revocó la sentencia de aquél y dio lugar al retracto por el precio real de la venta.

Interpuesto el recurso de casación, la parte demandante—que entonces eran los dos hijos y herederos de la tía, es decir dos primos hermanos de los demandados y también casados en régimen de la sociedad legal de gananciales—se opuso a su admisión, aduciendo la cuantía del retracto.

Me hablaron del pleito y me encomendaron el recurso de casación para el caso de que fuera admitido. Facilité a los demandados una nota en la que advertía que la tía al ejercitar el retracto se había comprometido a abonar el verdadero precio de la venta, y que los sobrinos habían dicho que éste era el de tres millones de pesetas, a lo que nada había objetado la retrayente. Por lo cual, habida cuenta de que el precio del retracto se compone del de la venta más los gastos indicados en el art. 1.518 C.c., evidentemente sobrepasaba los tres millones de pesetas. Así lo hicieron constar los recurrentes, en el incidente, ante la Audiencia de Granada, y ésta tramitó el recurso, que fue admitido por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Consecuentemente, yo lo formalicé, siendo desestimado, en sentencia de 14 de marzo de 1992, por la Sala Primera del Tribunal Supremo, conforme el siguiente fundamento de derecho.

“Al haber la dirección técnica de los recurridos, al comienzo de su informe y con carácter previo, planteado la cuestión atinente a la inadmisibilidad del presente recurso de casación por razón de la cuantía litigiosa, dicha cuestión ha de ser considerada y resuelta por esta Sala en primer lugar, dado el

carácter de orden público que tienen las normas reguladoras del proceso, que obliga a los Tribunales a velar por su observancia incluso 'ex officio' y aunque la infracción no hubiera sido aducida por alguna de las partes, alegación que, además, aquí se ha producido. No ya atendiendo al precio de venta escriturado (un millón de pesetas), sino al precio real de la misma, que es el que en todo retracto debe ser tenido en cuenta y que los demandados, aquí recurrentes, en su escrito de contestación a la demanda (folios 56 vuelto y 57 de los autos), manifiestan expresamente que fue de tres millones de pesetas, es evidente que dicho precio verdadero de venta no alcanza tampoco el límite mínimo exigido para el acceso a la casación por los números 1.º y 3.º del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que requieren que la cuantía litigiosa 'exceda de tres millones de pesetas', por lo que, en su momento, este recurso no debió de ser admitido, de conformidad con la regla 2.ª del artículo 1.709, en relación con el artículo 1.697, ambos de la citada Ley procesal, causa de inadmisión que, en este trámite, y sin necesidad de más argumentación, se convierte en causa de desestimación del recurso, según tiene reiteradamente declarado esta Sala (Sentencias de 5 de octubre de 1987, 14 de octubre de 1989, 6 de febrero, 21 de marzo, 22 de mayo, 12 de noviembre y 7 de diciembre de 1990, 10 de mayo de 1991, entre otras muchas)".

No había tenido yo, en la vista, término hábil para replicar al letrado de los recurridos, y explicar lo que había movido a la Audiencia de Granada a tramitarlo, según constaba en las diligencias del correspondiente incidente antes referido. Es decir, para advertir que el art. 1.525 C.c. declara que en el retracto legal "*tendrá lugar lo dispuesto en los artículos 1.511 y 1.518*"; y que, según éste:

"El vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comparador el precio de la venta, y además:

"1.º Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.

“2.º Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida”.

Esto es, que el precio del retracto es sólo parte del precio de la venta, pues hay que sumarle el importe de los gastos indicados en el art. 1.518, o sea que, con un precio de venta de 3.000.000 de ptas., el precio del retracto necesariamente tenía que exceder de esta cuantía, lo cual le franqueaba el paso al recurso de casación; ya que el pago de esos gastos no es una prestación accesoria —como lo son los intereses de una deuda—, sino parte esencial de la principal; ya que, conforme la letra del mismo art. 1.518, *no podrá hacerse uso del derecho de retracto sin el reembolso de estos gastos.*

Lo cierto es que, por la razón referida la Sentencia no entró en el fondo del asunto, y por lo tanto, creo que, con mayor razón, resulta de interés exponerlo como lo fundamenté en los siguientes motivos, que resumo:

266

PRIMERO: *Al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, por el error de hecho que demuestra el texto de la certificación registral de la inscripción de la escritura pública de la compraventa objeto de la demanda de retracto que pretende la parte recurrida.*

En el considerando segundo de la sentencia recurrida se lee: “que al adquirir D.^a y D., en virtud de compraventa, una sexta parte indivisa de la comunidad, participación a la que la acción de retracto se contrae, y hacerlo para sus respectivas sociedades conyugales, no hay duda que se está dando entrada a extraños en la tan referida comunidad, puesto que las sociedades de gananciales, a las que se hallan afectos los regímenes económico matrimoniales de los Señores hoy demandados, resultarían en suma, únicas y verdaderas propietarias de la porción o parte en contienda”.

Creo erróneo decir que los recurrentes compraran para sus respectivas sociedades conyugales, pues ese error le acredita la certificación del Registro de la Propiedad de Granada, unida a los autos, donde consta que las participaciones indivisas de

las casas Molino de Aceite y la llamada del guarda, en el pueblo de Monachel (Granada), que forman una unidad patrimonial, compradas a la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios, están inscritas —dice literalmente— “por mitad y proindiviso, con carácter presuntivamente ganancial, por compra en estado de casados respectivamente con Don y Doña, a la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios, mediante escritura otorgada en Granada el diez de julio pasado ante el Notario de dicha ciudad Don”.

Es decir, en el Registro de la Propiedad aparecen como adquirentes los dos hermanos recurrentes, aunque se diga “con carácter *presuntivamente* ganancial” (subrayo “presuntivamente”, palabra que indica que puede no tenerlo), que es la fórmula correspondiente al supuesto previsto en el artículo 94 del Reglamento de la Ley hipotecaria, redactado conforme al Real Decreto de 10 de octubre de 1984, que distingue: los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, que se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial (art. 94-1); diferenciadamente de los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales, que se inscribirán con esta indicación a nombre del cónyuge adquirente.

Hay pues, en la sentencia recurrida un evidente error de hecho deducible de la propia certificación registral.

Los hermanos recurrentes compraron personalmente, en nombre propio, no para la sociedad conyugal, aunque no hicieran constar la procedencia del precio, por lo que *presuntivamente* se estima ganancial lo comprado. Diferencia notable, no sólo por sus efectos —la iniciativa de la disposición sólo puede corresponder al cónyuge adquirente en el primer caso (art. 94-3 de dicho Reglamento), y la realización de los actos de administración, a él solo le competen (art. 1.384 del Código civil)—, sino también porque la relación jurídica personal (de socio, de comunero, etc.), afectante al bien de que se trate, sólo corresponderá al cónyuge titular y no al otro. Dato

indicativo de que posiblemente la presunción se circunscriba sólo al aspecto económico de la sociedad de gananciales y no a la titularidad, que corresponde al que adquirió a su nombre, quien sólo sufre la limitación dispositiva de requerir la autorización de su consorte para realizar actos de disposición (arts. 1.377 y 1.378 C.c.). Volveremos a ello en el motivo TERCERO.

Naturalmente, la inscripción corresponde a lo que consta en la escritura de compraventa de 10 de julio de 1986; pero, no fue aportada a autos copia alguna de la escritura y, por esto, no me refiero a ella, en este motivo, sino al certificado de su inscripción registral con su fe pública formal.

MOTIVO SEGUNDO: *Al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, por infracción del artículo 1.522 del Código civil.*

268 Según el párrafo primero del artículo 1.522 del Código civil: *“El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos”*. Por lo tanto, la Sentencia recurrida infringe este artículo en cuanto *considera extraños a dos condueños*. La Sentencia de Primera Instancia había visto correctamente que *“la cualidad de condueño no se pierde por el hecho de haber contraído matrimonio”*, y añadió que no se pierde por el hecho de haber *“adquirido parte alícuota para su consorcio conyugal”* —hecho que, por otra parte, en el supuesto del caso objeto del pleito, como acabamos de ver, no resulta del título de adquisición—.

Pero, la sentencia de segunda instancia —aquí recurrida, aunque sea, por partir del error de hecho denunciado en el motivo primero—, entiende que *“se está dando entrada a extraños en la referida comunidad, puesto que las sociedades de gananciales, a las que se hallan afectos los regímenes económico matrimoniales de los Señores hoy demandados, resultarían únicas y verdaderas propietarias de la porción o parte en contienda, a tenor de lo dispuesto en el número*

tercero del artículo 1.347 del Código civil, y, en tal sentido, se pronuncia nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de fecha dieciocho de diciembre del año 1950" (*sic*, en la Colección de Jurisprudencia civil, aparece de fecha 19 de diciembre de 1950).

