

LaNotaria

Número 1 | 2010

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

Por Francisco Vicent Chuliá

Entrevista a MONTSERRAT TURA
Consejera de Justicia Generalitat de Cataluña

Entrevista a MARÍA ÁNGELES ALCALÁ
Directora General de los Registros y del Notariado

EDITORIAL

Al comienzo
de un nuevo tiempo

INTERNACIONAL

La presidencia española de la UE
y la aplicación del Tratado
de Lisboa y el Programa de Estocolmo

TRIBUNA

Joan Carles Ollé Favaró
Juan-José López Burniol

**Director:**

Ángel Serrano de Nicolás

Subdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consejo de redacción:

José Javier Cuevas Castaño (*Noticias*), Víctor Esquirol Jiménez (*Jurisprudencia/Resoluciones*), Elisabeth García Cueto (*Internacional*), Antonio Ángel Longo Martínez (*Práctica*), Patricia Olivencia Cerezo (*Jurisprudencia*)

Consejo editorial:

Esther Arroyo Amayuelas (*U. de Barcelona*), Luis Humberto Clavería Gosálbez (*U. de Sevilla*), Andrés Domínguez Luelmo (*U. de Valladolid*), Joan Egea Fernández (*U. Pompeu Fabra*), Ignacio Farrando Miguel (*U. Pompeu Fabra*), Jacinto Gil Rodríguez (*U. del País Vasco*), José Luis Linares Pineda (*U. de Girona*), Sergio Llebaría Samper (*Esade-URL*), Juan José Marín López (*U. Castilla-La Mancha*), José María Miquel González (*U. Autónoma de Madrid*), Susana Navas Navarro (*U. Autónoma de Barcelona*), Pablo Salvador Coderch (*U. Pompeu Fabra*), Antoni Vaquer Aloy (*U. de Lleida*), Rafael Verdera Server (*U. de Valencia*), Francisco Vicent Chuliá (*U. de Valencia*), Roberto Follía Camps (*Notario - RALJC*), José Antonio García Vila (*Notario*), Ildefonso Sánchez Prat (*Notario*), Josep M^a Valls Xufre (*Notario*), M^a Angels Vallvé Ribera (*Notario*)

Coordinación:

Sandra Purroy Corbella

Diseño y Producción: LA LEY

ISSN: 0210-427X

D.L.: B. 3.461-1995

Todos los derechos reservados. Las opiniones vertidas por nuestros colaboradores en estas páginas son de su exclusiva responsabilidad y no coinciden necesariamente con la línea editorial de **LA NOTARÍA**

© 2010 Ilustre Colegio de Notarios de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

Al comienzo de un nuevo tiempo

Parece una costumbre inveterada que, al nombrarse un nuevo Director en una revista jurídica, y con él un nuevo equipo, se dé cuenta y razón no ya de lo pasado –que por notorio hace prueba por sí (en nuestro caso concreto basta repasar el índice de los tres tomos recopilatorios con los que se celebró el 150 aniversario para ver la magnitud de lo ya hecho)– sino de lo que se pretende para el nuevo tiempo que comienza. En lo que al Director respecta simplemente decir que me considero un mero eslabón más, en la ya larga cadena de los que brillantemente me han precedido y respecto de los que me bastaría seguir su estela para no sólo no perderme, sino para salir cuando menos airoso del encargo recibido.

Del Consejo de redacción resaltar su pluralidad, y, además, que junto a los que ya eran habituales en las páginas de la revista se incorpora una distinguida representación de una nueva generación de notarios de modo que puede afirmarse que están representadas todas las generaciones y formas de concebir el Notariado. Aunque se trata de un empeño colectivo, y dada por descontada la segura entrega de todos y cada uno, las distintas secciones tendrán un responsable concreto lo que permitirá, dentro del objetivo común, imprimir el sello personal de cada uno a su sección.

Comienza un nuevo tiempo, en el que lo perenne del Notariado y de la revista permanecerá, por más que se adapte a las nuevas realidades, como son el diseño y preferencia de algunos contenidos (básicamente, Derecho comparado y de la Unión Europea, así como noticias corporativas) o la novedad de que podrá consultarse íntegra a través de Internet, no sólo por los integrantes del Notariado, sino por cualquier estudioso, sin perjuicio de que los índices continúen en las páginas universitarias habituales (Compludoc, Dialnet o, allende los mares, la UNAM).