Se trata de una única sentencia en este sentido para el retracto de comuneros, aun cuando, para el retracto de coherederos, la Sentencia de 3 de febrero de 1915 consideró extraño al marido de una coheredera, aunque aquél hubiera comprado con carácter ganancial.

Ahora bien, es de observar que en el caso de este recurso, al contrario que en el de la sentencia de 1950, no es el cónyuge del comunero quien compra, sino el mismo comunero en su propio nombre y derecho, aunque lo haga con dinero de la naturaleza que sea.

Es evidente, por otra parte, que la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica, por lo cual difícilmente puede ser un extraño.

La jurisprudencia de esta Sala, respecto del derecho de preferente adquisición de acciones de sociedades anónimas, podría apoyar el criterio de que no cabe retracto ni siquiera en el caso de comprarse para la sociedad de gananciales. Pero repito que no es éste el caso de este recurso.

Tengamos en cuenta, además, al efecto de valorar la sentencia de 1950, que en el originario régimen del Código civil, que entonces seguía vigente, el marido era único gestor y administrador de la sociedad de gananciales, que podía disponer por sí solo de los bienes gananciales, mientras que la mujer —como destacó la propia sentencia— no podía hacer efectivo derecho alguno hasta la disolución de la sociedad conyugal.

Parece muy claro, pues, que esa sentencia de 1950 no sólo no es aplicable al caso objeto de este recurso, sino que incluso lleva a la solución opuesta si se aplican a éste caso sus razones.

En efecto:

- a) *Adquieren a su nombre dos comuneros.*
- b) *A los titulares de la adquisición —aunque fuere ésta ganancial—, es decir, a los compradores, es a quienes única-*

económica tanto más por cuanto ese conjunto es objetivamente incierto, por razón de las partidas contables que deberán liquidarse entre los patrimonios de cada cónyuge y el haber de la sociedad conyugal, y porque cabe la posibilidad de que definitivamente se determine con certeza cuál es la calificación de los bienes que de momento es puramente presuntiva.

El art. 1.344 muestra que la integración de un bien en la sociedad de gananciales no implica la cotitularidad de todos y cada uno de los bienes en ella computables; y tanto menos de aquellos que no son definitivamente gananciales sino solo presuntivamente —es decir, de los que, conforme al art. 1.361 C.c., sólo “se presumen gananciales”— como el bien del que se pretende retraer una cuota en el supuesto objeto del recurso. Así resulta de los invocados arts. 1.344 y 1.384 del Código civil y, también, del antes citado art. 94, 1 y 3, del Reglamento de la Ley hipotecaria (*).

Como ha escrito el Profesor José Luis de los Mozos (*Comentario a los arts. 1.344-1.410 del Código civil*, vol. XVIII-2.º de los *Comentarios* dirigidos por el Profesor Manuel Albaladejo, ed. 1984, p. 59), la sociedad de gananciales “no es un patrimonio autónomo, porque no es titular exclusivo de los bienes y derechos que lo componen, al no tener personalidad jurídica independiente, por ello las titularidades se las reparten entre los comuneros y la unidad”... y, en su estructura, se observa “la disociación entre atribución y titularidad, en la forma de gestión que, aunque conjunta, permite numerosas excepciones, aparte de la incidencia de las actuaciones sepa-

271

(*) Ha dicho recientemente la Dirección General de los Registros en Resolución de 28 de febrero de 1992: “Es la doctrina reiterada de este Centro Directivo que disuelta pero aún no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que pueden disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudique”.

radas e independientes de los cónyuges, fuente de numerosas interrelaciones entre el patrimonio común y los patrimonios privativos, lo que hace que su situación sea realmente especial en relación con la configuración que se le atribuye”.

Los profesores Luis Díez Picazo y Antonio Gullón Ballesteros (*Sistema de derecho civil*, VI, p. 224) explican: “El patrimonio ganancial está colocado bajo una titularidad que no la ostenta una personalidad distinta de cada uno de los cónyuges, pues la sociedad de gananciales no es una persona jurídica” ... “La titularidad la ostentan el marido y la mujer, aun cuando en algunos casos puedan existir situaciones en las que un bien de naturaleza ganancial aparezca exteriormente atribuido a uno solo de ellos (p. ej., en el Registro de la Propiedad aparece como titular único el marido o la mujer) ...”. A su juicio, “es legítimo pensar que el elemento básico es asociativo y que la comunidad tiene un carácter instrumental. Se forma una comunidad, porque es el mecanismo ideado para materializar la ganancia conyugal sin esperar a determinar con exactitud, y a través de los vehículos contables, la existencia de tal ganancia”.

272

De ahí que esta Sala haya negado reiteradísimamente la posibilidad de ejercitar tercería de dominio a la mujer —hoy, en el régimen vigente, diríamos al cónyuge no titular— *Cfr., entre las más recientes, las Ss. de 11 de abril de 1972, 26 de septiembre de 1986, 29 de diciembre de 1987, 13 de julio de 1988, 19 de julio de 1989—, habiendo dicho la primera que, “sea cual fuere la naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales (...) es evidente que durante el matrimonio no puede constituir una forma de copropiedad de la regulada en los arts. 392 y ss. del Código civil, al faltar por completo el concepto de parte característico de la comunidad de tipo romano que en ellos se recoge, ni atribuye a la mujer, viviendo el marido, la propiedad de los gananciales existentes, porque para saber si éstos existen o no, es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse el pago de él con la consiguiente adjudicación, no teniendo hasta entonces*

la mujer más que un derecho —lejos de una propiedad exclusiva y excluyente— que no la legitima para ejercitar la acción reivindicatoria en que en definitiva consiste la tercera de dominio". Y la de 26 de septiembre de 1988 negó a la mujer la facultad de reivindicar la mitad de un bien ganancial, porque la mujer, hasta el momento de la liquidación, no tiene más que un derecho expectante, no siendo aún auténtica titular. Este criterio corresponde al más puro derecho castellano, en el cual, según los autores como COVARRUBIAS, MATIENZO, y otros, el dominio de la mujer en la mitad de los gananciales "*non est proprie in actu: sed in habitu et credito*". No tenía un verdadero dominio, y así lo seguirá sosteniendo paladinamente MUCIUS SCAEVOLA en sus comentarios al Código civil.

Esta doctrina clásica negativa de titularidad efectiva de la mujer, hoy —repito— debe entenderse referida al cónyuge no titular.

Después de la reforma del Código civil de 1981 se ha acentuado, aún más, la distinción entre la *ganancialidad* (cualidad que produce la inenajenabilidad por uno solo de los cónyuges, aunque sea el titular, de ciertos bienes) y *titularidad* (arts. 1.384 C.c. y 94, 1 y 3, R.L.H.), de tal modo que puede decirse, como he dicho, en un estudio publicado hace un año (*), que, antes de liquidarse la sociedad de gananciales, el cónyuge no titular no tiene sino una expectativa protegida, una *pars valoris bonorum* de cada bien ganancial.

No creo que sea lícito recurrir, como en tiempos del conceptualismo jurídico, al expediente técnico de la cotitularidad *zur gesammte Hand*, por lo menos desde que el historiador, Profesor PRIETO BANCES, ha mostrado que la sociedad de gananciales, tiene su precedente en una novela del Emperador Valentiniano III, que pasó a la *Lex romana visigothorum*, y en otra del Emperador León, cuyo criterio de división por mitad de las ganancias se impuso en la práctica

(*) En torno de la naturaleza de la sociedad de gananciales (*Reflexiones que continúan otras de José Luis Lacruz en 1950*), en A.D.C. CXLIII-IV, octubre-diciembre 1990.

de la Alta Edad Media, de la cual surgió el régimen de gananciales.

Pero, aun aceptando esa tesis de la mancomunidad germánica, como mi prestigioso compañero MANUEL DE LA CÁMARA, es de notar que, según este mismo advierte: “Se hace necesario distinguir entre la titularidad o propiedad de los derechos o bienes adquiridos que pueden ser comunes, y la relación jurídica contractual en la que sólo aparecerá legitimado para actuar como parte el cónyuge que realmente lo sea”. Diferencia fundamental en las sociedades y comunidades de las que forme parte el cónyuge a cuyo nombre se halle titulado un bien ganancial.