Además de lo formal, se ha querido singularmente que la revista tenga un completo y distinguido Consejo editorial, integrado por destacados notarios y eminentes profesores universitarios, no únicamente catalanes, sino —por haberse querido así singularmente— de diferentes Universidades españolas, a los que desde aquí quiero reiterar una vez más mi profundo agradecimiento y el de la Junta por querernos honrar con su presencia y su saber.

En este nuevo tiempo, en el que evolucionando sobre lo ya mucho hecho irá naciendo lo nuevo y, cabe esperar, novedoso, **LA NOTARÍA** pretende ser lugar de encuentro del mundo notarial y universitario, así como de las últimas investigaciones con la praxis.

Desde las bases y pretensiones que acabo de exponer, comenzamos esta nueva andadura, un nuevo tiempo en esta ya más que centenaria revista, con el renovado propósito de acrecentar su contribución al Notariado y a la investigación jurídica.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona



Editorial

- Al comienzo de un nuevo tiempo. Por *Ángel Serrano de Nicolás*

3



Tribuna

- El futuro y sus retos. Por *Joan Carles Ollé Favaró*
- Progreso, seguridad y mercado. Por *Juan-José López Burniol*

5

7



Doctrina

- Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Por *Francisco Vicent Chuliá*

9



Práctica

- La actuación del experto y el auditor de cuentas ante la Ley de modificaciones estructurales. Por *Donato Moreno González*

28



Entrevistas

- "La Compilación salvó el núcleo esencial de nuestro patrimonio normativo". *Montserrat Tura*, Consejera de Justicia de la Generalitat de Cataluña. 39
- "Valoro muy positivamente las iniciativas de los Colegios de Notarios y de Registradores de Cataluña para buscar la colaboración mutua". *María Ángeles Alcalá*, Directora General de los Registros y del Notariado. 44



Internacional

- Presidencia española en la Unión Europea y aplicación del Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo. Reseñas de Normativa, Jurisprudencia y Derecho comparado. Por *Elisabeth García Cueto*

47



Sentencias

- Reseñas de las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Por *redacción LA LEY* y por *Victor Esquirol*

53



Resoluciones

- Reseñas de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat. Por *Fernando Agustín Bonaga* y por *Victor Esquirol*

58



Noticias

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho

76

El futuro y sus retos



JOAN CARLES OLLÉ FAVARÓ

Notario de Barcelona. Licenciado en Derecho y Filología Hispánica por la Universidad de Barcelona. Decano del Colegio Notarial de Cataluña desde 2008. Es profesor del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra y miembro del Consejo Rector del Observatorio de Derecho Privado de la Generalitat de Catalunya. También es miembro del patronato de diversas fundaciones culturales, entre otros

La Revista del Colegio Notarial de Cataluña, LA NOTARÍA, una de las revistas jurídicas más antiguas de España, fue creada en 1858 por el entonces Decano, Fèlix Falguera. Es incluso anterior, por tanto, a la Ley del Notariado de 1862, y en su larga trayectoria ha sido un fiel testigo de la historia del notariado moderno y un destacado foro de estudio de alta calidad científica en el seno de la comunidad jurídica. En todo este tiempo han sido múltiples las Juntas Directivas, los Directores y los Consejos de Redacción, y numerosísimos los colaboradores que con su esfuerzo han hecho posible este éxito corporativo. Particularmente, es digno de elogio el buen trabajo realizado por el Director de la última etapa, Martín Garrido Melero, y todo su equipo.

En su nueva etapa, bajo la dirección de Ángel Serrano de Nicolás, además de profundizar en el sello científico que caracteriza nuestra revista, se pretende abrir su campo de actuación en varias

direcciones; recuperar la información corporativa del Colegio; convertirla en una tribuna de opinión en la que se pueda tratar el más amplio abanico de temas notariales del presente y del futuro y, en general, las materias y las controversias jurídicas que en cada momento sean objeto de debate en la comunidad jurídica catalana y española. Pero hay más prioridades: atención preferente al ámbito europeo; especial atención a la versión on line de la revista; y edición por primera vez en doble versión, en catalán y castellano, de acuerdo con la realidad bilingüe de Cataluña.