En suma, bajo cualquiera de estos prismas, resulta no sólo aventurado sino insostenible, y punitivo para los cónyuges en régimen ganancial, considerar, a efectos del art. 1.522 C.c., que compra un extraño cuando un comunero compra a su nombre otra cuota indivisa, aunque ésta se presuma ganancial.

274

CUARTO: *Al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, por infracción de las normas de los artículos 3,1 y 4,1 del Código civil, en la interpretación del artículo 1.347, número 3.º, en relación con los 1.346, número 4.º, del mismo cuerpo legal y, por lo tanto, también del referido 1.347, número 3.º*

Conforme el art. 3,1 del Código civil: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto...” —es decir, lo que antes llamábamos *interpretación sistemática*— y, como concluye, “atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas” normas.

Y según el art. 4,1: “Procederá la interpretación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

Del primer texto invocado, a los efectos de este recurso son de destacar los incisos que dicen: las normas se interpretarán, “en relación con el contexto” “atendiendo fundamental-

mente al espíritu y finalidad de aquellas"; es decir, de las normas interpretadas.

Esto último ha sido reiteradamente aplicado por esta Sala (Ss. 26 noviembre 1929, 23 octubre 1930, 30 noviembre 1935, 26 junio 1943, 23 marzo 1950, 22 junio 1950, 13 octubre 1962, 23 octubre 1963, 4 diciembre 1963).

La interpretación sistemática, o en el contexto, también ha sido aplicada reiteradamente (Ss. 17 mayo 1924, 29 diciembre 1928, 23 marzo 1929, 14 junio 1944, 25 enero 1945, 27 mayo 1949, 14 octubre 1965, 13 junio 1980, entre otras), siendo especialmente de mencionar, por su claridad expresiva, la Sentencia de 23 de junio de 1940, según la cual, *"los Tribunales al aplicar las leyes deben atender a la regla de hermenéutica que aconseja la conexión de todos los preceptos legislativos que tratan de la cuestión a resolver, indagando y armonizando el espíritu de un artículo en combinación con los demás del mismo cuerpo legal que haya de aplicarse, porque es el modo adecuado de que el juzgador puede disponer para completar y aquilatar la interpretación de cada norma por el significado total del ordenamiento jurídico"*.

275

Por lo que se refiere a la *aplicación anológica de las normas por indentidad de razón*, ya antes de introducirse su regulación en la reforma del Título Preliminar del Código civil, por Ley de 17 de marzo de 1973, la jurisprudencia de esta Sala había consagrado el principio de que "una misma disposición de derecho debe regir las situaciones obedientes a un solo designio inspirador" (Ss. 12 noviembre 1892, 12 febrero 1896, 1 diciembre 1903, 13 diciembre 1913, 13 marzo 1916, 11 diciembre 1944, 6 abril 1949, 2 diciembre 1950, 14 mayo 1952).

La Sentencia recurrida ha infringido estas dos referidas normas y su doctrina legal en su intelección del artículo 1.347 número 3.º del Código civil; que contrapone al artículo anterior, 1.346, número 4.º, razonando "puesto que, la participación tan mencionada, ha sido adquirida en virtud de compra-venta y no por derecho de retracto".

Con todos los respetos esta interpretación parece, a la

parte recurrente, asistemática por fuera de contexto e incongruente.

276 *¿Cómo un condueño que adquiriera con dinero ganancial puede ser “extraño” respecto de una comunidad de la que forma parte si compra directamente la cuota de otro comunero; y no serlo, si la retrae?* De ser así se daría una contradicción de razones, entre los contextos de los arts. 1.347, 3.º, y 1.346, 4.º; y aquél se colocaría fuera del “espíritu y finalidad” de éste, al entender ganancial una cuota indivisa, en caso de tratarse de su compra directa por un comunero, y privativa, si la compra en ejercicio del retracto de comuneros. Esto significaría no apreciar la “indentidad de razón”; pues, interpretar el artículo 1.347, 3.º, en el sentido de entenderlo aplicable al supuesto de compra directa por un comunero de otra cuota indivisa, es interpretarlo en contra de la “razón y finalidad” del artículo 1.346, 4.º —es decir, con infracción del artículo 3,1, C.c.—, y es no aplicar la analogía cuando se da “un supuesto específico” (compra directa por un comunero de otra cuota de la propia comunidad) no regulado específicamente en el art. 1.347, 3.º —que sólo regula un caso genérico de compra con dinero ganancial—, siendo así que el artículo 1.346, 4.º, regula, más en concreto, “otro semejante”, en el que “se aprecia identidad de razón” entre el supuesto de este número y artículo y el del caso controvertido —por lo cual hay infracción del artículo 4,1 C.c.—.

La *ratio* para el caso objeto de este recurso es la misma que se da en el supuesto más concreto del artículo 1.346, 4.º, por lo cual, la norma más genérica del art. 1.347, 3.º, debe restringirse en ese supuesto por la regulación más concreta de aquél.

¿Cómo puede admitirse que los comuneros recurrentes deban sufrir el retracto, siendo así que, en iguales circunstancias, ellos mismos podrían ejercitarlo contra un extraño?

Y, a la inversa, ¿cómo un favor gananciales, en el art. 1.343, 4.º, puede convertirse en *odium ganantialis* al relacionar el número art. 1.347, 3.º, con el 1.522 C.c.?

La interpretación en el contexto y la analogía con identidad de razón son imprescindibles para evitar estos contrasentidos.

EN CONCLUSION GENERAL

Una perspectiva de conjunto de los cuatro motivos aducidos en este recurso, nos muestra con claridad —según cree esta defensa— que los dos recurrentes compraron en nombre propio, pues no dijeron que compraban para sus respectivas sociedades conyugales (motivo primero); que no pueden considerarse “extraños”, a la comunidad de que forman parte, a los efectos del retracto de comuneros que regula el art. 1.522 (motivo segundo); que la presunta condición de ganancialidad no excluye la titularidad jurídica privativa —aunque dispositivamente limitada— de los bienes adquiridos, ni afecta a las relaciones personales en la comunidad, de que se trata (motivo tercero); y que, todo esto, concuerda con una interpretación sistemática del art. 1.347, 3.º, C.c. en el contexto del art. 1.346, 4.º, que así excluye la aplicación de aquél en el supuesto de compra en nombre propio de una participación indivisa de una comunidad por quien ya sea comunero, aunque esté casado en régimen ganancial y no justifique la procedencia del precio, y con la aplicación por analogía, a este supuesto del art. 1.346, 4.º, que es más específico y concreto que el contemplado genéricamente, como regla general, en el artículo 1.347, 3.º (motivo 4.º).

B) Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCION COMENTADA

RENUNCIA AL CARGO DE ADMINISTRADOR

(Res. 27 mayo 1992)

RESOLUCION de 27 de mayo de 1992, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Francisco Alarcón Pérez como Administrador dimisionario de la Entidad mercantil "Francisco Alarcón Lavarías, Sociedad Limitada", contra la negativa de la Registradora mercantil de Valencia a inscribir unas actas de dimisión (BOE 27 mayo).

279

"En el recurso gubernativo interpuesto don Francisco Alarcón Pérez, como Administrador dimisionario de la Entidad mercantil «Francisco Alarcón Lavarías, Sociedad Limitada», contra la negativa de la Registradora mercantil de Valencia a inscribir unas actas de dimisión.

CONTENIDO DOCUMENTAL

El 24 de mayo de 1990 don Francisco Mariano Alarcón Pérez, Director-Gerente, Administrador único de la Sociedad «Francisco Alarcón Lavarías, Sociedad Limitada», compareció ante el Notario de Requena don Alicio Rivera Solá y le requirió para que comunique a la citada Sociedad su dimisión de dicho cargo, cuyo nombramiento fue formalizado mediante escritura de 16 de abril de 1982, autorizada por el Notario de Valencia don Eduardo Llagarí Pla.

En la correspondiente acta de 24 de mayo de 1990, se hace constar la siguiente diligencia: «Para hacer constar yo, el Notario autorizante del requerimiento inicial que precede, que siendo las dieciocho horas quince minutos del mismo día del requerimiento, me he constituido en el domicilio indicado por el señor requiriente, carretera Madrid-Valencia, kilómetro 283, y encontrando a un señor, en la oficina del mismo, que no da su nombre, previo advertirle

de mi condición y actuación como Notario, y de informarle del objeto de la notificación, manifiesta que no se hace cargo de la cédula al efecto expedida, según nota que precede, y que en la actualidad está instalado en el mismo la Sociedad «Dormitorios Alarcón, Sociedad Limitada». Advertido del derecho a contestar y de personarse en mi despacho sobre el contenido de esta diligencia, de regreso a mi despacho extendiendo la presente, de cuyo contenido yo, el Notario doy fe. Signado y sellado: Alicia Rivera Solá.—Rubricado».