En su larga trayectoria, LA NOTARÍA ha sido un fiel testigo de la historia del notariado moderno

La Junta Directiva que presido le ha pedido expresamente al Director de la Revista que sean potenciadas algunas

de las características de siempre de LA NOTARÍA: apertura al conjunto de los notarios españoles y a otras profesiones jurídicas, en especial al mundo universitario, con el que el notariado se ha sentido muy próximo desde siempre, motivo por lo que se ha hecho un esfuerzo para reunir una muy buena representación de aquél en el Consejo Editorial; compromiso con la libertad y la pluralidad, con el límite del respeto debido a las personas y las instituciones. Lógicamente, la Revista se reserva su opinión y sus puntos de vista, que se expresarán en los editoriales, los artículos del Director y el Decano y otros espacios reservados a estos efectos.

LA NOTARÍA tendrá unas coordenadas de fondo que inspirarán su línea editorial: defensa de la función notarial, que se considera útil y beneficiosa para la sociedad por el control de legalidad que realiza el notario y por el alto grado de seguridad jurídica que aporta a los ciudadanos; defensa del vigente

sistema de seguridad jurídica preventiva, uno de los mejores y más garantistas del mundo, con la escritura pública en el centro del iter transmisivo, sin perjuicio de la necesidad permanente de actualización y modernización, preferentemente a través del consenso de las dos corporaciones notarial y registral; y defensa de la unidad de cuerpo de la corporación notarial, con pleno respeto a la Constitución, a los Estatutos vigentes y a las sentencias del Tribunal Constitucional. En concreto, la sentencia del Alto Tribunal del pasado 28 de Junio sobre el Estatuto de Cataluña ha declarado constitucional el artículo 147 del mismo, que regula las competencias de la Generalitat de Cataluña en materia notarial y registral, hecho que introduce un elemento de tranquilidad y seguridad que hay que valorar positivamente. Por otra parte, en los fundamentos de la sentencia se consagra la necesidad de coordinación y colaboración, en esta materia, entre las Administraciones central y autonómica, lo que avala la línea seguida por los responsables políticos en los últimos tiempos y lo que siempre ha defendido e impulsado la actual Junta Directiva del Colegio Notarial de Cataluña.

La información corporativa será un eje narrativo en el futuro. En el ámbito del Colegio, transcurrido más de un año y medio del mandato de la actual Junta Directiva, pienso sinceramente que hemos cumplido buena parte de lo que fue en su momento el núcleo esencial

de nuestro programa: dar un nuevo impulso al Colegio y a las actividades colegiales, haciéndolo a nivel interno más transparente, moderno, eficaz y participativo; y a nivel externo, incrementar la colaboración con el resto de los operadores jurídicos y económicos, recuperando y potenciando la presencia e implicación del Colegio en el conjunto de la sociedad catalana. Tenemos también el orgullo de haber alcanzado una relación próxima y fluida con la Administración, muy en especial con la Consejería de Justicia y la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En un contexto más general, de análisis de la situación actual del conjunto del notariado español, se pueden hacer algunas reflexiones de carácter general: el notariado vive una etapa, que se puede calificar de transición, en la que quedan pendientes algunas cuestiones y problemas importantes que es necesario resolver pronto para clarificar el futuro de la profesión: la división interna, que nos desgasta y debilita; la erosión continuada y ya inasumible sobre el arancel, que está poniendo en peligro la viabilidad de muchos despachos; los enfrentamientos reiterados con el colectivo de registradores, que cuestionan las bases del sistema de seguridad jurídica preventiva sin alternativas realistas; y la falta de mecanismos plenamente representativos de elección de la cúpula corporativa, lo que dificulta la permeabilidad y conexión de ésta con las preocupaciones y los problemas reales de los notarios.

El contexto de crisis económica y de valores de la coyuntura actual hace necesarias e imprescindibles adaptaciones y cambios en todas las profesiones, también en la notarial, siempre que no se desvirtúe y se ponga en peligro lo esencial de la función. Las situaciones de cambio y de crisis, con el riesgo que les son inherentes, comportan también retos, oportunidades para el futuro: claramente es así en el campo de las nuevas tecnologías, donde el notariado ha estado y sigue estando en la vanguardia. A su vez hay algunos grandes proyectos corporativos reiteradamente aplazados, que resultan inevitables para los próximos años, si se quiere salir del impasse actual y encarar con fuerza las próximas

décadas: nuevo Arancel, Ley de Seguridad Jurídica Preventiva, nueva reforma del Reglamento Notarial con elección directa y universal del Presidente del CGN y su equipo directivo, y Ley de Jurisdicción Voluntaria.