CALIFICACION

Presentado el anterior documento en el Registro Mercantil de Valencia fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento que ha sido presentado bajo el asiento 99 del diario 84, el día 12 de noviembre de 1990, retirado el día 16 de noviembre y devuelto el día 18 del actual, por el siguiente defecto insubsanable: La Sociedad queda sin órgano de administración, es decir, sin persona o personas concretas que hayan de ejercer la administración y la representación de la Sociedad, en contra de lo exigido por los artículos 7, número 8, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 y 174, número 15, del Reglamento del Registro Mercantil de 1989. No procede anotación preventiva dado el carácter insubsanable del defecto alegado. Valencia a 21 de diciembre de 1990.—La Registradora.—Firmado: María Belén Martínez Gutiérrez».

RECURSO DE REFORMA DEL RECURRENTE

Don Francisco Mariano Alarcón Pérez, como Administrador dimisionario de la Entidad mercantil «Francisco Alarcón Lavarías, Sociedad Limitada», interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: Que la letra y el espíritu de la legislación mercantil específica es contrario al criterio mantenido en la calificación. Que los preceptos mencionados como único fundamento legal por la Registradora en la nota se refieren concreta y específicamente a la escritura de constitución de las Sociedades de responsabilidad limitada. Que concluir que dichos preceptos impiden el cese de los Administradores e imponen a quien ya lo sea a permanecer en su cargo, hasta que se logre conseguir un nuevo Administrador, es un salto analógico de interpretación de las normas legales de todo punto inadmisibles, y no puede ampliarse su contenido escueto y concreto en los términos que se pretende en la calificación. Que, por otra parte, el sentido de la nueva legislación mercantil de sociedades es diametralmente opuesto al criterio mantenido por la Registradora mercantil. Los preceptos del Reglamento relativos a anónimas, aplicable a las Sociedades limitadas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 177 del propio Reglamento, así lo demuestran (artículos 145 y 147 del citado Reglamento). Que, en este caso concreto, se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil, puesto que el acta notarial es un documento público, mediante la que se formalizó la renuncia y ésta fue notificada en la misma,

que fue notificada en el domicilio social, cuestión que no ha sido ni siquiera abordada en la nota de calificación. Que, por último, frente a la postura de garantizar la perpetuidad en el cargo, en la Ley de Sociedades Anónimas se adopta la contraria (artículo 126). Que se considera que la calificación es contraria a derecho.

INFORME DEL REGISTRADOR

El Registrador dictó resolución manteniendo la calificación en todos sus extremos, e informó: Que la calificación no es contraria a la letra y espíritu de la legislación mercantil, ya que el legislador ha pretendido evitar que puedan existir Sociedades sin representación ni administración, ya que una Sociedad sin Administrador no puede realizar actuación alguna. Que así se exige en los artículos 7, número 8, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 174, número 15, del Reglamento del Registro Mercantil. Que la Sociedad para su vida de relación interna y externa, necesita valerse de un órgano ejecutivo y representativo, y lo precedente en el caso debatido en este recurso, era haber convocado el Administrador único Junta general, con los requisitos legales y en ella presentar la dimisión y procederse a la designación de nuevo órgano de administración, con lo que la representación social, no quede en momento alguno interrumpida. Que no es aplicable al caso presente el artículo 145 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que no se trata de ninguna caducidad. Que el artículo 147 del citado Reglamento regula la dimisión o renuncia de los administradores. Que es principio de nuestro Derecho que en caso de conflicto entre la Ley y el Reglamento ha de prevalecer la Ley. Que en el caso presente no se trata de resolver si el artículo 147 del Reglamento es contradictorio con el artículo 7, número 8, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sino si una Sociedad puede quedar descabezada por la renuncia del único Administrador. Que no es aplicable el artículo 126 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que en este caso sería aplicable el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Que el legislador mercantil apoya la tesis mantenida en este informe, de que la Sociedad no puede quedar sin órgano de administración, en base a los artículos 7, número 8, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 15 del Reglamento del Registro Mercantil; reforzada dicha tesis por los artículos 8, f), y 9, h), de la Ley de Sociedades Anónimas.

281

REPLICA

El recurrente se alzó contra la anterior resolución, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que el criterio del Registro se centra en la firme consideración de que una Sociedad no puede quedar sin persona que ocupe el cargo de órgano de administración de la misma, convirtiéndose así el supuesto casi en una cuestión de orden público. Que no se ajusta a Derecho la interpretación extensiva que la Registradora hace de los artículos 7, número 8,

de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 174, número 15, del Reglamento del Registro Mercantil. Dichos preceptos se refieren a los actos constitutivos de la Sociedad, y a las menciones o extremos que han de hacerse constar en la constitución, al crear una entidad mercantil. Que se ha pasado por alto la aplicación del artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil, en virtud de lo establecido en los artículos 177 de dicho Reglamento y 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Que al alegar en el escrito del recurso los artículos 145 del Reglamento del Registro Mercantil y 126 de la Ley de Sociedades Anónimas se quiere hacer ver que el Legislador Mercantil limita la duración de los nombramientos de Administrador en el ámbito temporal e impone la caducidad de los nombramientos por el simple transcurso del tiempo. Esta opinión se apoya también en el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Que podrían verse vulnerados los artículos 10, 14, 17 y 53.1 de la Constitución Española, si prospera la tesis de la irrenunciabilidad de cargos sociales.

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

282 Vistos los artículos 1.732 y 1.737 del Código Civil; 122, 133, 138 y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, 7, números 8 y 11, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 147 y 177 del Reglamento del Registro Mercantil.

1. En el presente recurso se debate sobre la posibilidad de inscribir en el Registro Mercantil la renuncia formulada por el Administrador único de determinada Sociedad de responsabilidad limitada.

2. Sin prejuzgar ahora sobre la facultad que corresponde a los Administradores para desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido y aceptado por más que la Sociedad pretenda oponerse a ello (*vid.* artículos 1.732 del Código Civil, 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 147 y 177 del Reglamento del Registro Mercantil), no cabe desconocer que el mínimo deber de diligencia exigible en el ejercicio de ese cargo cuando todos renunciaron simultáneamente (que impide proceder a los nuevos nombramientos por cooptación que prevé el artículo 138 de la misma Ley), obliga a los Administradores renunciantes, pese a su decisión, a continuar al frente de la gestión hasta que la Sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación (*vid.* artículos 127 de la Ley de Sociedades Anónimas, y 1.737 del Código Civil), lo que en el caso debatido impone subordinar la inscripción de las renunciaciones cuestionadas hasta que haya sido constituida la Junta general —que los renunciantes deben convocar— para que en ella pueda proveerse al nombramiento de nuevos Administradores, evitando así una paralización de la vida social inconveniente y perjudicial, de la que aquéllos habrían de responder (*vid.* artículos 127, 1.º, y 133, 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas).

Ello armoniza además, con el contenido del artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando presupone la necesidad de aceptación de la renuncia por el órgano competente para proveer la vacante, por más que se trate de una aceptación obligada y meramente formularia.

Por todo ello esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, confirmando el acuerdo y la nota del Registrador.”

COMENTARIO

Es ésta una curiosa Resolución en la que la D.G. prescinde totalmente de los fundamentos en que se basaba la nota de la Registradora, y que por ésta se mantenían en sus alegaciones al mantener su Calificación.

Y es que esas razones, a mi juicio, resultan absurdas.

Una cosa es que la Sociedad, en la actual legislación, deba de nacer totalmente configurada y con sus órganos perfectamente organizados y designados, y otra que, a lo largo de su vida, se produzca cualquier circunstancia, dependa o no de la voluntad del hombre, y que produzca la vacante del cargo. Baste pensar en la muerte o incapacidad del Administrador, a que se refiere el art. 147.2 del RRM. Y aun más en el supuesto de caducidad, en el que la cancelación se produce de oficio (art. 145 del RRM).

Resulta cierto y patente que la Sociedad, a lo largo de su vida, puede quedar sin Administradores, y el resultado es el mismo para la vida de la Sociedad y para la pretendida aplicación del art. 7.8 de la LSRL, dependa la cuestión de un hecho voluntario o involuntario.

Por ello el art. 147.1 no está en contradicción con ningún precepto legal.