La falta de mecanismos plenamente representativos de elección de la cúpula corporativa dificulta la permeabilidad y conexión de ésta con los problemas reales de los notarios

Ahora bien, todos estos proyectos y otros que puedan surgir del notariado, no tendrán éxito si previamente no se hace un esfuerzo intelectual en combatir algunos falsos axiomas fuertemente arraigados en la opinión pública: uno es el apriorismo que el servicio público notarial es un servicio caro. Ésta es una afirmación muy extendida que los juristas sabemos que es totalmente equivocada: el documento público notarial aporta un plus de seguridad jurídica a un precio muy razonable, claramente inferior al de los países de nuestro entorno. Y con un índice de litigiosidad bajísimo, que no admite comparación con otros sistemas que a veces se postulan. Pero seguramente los notarios no lo hemos sabido explicar.

Y el segundo falso axioma que hemos de poner encima de la mesa es aquel que afirma categóricamente la bondad de la desregulación que, de una manera ciertamente sorprendente, sigue avanzando poderosamente en nuestra sociedad, incluso con iniciativas legislativas cuando, precisamente, las teorías neoliberales que sustentaban aquélla ahora han quedado totalmente desacreditadas. Este es un debate de mucho calado pero que está claramente desenfocado: si algo ha demostrado la actual crisis financiera internacional es que la desregulación implica una gran inseguridad jurídica y que lo que exigen los nuevos tiempos es más seguridad jurídica, más regulación y más controles del Estado. Y los notarios formamos parte del Estado, ejercemos una función del Estado.



Progreso, seguridad y mercado

Hay progreso económico porque hay mercado y hay mercado porque hay seguridad jurídica



JUAN-JOSÉ LÓPEZ BURNIOL

Notario de Barcelona. Licenciado en Derecho por la Universidad de Navarra. Ex decano del Colegio Notarial de Cataluña (1987-1989), actualmente colabora en diversos medios de comunicación. Ha presidido Tribuna Barcelona durante diez años y ha formado parte de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya. En la actualidad, es consejero de «La Caixa» y vocal del Círculo de Economía.

La primera aproximación de los ciudadanos a la seguridad se ciñe al *orden público* en sentido estricto, que engloba la protección de vidas y haciendas por el Estado, único detentador de la violencia legítima. Pero –como ha escrito José Luis Mezquita– el concepto de seguridad tiene una dimensión más honda, cuyo origen está en el afán de cada hombre de disponer de un repertorio de certezas que le permitan, además de vivir en libertad, autorregular sus intereses y autogestionar sus recursos. Esta dimensión de la seguridad hace posible un espacio de libre acción en el que los ciudadanos pueden desarrollar su iniciativa. Una iniciativa que –como matizaba Ihering– es egoísta en su impulso íntimo, pero cuyos resultados son

la principal causa del progreso de las comunidades políticas. En esta línea, los historiadores se han preguntado por qué Europa occidental se desarrolló antes que el resto de las civilizaciones euroasiáticas entre 1400 y 1800. Su respuesta es concluyente. A partir de un momento, las familias integrantes de los pueblos europeos occidentales comenzaron a limitar su autoconsumo y a destinar al mercado una parte de su producción. Ahora bien, no basta con producir un excedente, pues hay que tener la seguridad de que es preferible cambiarlo a consumirlo. Y esa seguridad fue posible porque en Europa se formó un sistema descentralizado de poder político, integrado por incipientes Estados en equilibrio inestable y competen-

cia constante, más interesados en proteger el comercio de sus súbditos que en acaparar la riqueza para destinarla, como hicieron otros imperios coetáneos, a financiar una política de expansión territorial y consumo suntuario. En resumen: hubo progreso porque hubo mercado; y fue posible el mercado porque hubo seguridad jurídica.