Hay incluso un caso en la actual legislación en que se impone esa posibilidad: La Disposición Transitoria 6.^a de la LSA permite, en las sociedades que no hayan adecuado la cifra de capital antes del 1.º de julio de 1992, la inscripción de dimisiones de Administradores, y sin embargo prohíbe la

inscripción de otros actos sociales, entre ellos, el nombramiento de nuevos Administradores.

Independientemente de cual sea el sentido de esta norma en cuanto a la situación de la Sociedad, está claro que la ley no ha tenido reparo en que aquélla quede sin órgano administrador.

La Dirección General mantiene la no inscribibilidad de la renuncia notificada —a pesar del claro texto del art. 147.1 del RRM— pero, como decía y parece lógico, se desentiende de la motivación de la nota denegatoria, y sienta una doctrina que puede sintetizarse en tres puntos esenciales:

1) El Administrador tiene inequívocamente la facultad de renunciar al cargo, a pesar de la voluntad en contrario de la Sociedad.

Trae a colación el art. 141 de la LSA para insinuar que la dimisión debe ser aceptada, aunque termina reconociendo que esa aceptación es obligada y meramente formularia.

2) Que, a pesar de esa facultad, el Administrador tiene un deber de diligencia, de cuyo incumplimiento pueden derivarse responsabilidades.

3) Y que en ese deber hay que incluir la obligación de continuar al frente de la gestión social, hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias a proveer a dicha situación, lo que en el caso debatido impone *subordinar la inscripción* de las renunciaciones.... “hasta que haya sido constituida la Junta General —que los renunciantes deben convocar— para que en ella pueda proveerse al nombramiento de nuevos Administradores, evitando ...”.

Pienso que las conclusiones de la Resolución no son exactas, y para ello creo que habría que distinguir entre el aspecto sustantivo y registral de la cuestión.

Desde el punto de vista SUSTANTIVO habría que decir que, si se parte de la base de que la renuncia es una potestad libre e incondicionada del Administrador, no se puede reconducir el problema al hecho de que haya o no aceptación, ya que ésta, en último término, como reconoce la D.G. es meramente formularia y debida.

Para sentar esta afirmación la D.G. acude al art. 141 de la LSA, aunque estamos en un supuesto de Administrador Unico, y pienso que lo hace con poca fortuna, porque presuponer que existe necesidad de aceptación, aunque ésta sea formularia y debida, es como decir que no es necesaria esa aceptación, pues es una pura fórmula y por tanto en nada puede afectar a la eficacia de la renuncia.

Y es que, a mi juicio, la aceptación de que habla el art. 141 de la LSA no supone “un cierre o complemento” de la renuncia para su eficacia, sino simplemente una manifestación de conformidad del Consejo que exonerará al renunciante de responsabilidades.

Si esa aceptación supusiera ese complemento lo lógico sería que procediera de la Junta General que es el órgano que confirió el mandato, lo puede revocar..., etc.

La extinción del poder, como determina el art. 1.732 del C.c. y reconoce el Centro Directivo, se deriva de la voluntad unilateral del apoderado.

Otra cosa, totalmente distinta, es la relativa a las obligaciones y consiguientes responsabilidades que puede asumir el renunciante, en base del art. 1.737 del C.c. y el 127 de la LSA.

Pero estas obligaciones y responsabilidades en nada pueden afectar a la validez y existencia de la renuncia como acto extintivo del apoderamiento. Porque: ¿Qué ocurriría si la Junta convocada por el Administrador no llegara a reunirse, cuestión que no depende de la voluntad de éste? ¿Qué, si reunida la Junta, no aceptare la renuncia o, simplemente, sin pronunciarse acerca de este punto, no designare nuevo Administrador? En estos casos, ¿debería considerarse ineficaz la renuncia, porque la diligencia del Administrador no ha sido suficiente para que la sociedad haya podido tomar las decisiones necesarias para proveer su falta (art. 1.737 del C.c.)? ¿Puede depender la eficacia de la renuncia del hecho de que la sociedad adopte o no las medidas necesarias para resolver su gestión y representación? Está claro que no. Y ello porque, a mi juicio, una cosa es la eficacia de la renuncia, como acto unilateral, y otra

las responsabilidades en que pueda incurrir el renunciante, en los casos de renuncia extemporánea o en los casos de mala fe, o incluso en los perjuicios que se deriven de una renuncia de buena fe.

Desde un punto de vista sustantivo, a mi juicio, está claro que la renuncia produce la extinción del mandato por sí misma, aunque luego surjan obligaciones del mandatario:

a) La primera de ellas es la de la notificación, que exige el art. 1.736 del C.c. y el art. 147 del RRM.

b) Y la segunda es la de continuar las gestiones normales de *quien ya no es mandatario*, pero que tiene que procurar por los intereses del mandante, hasta que éste haya podido adoptar las decisiones necesarias.

Creo que es ésta la consecuencia que se deriva de la interpretación conjunta de los arts. 1.732 y 1.737 del Código civil de los que resulta, a mi juicio inequívocamente, que el mandato se extingue por la renuncia, no obstante lo cual el mandatario, que ya no lo es debe continuar las gestiones necesarias.

286

El Administrador renunciante ha dejado de ser Administrador, aunque tenga obligaciones y responsabilidades posteriores y, tras cumplir el requisito de notificación que exige el art. 147.1 del RRM, puede pretender que su cese se haga constar en el Registro Mercantil, lo cual no impedirá que, de acuerdo con el art. 1.736 del C.c. e incluso, si se quiere del art. 127 de la LSA, siga teniendo facultades de convocar la Junta para que ésta designe un nuevo Administrador, sin perjuicio de que la Junta se reúna con carácter universal o se solicite la convocatoria judicial, y la Junta pueda adoptar acciones de responsabilidad contra el Administrador, si proceden.

Desde el punto de vista REGISTRAL resulta en el presente caso que el Registro continúa publicando la vigencia del mandato y, en consecuencia, algo que no concuerda con la realidad.

Porque esa inscripción del cese debe tener el mismo sentido que la del nombramiento. Según el art. 125 de la LSA el nombramiento de los Administradores surte efecto desde la

aceptación, con independencia de la inscripción y de la obligatoriedad de ésta. Correlativamente la renuncia del Administrador surte efecto desde que se produce y notifica, a menos que la aceptación por la sociedad sea necesaria para la eficacia de la renuncia, cosa que no parece sea así.

Alegar la necesidad de evitar una posible paralización de la vida social no parece razonable, cuando esa posible paralización en modo alguno puede depender de la inscripción o no de la renuncia. Por muy inscrito que continúe el nombramiento de Administrador, éste ya no lo es. Pero no siéndolo, independientemente de que se haya o no producido la inscripción, el Administrador sigue teniendo la facultad de convocar la Junta para que ésta adopte las previsiones del art. 1.737 del C.c.

Lo único que se ha conseguido con esta Resolución es que el Registro no concuerde con la realidad.

Emilio Garrido Cerdá
Notario

RESOLUCIONES DE NACIONALIDAD Y ESTADO CIVIL

SEGUNDO SEMESTRE DE 1992 (1)

ACTA NOTARIAL (Competencia del Notario para recibir declaraciones dirigidas al Registro Civil). Resolución de 21.11.92

289

Supuesto de hecho: Por un Registro Civil de Navarra (que corresponde con el Registro Civil del domicilio de las peticionarias) se reciben dos copias de actas notariales en las que las interesadas solicitan, en cumplimiento de la Disposición Transitoria de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, se hiciera constar la recuperación de su vecindad foral navarra, adquirida, según ellas, por ser hijas de padres que tenían dicha vecindad en el momento de su nacimiento. En el Registro Civil del lugar de nacimiento se rechaza la

(1) Como ya se ha indicado en la reseña anterior, las Resoluciones de la DGRN relativas a la nacionalidad y estado civil se dictan en trámite de recurso contra la calificación de los Jueces Encargados de los Registros Civiles. Su publicación se realiza en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, con un retraso aproximado entre dos y tres meses desde la fecha de la Resolución; es por ello que no se da la referencia a dicha fecha de publicación pues el retraso supondría que no pudieran recogerse hasta un número posterior de la Revista; dado que, posteriormente, se publican íntegras en el Anuario de la Dirección General con el solo dato de la fecha de su firma, sin referencia a la de su publicación, será de esta manera como queden exclusivamente identificadas.

Del gran número de Resoluciones dictadas en el segundo semestre de 1992 se reseñarán especialmente aquellas que puedan tener algún tipo de interés desde una perspectiva notarial, incidiendo en el comentario de aquellas que de una manera más directa repercutan en el ejercicio de la profesión.

pretensión por entender (según otras certificaciones que son aportadas a lo largo del expediente) que a las interesadas no les ha correspondido nunca la vecindad foral navarra y, por lo tanto, no pueden haber perdido la misma por razón de matrimonio.

La Dirección General no entra en el fondo del asunto, sino que entra a analizar si las declaraciones de voluntad se han instrumentado en el medio adecuado para tener acceso al Registro Civil. Dado su especial interés es conveniente la transcripción total de los Fundamentos de Derecho de la Resolución.

“Fundamentos de Derecho

I. Vistos los artículos 1.º de la Ley del Notariado; 14 del Código Civil en su redacción anterior y en la aprobada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre; 18 del Código Civil en su redacción por la Ley de 15 de julio de 1954; 15 y 19 del Código Civil en su redacción originaria; 20 del Código Civil en su redacción por la Ley 51/1982, de 13 de julio; 24 del Código Civil en su redacción originaria y en las aprobadas por la Ley de 15 de julio de 1954 y por la Ley 14/1975, de 2 de mayo; 20, 23, 26, 51, 120, 317 y 1.216 del Código Civil; 23, 27, 46, 64 y 96 de la Ley de Registro Civil, y la Disposición Transitoria de la Ley 11/1990, de 15 de octubre.

II. El presente recurso versa sobre la posible inscripción en el Registro Civil de unas declaraciones de voluntad de recuperar la vecindad civil navarra, perdida por matrimonio, formuladas al amparo de la disposición transitoria de la Ley de 15 de octubre de 1990. Son, pues, totalmente ajenas a la cuestión debatida las alegaciones introducidas en el escrito del recurso y que por ello no pueden ser examinadas (*cf.* art. 358 del R.R.C.) en torno a una posible adquisición de aquella vecindad por residencia en Navarra durante diez años —la cual, por cierto, no daría lugar a un asiento de inscripción propiamente dicho en el Registro Civil— y a la adquisición, también «ex novo», de la repetida vecindad por declaración de voluntad y residencia continuada en Navarra durante dos años (*cf.* art. 14 C.c.).

III. Antes de estudiar si concurren los requisitos de fondo que permiten el ejercicio de la recuperación de la vecindad civil, debe examinarse la cuestión formal previa acerca de si aquellas declaraciones de voluntad, que se han recogido en sendas actas notariales, se han formulado por el medio instrumental adecuado para tener acceso al Registro Civil. Se trata, pues, de una cuestión de competencia funcional que, por ser de orden público, puede y debe ser apreciada de oficio (*cf.* arts. 23 y 27 L.R.C.) y cuya solución, si es negativa, eximirá de conocer el fondo del asunto.

IV. A estos efectos, debe tenerse presente que, aunque el Notario sea, en principio, el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, esta declaración promulgada en 1862 ha sido objeto en el curso de los años de numerosas excepciones y matizaciones. Ciñéndonos al ámbito del Registro Civil, ya aparece en la redacción originaria del Código Civil, casos de competencia compartida entre los Notarios y los Encargados de los Registros Civiles —como ocurre en los supuestos de emancipación y de reconocimiento de la filiación, que aún subsisten— y casos en los que la competencia para autorizar el documento o acto inscribible se atribuye con exclusividad a los Encargados de los Registros —así, y el criterio persiste, en la autorización del matrimonio civil, en las opciones a la nacionalidad española y en las declaraciones relativas a la vecindad—.

V. En esta materia relacionada con la nacionalidad y la vecindad, el artículo 64 de la Ley del Registro Civil establece en sus dos primeros párrafos que: «A falta de disposición especial, es funcionario competente para recibir las declaraciones de conservación o modificación de nacionalidad o vecindad, el mismo que determinan las reglas sobre opción de nacionalidad. —Cuando dicho funcionario no sea el encargado del mismo Registro donde conste inscrito el nacimiento, levantará acta con las circunstancias exigidas para la inscripción y la remitirá al Registro competente para la práctica de la inscripción marginal oportuna.» Tanto por la dicción literal de este segundo párrafo, como por la referencia a las normas del Código Civil entonces vigente (*cfr.* art. 18 C.c. redactado por la Ley de 15 de julio de 1954), se deduce, sin lugar a dudas, que las actas relativas a la nacionalidad o vecindad han de ser levantadas por los Encargados de los Registros Civiles en cuanto tales, sin otra excepción —«a falta de disposición especial»— que la que se da cuando la declaración se formula en países extranjeros en que no exista agente diplomático o consular español (*cfr.* hoy art. 230 R.R.C.).

VI. En consecuencia el Notario carece de competencia para autorizar las actas de recuperación de la vecindad debatidas y éstas, por este defecto formal, no son inscribibles, como resulta, además, para este caso particular de la letra de la disposición transitoria de la Ley de 15 de octubre de 1990.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria no admitir el recurso.”

Esta Resolución motiva a hacer un comentario desde una doble perspectiva: desde el punto de vista de la competencia notarial y desde el punto de vista de la extraordinaria dificultad de la prueba de la vecindad civil.

En cuanto a lo primero, ha de señalarse que nos encontramos ante un acta que puede calificarse de «manifestaciones» (Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, “Cuestiones de técnica notarial en materia de actas”, *R.D.N.*, número 136, p. 30),

y dentro de las de esta clase, se trataría de actas de “manifestaciones de la parte” (*ob. cit.* p. 255), las cuales son especialmente problemáticas en cuanto que contienen declaraciones de voluntad. No se trata aquí de discutir si la declaración de voluntad que se realizó por las interesadas expresando su deseo de recuperar una determinada vecindad civil (claramente voluntad no negocial) tendría que recogerse en acta o en escritura, sino simplemente, si el Notario es la autoridad competente para recibir esa declaración.

A la vista de los textos legales en los que se fundamenta la Resolución no parece posible sostener una argumentación contraria a la misma. En efecto, disponía el artículo 18 p. 2 del C. civil (en la redacción del año 1954, que era la que estaba vigente en el momento en el que entró en vigor la Ley de Registro Civil): “Los interesados podrán hacer la declaración de opción, ..., ante el encargado del Registro del Estado Civil del pueblo en que residieren para los que se hallen en el Reino, o ante uno de los Agentes consulares o diplomáticos del Gobierno español, si residen en el extranjero”. Dicho precepto, unido al artículo 64 de la Ley del Registro Civil (transcrito en la Resolución) lleva a la conclusión de la falta de competencia notarial.

Ahora bien, tampoco debe pasar desapercibido que no ha habido reparo en citar al artículo 1 de la Ley del Notariado, para expresar que la regla general es que el Notario es precisamente *el funcionario* (no un funcionario entre otros posibles) para dar fe de los contratos y actos extrajudiciales, aunque dicha regla tenga excepciones, las cuales, dado el rango legal del precepto, forzosamente han de ser de su misma jerarquía normativa. El que la Ley del Notariado no haya sido modificada en más de un siglo (cuando muchos de sus preceptos claramente ya no están en vigor) trae como consecuencia el que el estatuto notarial en su mayor parte tenga rango reglamentario, por lo que su vulnerabilidad ante el recorte de competencias ha sido mayor.

Por lo que se refiere a la dificultad para probar la vecindad civil, nos remitimos al breve comentario posterior bajo el epígrafe que lleva dicho título.

DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD

Nuevamente la D.G. se ha ocupado del valor probatorio de este documento. En **Resolución de 19.9.92** se insiste en que este Documento por sí solo no es suficiente para probar la nacionalidad española. En el anterior comentario recogimos la doctrina establecida en la Resolución de **18 de mayo de 1990** según la cual, es cierto que la Disposición Adicional 1.ª del Real Decreto 1.245/85 de 17 de julio, establece que, salvo prueba en contrario, el DNI sirve para acreditar la nacionalidad española del titular, pero también es cierto que esta presunción no es absoluta pues puede quedar desvirtuada por otros documentos o datos que consten en el mismo expediente; su ámbito de aplicación está limitado al de los procedimientos administrativos y no rige ante el Registro Civil por ser materia de Derecho privado en la que se aplican supletoriamente las leyes procesales. Como quedó expresado, esta afirmación

no ha sido desvirtuada por la Ley 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (la llamada “Ley Corcuera”), puesto que aunque en el artículo 9 afirme que el DNI tendrá por sí solo suficiente valor para acreditar la identidad de las personas, nuevamente hay que entender que ello será en procedimientos extraños al estado civil pues su específica prueba corresponde al Registro Civil, máxime si se tiene en cuenta que los datos del DNI se toman de una certificación especial expedida por dicho Registro (*cfr.* Orden de 20 de julio de 1989). Precisamente desde esta última perspectiva hay que citar la **Resolución de 1 de julio de 1992**, según la cual el Encargado del R. Civil no puede tener seguridad, por el solo examen de la inscripción de nacimiento de que al nacido le corresponde “*ex lege*” la nacionalidad española, dados los múltiples factores que han de ser analizados, aparte de que en ocasiones habrá de tener en cuenta las normas sobre la nacionalidad anteriores a las de hoy vigentes. Ninguna norma impone al Encargado del Registro Civil —se dice en la Resolución— el deber de cerciorarse de que el nacido es español. Por lo tanto, deberá denegar la expedición de la certificación especial para el DNI sólo si del asiento se deduce, sin lugar a dudas, que al interesado no le corresponde la nacionalidad española, pero en los demás casos el Encargado podrá librar esta certificación y será después a los órganos competentes a quienes corresponderá decidir si efectivamente el titular es español y tiene derecho por ello a obtener el Documento Nacional de Identidad.

293

El único comentario posible de esta Resolución es el de llamar la atención sobre el hecho de que si al Encargado del Registro Civil le es muy difícil (teniendo en cuenta solamente la inscripción de nacimiento) llegar a averiguar la nacionalidad de una persona concreta (cuando no se trata de un supuesto de adquisición derivativa), mucho más difícil será que acierten otros funcionarios y entre ellos los de la Comisaría General de Documentación.

FILIACION

Reconocimiento de filiación paterna no matrimonial en expediente del Registro Civil (Resolución de 25.9.92).

El expediente para inscribir la filiación paterna no matrimonial (al que se refieren los artículos 120 del C. civil y 49 de la L.R.C.), requiere como presupuesto procesal imprescindible que no haya oposición del Ministerio Fiscal ni de parte interesada notificada personal y obligatoriamente. Esta oposición debe formularse en momento oportuno y expresar las razones por las que se estima que faltan los concretos fundamentos de fondo que en la solicitud se invoquen (art. 189 del Reglamento del R.C.). Por lo tanto, si el Ministerio Fiscal estima que falta la posesión de estado exigida por el artículo 49 de la L.R.C., debe denegarse el expediente sin posibilidad de examinar la cuestión de fondo.

(El artículo 49 de la L.R.C. aunque haga referencia a la filiación “natural” sigue siendo perfectamente válido y sólo necesita del cambio de dicha expresión por la de “filiación no matrimonial”).

Reconocimiento de complacencia (Resolución de 8.9.92).

Con carácter general, debe tenerse en cuenta que en el Ordenamiento español la verdad jurídica paterno-filial no es necesario que coincida con la verdad biológica. La posibilidad de realizar reconocimientos de filiación falsos existe dado lo limitado de la función del Encargado del Registro Civil en este punto. Con tales reconocimientos es posible:

- Conseguir la nacionalidad española (directamente o por opción).
- Obtener cambios de apellidos (ante el desconocimiento de los mecanismos legales que lo posibilitan).
- Eludir los mecanismos de adopción (con relativa frecuencia se reconocen a los hijos del otro consorte aunque biológicamente sean de otra persona).

Dado que el Encargado no está facultado para investigar la verdadera paternidad biológica, sólo podrá rechazar la inscripción del reconocimiento cuando la falsedad del mismo (por imposibilidad de la generación, diferencia de edades insuficiente, ...) resulte del propio documento a inscribir o de la declaración realizada por los particulares.

294

En este último punto incide esta Resolución, que parte del siguiente presupuesto de hecho: un matrimonio comparece ante el Encargado del Registro Civil reconociendo el marido como hijo suyo a uno extramatrimonial, que había tenido la mujer antes de la celebración del matrimonio, si bien expresan ambos que el marido no es el padre verdadero, sino que lo único que se desea es que el hijo ostente sus apellidos.

Desde la D.G. se afirma que aunque las facultades calificadoras del Encargado no alcancen a la comprobación de la veracidad de la declaración, en armonía con el principio de veracidad biológica, informador de la reforma del Código civil en materia de filiación, habrá de ser rechazada la inscripción del reconocimiento cuando del título formal acompañado y, en su caso, de las diligencias comprobatorias oportunas, se desprenda que el autor del reconocimiento no es el padre biológico del reconocido.

MATRIMONIO

Son interesantes una serie de Resoluciones que sobre este tema se han dictado. Dichas Resoluciones inciden en el tema fundamental del sistema matrimonial español vigente (además de otras que hacen referencia a la prueba del matrimonio celebrado en el extranjero —**Resolución de 24.9.92**— y a la competencia del Juez Encargado, de la que carece, para autorizar el matrimonio civil si ambos contrayentes son de nacionalidad extranjera y de las diligencias practicadas resulta que ninguno de ellos tiene domicilio en España —**Resolución de 29.8.92**—).

Dispensa pontificia de matrimonio rato y no consumado (28.8.92).

Por primera vez se aborda esta cuestión. Un matrimonio canónico inscrito, se disuelve posteriormente por divorcio. En un momento ulterior se obtiene dispensa pontificia de matrimonio rato y no consumado y se contrae por la interesada nuevo matrimonio canónico posteriormente. La D.G. entiende que el segundo matrimonio canónico es inscribible *aunque no se haya obtenido judicialmente la declaración de que la dispensa es ajustada al Derecho español*, porque la libertad para contraer matrimonio se desprende del Registro Civil dado que está previamente inscrito el divorcio. Ahora bien, lo que no puede hacerse constar es que la interesada es *soltera* (a pesar de que lo indique la certificación eclesiástica), ni tampoco se puede hacer constar *anotación con valor simplemente informativo* (aunque ello tendría su amparo en el artículo 38 de la LRC), porque ello supondría publicar que un matrimonio, ya disuelto civilmente por el divorcio, podría ser disuelto posteriormente por otra causa, lo que supone una contradicción insalvable con la situación registral que ya está inscrita y que se basa en una sentencia judicial firme.

Matrimonio canónico celebrado en el extranjero en país donde no admite dicha forma ni tampoco está permitida por la legislación de ninguno de ellos (16.12.92).

295

Se hace una generosa aplicación del “favor matrimonii” defendiendo su validez. Aunque el argumento que parece decisivo es el de que el matrimonio se celebró antes de la vigencia de la Constitución de 1978, bajo la vigencia del Concordato con la Santa Sede, en esta Resolución se dan también argumentos distinguiendo entre requisitos de fondo (que se rigen por la ley personal de los contrayentes) y de forma; en cuanto a los segundos se dice que: el criterio respecto de la forma de los actos jurídicos en el C. Civil es el de libertad (artículo 11.1), la forma matrimonial a la que ha de ajustarse el matrimonio de dos extranjeros en el extranjero no está prevista en el Código, existe un criterio restrictivo respecto de la nulidad y el hecho de que el interesado haya adquirido la nacionalidad española lleva a la necesidad de la inscripción de su matrimonio en el Registro Civil español.

Matrimonio canónico posterior al civil (26.12.92).

Inscrito el matrimonio civil, no puede hacerse constar al margen la celebración posterior del matrimonio canónico, porque no es posible desde la reforma del Reglamento en 1986 (es un asiento no previsto) e induciría al posible error de que los efectos no se producen desde la celebración del matrimonio civil primero.

Matrimonio celebrado en el extranjero (impedimento de ligamen) (27.10.92).

Mientras que no se obtenga el divorcio del matrimonio inscrito en el R. Civil no puede inscribirse el matrimonio celebrado en forma islámica en Marruecos. La libertad religiosa no llega a tanto.

Sin duda que no van a acallarse las disputas doctrinales sobre el sistema matrimonial español vigente, pero estas Resoluciones (junto con las recientes leyes sobre la celebración del matrimonio bajo las formas establecidas por las Iglesias Evangélicas, la Comunidad Islámica y la Comunidad Israelita —Leyes 24, 25 y 26/1992 de 12 de noviembre de 1992—) constituyen un fuerte argumento para aquellos que sostienen que el matrimonio en España, cualquiera que sea la forma de su celebración, está sometido a la legislación y a la Jurisdicción del Estado (por todos, puede verse a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, pp. 44 y ss.).