No es extraño, por tanto, que la seguridad jurídica se haya convertido en un principio básico del constitucionalismo. Así, la Constitución española de 1978 lo consagra como principio fundamental del ordenamiento con una doble vertiente: 1. Dotar de firmeza a la titularidad de los derechos, así como de eficacia a la libre negociación de los mismos. 2. Garantizar a los más débiles

que no quedarán al albur de los crecientes desequilibrios económicos.

La seguridad jurídica se hace efectiva, en cada vertiente, a través de instituciones diversas. La Administración de Justicia cuida de la protección de los derechos por lo que se refiere a las titularidades –seguridad estática–; y el sistema de seguridad jurídica preventiva cuida de la libre y eficaz negociación de los derechos –seguridad dinámica–, controlando el juego de la libertad en las convenciones privadas, para corregir los excesos que derivan –en el mercado– del hecho de que aquella libertad no opera casi nunca entre sujetos iguales en recursos y circunstancias.

En todo Estado de Derecho existe un sistema de seguridad jurídica preventiva fruto de su evolución histórica. En los países latinos, la pieza maestra del sistema es el documento público notarial

En todo Estado de Derecho existe un sistema de seguridad jurídica preventiva fruto de su evolución histórica. En los países latinos, la pieza maestra del sistema es el documento público notarial. En efecto, la historia ha configurado en ellos al notariado como la clave del sistema de seguridad jurídica preventiva, para que esté presente –«esté allí»– en el momento de la perfección del contrato –en el «momento de la verdad»: cuando, por ejemplo, el comprador paga el precio y el vendedor entrega la cosa–, «dando forma» al negocio en beneficio de las partes, de los terceros y del interés público; es decir, poniendo los presupuestos necesarios (asesoramiento, control de legalidad y redacción) para que «la escritura» goce no sólo de «autenticidad formal» –fecha e identidad de los otorgantes–, sino que «haga fe» de su contenido y pueda alcanzar, por esta «autenticidad de fondo», plena eficacia frente a terceros, mediante su inscripción en un Registro público de seguridad jurídica. De lo que resulta:

1. Que la esencia de la función notarial radica en poner los presupuestos necesarios –asesoramiento, control



de legalidad y redacción– para que la escritura «haga fe» de su contenido (eficacia sustantiva).

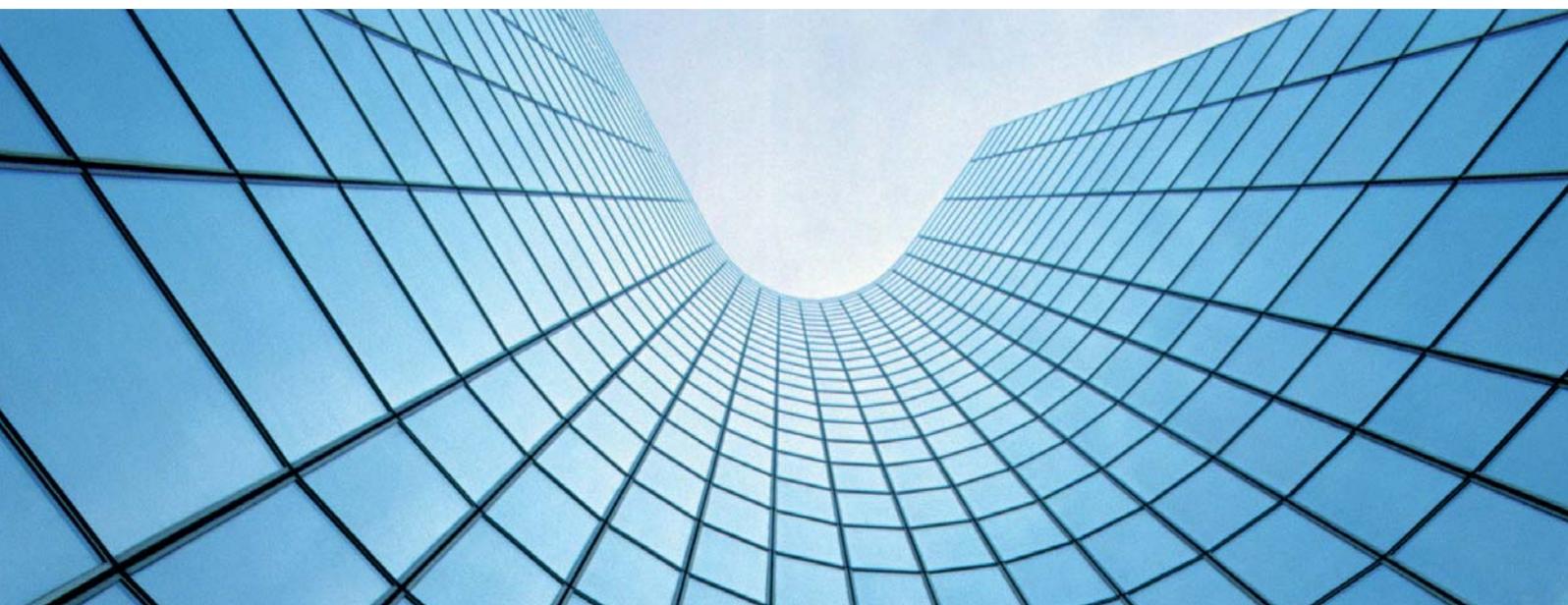
2. Que la escritura alcanza plena eficacia frente a terceros, mediante su inscripción en un Registro público de seguridad jurídica.
3. Que escritura e inscripción son dos piezas complementarias e indisolubles de un mismo sistema.
4. Que no es pensable, en una sociedad de masas, la plena eficacia de una escritura sin su inscripción en un Registro público de seguridad.

5. Y que no es pensable tampoco la existencia de un Registro público de seguridad que no se articule fundamentalmente sobre la base de inscripción de títulos –escrituras– dotados de autenticidad de fondo.

¿Tiene virtualidad de futuro este sistema? Toda, mientras sea eficaz (que lo es, ya que responde con ínfima conflictividad de la titularidad del derecho y del estado de cargas, y no sólo de la indemnización que garantizaría un seguro) y sea más barato que su alternativa (lo que está acreditado, al comparar su coste con el previsible de las primas de los seguros que, en su caso, lo sustituirían).

Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles^(*)

La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles constituye un hito histórico pero plantea numerosas dudas y presenta lagunas. El presente análisis tiene como objetivo facilitar su aplicación práctica.



FRANCISCO VICENT CHULIÁ
*Catedrático de Derecho mercantil
de la Universitat de València
Socio de Honor de Cuatrecasas,
Gonçalves Pereira*

1. Modificaciones estructurales y principios de buena regulación

La Ley 3/2009, de 3 de abril (BOE del 4), sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME), regula esta materia y algunas modificaciones de la Ley de Sociedades Anónimas, en especial el régimen de la autocartera

y de las aportaciones sociales no dinerarias (en transposición de la Directiva 2006/68/CE, de 6 septiembre 2006, modificativa de la Segunda Directiva sobre sociedades). Constituye un **hito histórico** y, en parte, **una ocasión perdida para la regulación completa y más perfecta** para todas nuestras empresas, porque sólo se aplica a las sociedades mercantiles, plantea numerosas dudas y

presenta lagunas. Pero el análisis crítico de la ley debe ser constructivo, **facilitar su aplicación práctica**.⁽¹⁾

Según el art. 1 LME «la presente Ley tiene por objeto la regulación de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, consistentes en la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social».⁽²⁾ Incluye dos grupos de modificaciones: el cambio de régimen legal aplicable (transformación y traslado internacional de domicilio cuando cambia la ley nacional), y operaciones típicas de transmisión patrimonial con sucesión universal (fusión, escisión, segregación y cesión global de activo y pasivo).

Son los arts. 1 y 2 de la LME los encargados de establecer los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la misma

El art. 2 LME («ámbito subjetivo») establece que «la presente Ley es aplicable a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución. Las modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas, así como el traslado internacional de su domicilio social, se regirán por su específico régimen legal». La norma parece ociosa o vacía porque la normativa vigente ya determina qué es una sociedad mercantil y porque las cooperativas no son sociedades mercantiles (en congruencia con la EM y el art. 124 del CdeCo, la legislación cooperativa histórica posterior de forma ininterrumpida y los Estatutos de Autonomía y legislación cooperativa vigente, más la jurisprudencia del Tribunal Constitucional). No son admisibles las dudas de algunos autores a la vista de la LME, que plantean de nuevo la pretendida mercantilidad de las cooperativas.⁽³⁾

Aunque parezca extraño, la función de legislar, la más excelsa de los poderes públicos, presenta frecuentes deficiencias (ya lo explicaba PUIG BRUTAU, recogiendo la opinión de los

autores anglosajones, con especial referencia a la legislación en Derecho privado), y de ahí que la doctrina haya postulado una ciencia de la legislación y una técnica legislativa; y, recientemente, el denominado **análisis de impacto normativo** (RAI: *Regulatory Impact Assessment*). Del mismo se ocupan, en España, los arts. 22 y 24 de la Ley de Gobierno, 50/1997, de 27 de noviembre (con las modificaciones de la Ley 30/2003, de 13 octubre, y su reafirmación por la Ley Orgánica 3/2009 de 22 de marzo, en relación con el impacto de género, una de las menciones que se incorporan al proyecto de fusión en la LME, en relación con los órganos de administración: LME, art. 31.11ª). El RD 1083/2009, de 3 de julio (BOE del 18), regula la **memoria del análisis del impacto normativo**. Su E. de M. dice que «la mejora de la calidad de las normas se ha constituido en una prioridad para el conjunto de los países de nuestro entorno a lo largo de los últimos años...».⁽⁴⁾

El art. 4 del Proyecto de Ley de Economía Sostenible define los **Principios de Buena Regulación**, dándoles carácter normativo, aunque puedan incluirse en la categoría de las normas llamadas «desiderativas» o programáticas.⁽⁵⁾ Cierzo que estos principios son eminentemente jurídico-formales, sin ninguna exigencia de justicia material.

1. *Principio de necesidad*: la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general (aplicable también a cada norma: evitar las «normas vacías», que el *Conseil Constitutionnel* francés en algún caso ha declarado inconstitucionales).
2. *Principio de proporcionalidad*: «...deberá ser el instrumento más adecuado para el objetivo que se persigue».
3. *Principio de seguridad jurídica*: «se ejercerá (la iniciativa normativa) de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre que facilite la actuación

de los ciudadanos y la adopción de sus decisiones económicas».

4. *Principio de transparencia*: «Los objetivos de la regulación y su justificación (=cada norma) deben ser definidos claramente».
5. *Principio de accesibilidad*: «se establecerán los mecanismos de consulta con los agentes implicados así como instrumentos de acceso sencillo y universal a la regulación vigente».
6. *Principio de simplicidad*: «un marco normativo sencillo, claro y poco disperso, que facilite su conocimiento y comprensión».
7. *Principio de eficacia*: «identificación clara de los fines perseguidos, estableciendo unos objetivos directos, y evitando cargas innecesarias y accesorias».

El art. 4 del **Proyecto de Ley de Economía Sostenible** concluye que «en todo caso los poderes públicos procurarán el mantenimiento de un marco normativo estable, transparente y lo más simplificado posible». A la luz de estos **principios** podemos examinar la LME desde distintos puntos de vista, formulando varias **observaciones**.

2. Observaciones críticas a la ley de modificaciones estructurales

A) Una ley mercantil, para sociedades mercantiles

En primer lugar, la LME es una **Ley mercantil, para sociedades mercantiles**, respondiendo en este aspecto a un plan de política legislativa, que el Profesor Alberto BERCOVITZ, Presidente de la Sección de Derecho mercantil de dicha Comisión, anunció en 2007, limitándolo al Derecho de contratos,⁽⁶⁾ si bien el problema se amplía al Derecho de las entidades jurídicas que no son sociedades mercantiles y cuya regulación según algunos Estatutos de Autonomía es competencia de las Comunidades Autónomas: sociedades civiles, asocia-



ciones, fundaciones; en especial, las cajas de ahorros, y sociedades de seguros y mutualidades de prevención social (salvo en los aspectos que constituyen bases de la ordenación de crédito, banca y seguros: art. 149.1.11ª CE).

La LME es una ley mercantil, para sociedades mercantiles y responde en este aspecto a un plan de política legislativa

Partiendo del planteamiento expuesto por el Profesor Alberto BERCOVITZ un sector de la doctrina mercantilista se opone a la unificación del Derecho privado del Estado para conservar la legislación mercantil como fortaleza frente al riesgo de la fragmentación de aquel por la legislación autonómica –por ejemplo, la catalana, con la promulgación de su Código civil. Un riesgo que el Tribunal Constitucional debe impedir, aplicando la Constitución y los Estatutos de Autonomía, y por tanto su distribución de competencias legislativas, atendiendo al contenido que en 1978 el legislador constituyente pudo atribuir a los conceptos de legislación mercantil y legislación sobre las entidades mencionadas, pero sin congelar o petrificar nuestro ordenamiento jurídico, que la Constitución reconoce como territorialmente plural.⁽⁷⁾

El Ministerio de Justicia por Orden de 7 de noviembre de 2006 encargó a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación la redacción de una propuesta de un nuevo «Código Mercantil» (sic) «en el que se integrará y se delimitará (sic) la legislación mercantil existente, y se modernizará y completará», remediando, en especial, el vaciamiento que ha sufrido desde su promulgación, el 22 de agosto de 1885, «hasta quedar reducido a una especie de esqueleto jurídico, flaco y descarriado».⁽⁸⁾ Es decir, por lo visto este Código podría asumir como misión «reinventar» la «legislación mercantil» que la Constitución tuvo en cuenta.

Con esta perspectiva la LME, al parecer, no ha querido salirse de la «legislación mercantil», de competencia exclusiva del Estado, para evitar conflictos

con las Comunidades Autónomas. Pero creemos que existen títulos competenciales del Estado que podrían haber servido de apoyo a una Ley de modificaciones estructurales general y transversal. En especial, la competencia legislativa estatal sobre «las bases de las obligaciones contractuales» (art. 149.1.8ª de la Constitución), en relación con los negocios jurídicos de modificación estructural; y la necesidad de una Ley transversal de modificaciones estructurales, exigida por la unidad de mercado en todo el territorio del Estado, reconocida por el Tribunal Constitucional como principio inspirador de la Constitución. El legislador estatal podría haber seguido, además, la vía de una «Ley marco», en relación con las modificaciones que afectaran a las entidades jurídicas sometidas a la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas, como en su día se elaboró la Ley 16/1987, de 30 de julio (BOE del 31), de Ordenación de Transportes Terrestres, los cuales son materia de competencia de las Comunidades Autónomas en su respectivo territorio, por lo que otro procedimiento de regulación podría haber conducido al caos.⁽⁹⁾ O, mejor, podría haber seguido la vía de una «Ley de armonización» (art. 150, ap. 1 y 3, de la Constitución), poco utilizada en la práctica, teniendo en cuenta que las Leyes autonómicas contienen ya normas sobre modificaciones estructurales en relación con las mencionadas entidades, que sería conveniente armonizar y sistematizar. Por ej., el Código civil de Cataluña, Libro sobre Personas Jurídicas, regula la fusión y escisión de las asociaciones, materia que no regula el Derecho estatal. Hubiera sido útil una norma como el Par. 1, apart. 2, de la *UmwG* alemana, que atiende a las exigencias de una pluralidad normativa territorial: «Podrá haber modificaciones estructurales en el sentido del ap. 1, además de en los casos regulados en esta Ley, sólo cuando así lo prevean expresamente otra ley federal o una ley de un Estado federado» (o *Land*).

Como resultado de esta **opción autolimitativa**, la LME deja sin regular: (a) Por un lado, **por puro dogmatismo mercantilista**, algunas de las modificaciones estructurales de las sociedades civiles, asociaciones y fundaciones, sometidas a la legislación estatal, bien sea entre ellas o con sociedades mercantiles

(«modificaciones heterogéneas»)⁽¹⁰⁾ (b) Por otro lado, **por temor a incurrir en incompetencia legislativa**, las modificaciones estructurales de entidades reguladas por la legislación de las Comunidades Autónomas, sea entre sí o con las de regulación estatal, y tanto homogéneas como heterogéneas. Desde ambas perspectivas la LME se autoexcluyó de la regulación de fenómenos como la muy urgente reestructuración del sector financiero, que no requiere sólo disposiciones de Derecho administrativo sobre supervisión e intervención, sino también de Derecho privado societario, en sentido amplio.⁽¹¹⁾

B) Una ley de transposición de directivas

La LME es –como otras muchas– esencialmente una **Ley de transposición de Directivas**, con las servidumbres que ello comporta, que no pudo superar del todo el Anteproyecto de Ley de 14 de junio de 2007, concebida como una Ley mercantil general