NACIONALIDAD

La Ley de 17 de diciembre de 1990 sigue siendo fuente de numerosas Resoluciones. Prescindiendo de aquellas que se refieren a problemas que caen bajo la vigencia de las leyes anteriores (las cuales hay que seguir aplicando, puesto que la adquisición o pérdida de la nacionalidad española, conforme a la legislación anterior, mantienen su efecto, aunque la causa de adquisición o de pérdida no esté prevista en la Ley actual, según establece la Disposición Transitoria Primera de la Ley vigente), se pueden sintetizar de la siguiente manera:

Adquisición

— No se adquiere si el reconocimiento de la filiación se hace cuando el interesado ya es mayor de 18 años (y además en el momento del reconocimiento el padre ya había perdido la española). **(R. de 21.9.92)**

— No es suficiente que para que pueda inscribirse el nacimiento de un menor que se haya declarado la situación de desamparo. Para ello se exige que no se desvirtúe la presunción de que se ha nacido en España (en este supuesto queda demostrado que se ha nacido en el extranjero). El que se tenga derecho a ser inscrito inmediatamente y a una nacionalidad desde el nacimiento, ha de entenderse que es precisamente respecto del lugar en que ha ocurrido. El desamparo no provoca, por lo tanto la aplicación del artículo 17.d). **(R. de 3.10.92)**

— Se aplica el “ius soli” del artículo 17.1.c) para los hijos de uruguayos nacidos en España, ya que no siguen su nacionalidad si nacen fuera de su país (se rectifica Resolución de 15 de junio de 1991). **(R. de 15.12.92)**

— En cambio, dicho criterio de adquisición por nacimiento en España, no es aplicable para los ciudadanos chinos, ya que el hijo de tales ciudadanos tiene “iure sanguinis” la nacionalidad de sus progenitores. **(R. de 30.12.92)**

Asilo

El solo hecho de que se sea asilado no quiere decir que se haya perdido la nacionalidad de origen (y que por lo tanto a los descendientes les sea de aplicación la adquisición de la nacionalidad española por “ius soli”). No obsta a esta negativa el que el asilado no pueda probar si mantiene o no su nacionalidad mediante documentación de su país (que no podrá obtener). No queda desprotegido pues puede adquirir la nacionalidad española en un plazo más breve que el general. **(R. de 14.11.92)**

Disposiciones Transitorias Ley 1990

No es posible acogerse a ellas si faltan los presupuestos de base. **(R. de 22.9 y 21.11.92)**

Doble nacionalidad con Guatemala

De acuerdo con el Convenio vigente entre España y Guatemala, para que los guatemaltecos adquieran la nacionalidad española, es suficiente que trasladen el domicilio a España y que se inscriban en el Registro Civil. A dicho convenio no han de afectarle disposiciones internas españolas (especialmente Ley de extranjería sobre permisos de residencia). **(R. de 6.11 y 22.12.92)**

297

Opción

El competente para calificar es el Encargado del lugar de nacimiento. El del domicilio ha de limitarse a recoger las declaraciones levantando acta por duplicado. Sólo cuando existe una manifiesta ilegalidad el Encargado del domicilio está facultado para rechazar de plano la pretensión. **(R. de 21.12.92)**

Pérdida

Las Resoluciones sobre este punto se basan en la aplicación de la legislación anterior (la mayoría de los supuestos se refieren a la doctrina del asentimiento voluntario).

Prueba

— No es suficiente prueba de la nacionalidad española el estar documentado con DNI ni el haber cumplido el servicio militar en nuestro país. **(R. de 19.9.92)**

— No es suficiente prueba el haber estado inscrito en el Registro de Matrícula de españoles. **(R. de 29.10.92)**

— No la prueba el haber tenido en algún momento pasaporte español. **(R. de 4.12.92)**

—En cuanto a las dificultades de prueba, V. *infra*.

Recuperación (5.9.92)

— El mecanismo de la D. Transitoria Segunda de la Ley de 1990, no es aplicable para quienes han perdido la nacionalidad. Han de ajustarse al régimen general de recuperación. **(R. de 5.9.92)**

— Respecto de la **habilitación por razón de servicio militar** (que ha de exigirse de acuerdo con la legislación actual), se afirma que se trata de una sanción civil para quienes hayan incumplido sus obligaciones militares como españoles, por lo que no puede ser de aplicación a los casos en los que el interesado ha perdido la nacionalidad antes de llegar a la edad requerida para quedar sujeto al servicio militar obligatorio de nuestro país (el 1 de enero del año en el que el interesado vaya a cumplir 19 años de edad). **(R. de 29.6.92)**

NOMBRE PROPIO

Pueden hacerse los mismos comentarios que se expresaron en el comentario publicado en el número anterior de la Revista. Si acaso, puede observarse una cierta insistencia de la D. G. en exigir el requisito de la “justa causa” para el cambio de nombre propio.

298

PRUEBA DE LA NACIONALIDAD Y LA VECINDAD CIVIL

Anteriormente (al comentar el valor del DNI) se ha hecho referencia a esta materia, en cuanto a la dificultad de llegar a saber la nacionalidad de una persona por el solo dato de su inscripción de nacimiento. Dice la **Resolución de 1 de julio de 1992** (fundamento jurídico II) que: “A diferencia de lo que ocurre en los Registros Consulares y Central, en los que puede constar la advertencia de que la inscripción de nacimiento no acredita la nacionalidad española del titular (*cfr.* art. 66 “fine” R.R.C.), en los Registros municipales situados en España, donde deben ser inscritos todos los nacimientos en ella acaecidos (*cfr.* art. 15 L.R.C.), no es tarea fácil, sin una adecuada investigación, saber con certeza si al nacido le corresponde o no la nacionalidad española de origen. Piénsese que, aparte de los casos en que haya sobrevenido pérdida de la nacionalidad española y la misma haya sido inscrita, el Encargado no puede tener la seguridad, por el solo examen de la inscripción de nacimiento, de que al nacido le haya correspondido “ex lege” la nacionalidad española, dados los múltiples factores que han de ser analizados (“iure sanguinis” la nacionalidad española del progenitor consta por simple declaración no contrastada; “iure soli” había que probar que uno de los progenitores ha nacido en España, que la legislación de los progenitores extranjeros no atribuye al hijo su nacionalidad, o que, respecto del inscrito sin filiación, no está determinada la filiación y atribuida la nacionalidad de los progenitores, etc., etc...), aparte de que en ocasiones habrá que tener en cuenta las normas sobre nacionalidad anteriores a las hoy vigentes.

Respecto la dificultad de probar la vecindad civil, ya se puso de manifiesto en **Resolución de 3.7.67.**

La cuestión tiene relevancia porque el Real Decreto de 13 de noviembre de 1992, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario y del Reglamento Notarial, a propósito de la tramitación de actas de notoriedad para la determinación de herederos abintestato, en el nuevo artículo 209 bis se dice expresamente que “Se practicarán, también, las pruebas propuestas por el requirente, así como las que se estimen oportunas, *en especial las dirigidas a acreditar la nacionalidad y vecindad civil y, en su caso, la ley extranjera aplicable*” (regla 5.ª).

Respecto de la nacionalidad, debe servir (pese a sus deficiencias) el DNI, como se desprende de la Ley de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, artículo 9, y de la Disposición Adicional 1.ª del Real Decreto 1.245/85 de 17 de julio, puesto que no se están discutiendo cuestiones relativas a la nacionalidad del causante.

Respecto de la vecindad civil, dado que el cambio por residencia continuada durante diez años no constará en el Registro Civil, a veces la prueba de la que ostentaba el causante al tiempo de su fallecimiento (y, en su caso, también la vecindad que ostentare al tiempo en que contrajo matrimonio), puede resultar casi imposible, ya que el padrón municipal, el domicilio tributario, los destinos oficiales como funcionario público y las certificaciones administrativas en general, no son suficientes si no existe verdaderamente una residencia habitual (*cfr. Resolución de 30.11.59* —dictada con motivo de una consulta— en donde se habla del Padrón como simple “elemento probatorio”). Acudir al expediente con simple valor de presunción (artículo 96 de la L.R.C.) sería un auténtico contrasentido (volvería a los Juzgados el expediente que de él se quiso sacar por el legislador). El problema tiene, empero, solución. Recordemos que en la Resolución de 3.7.67, se dijo expresamente que la vecindad podía probarse por acta de notoriedad. Es perfectamente posible, por lo tanto, que dentro del mismo instrumento se declare por notoriedad la vecindad civil del causante y, a la vez, quienes son sus herederos abintestato (cosa distinta es si ello ha de tener o no repercusiones arancelarias puesto que se están realizando dos juicios de notoriedad distintos por el Notario).

Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad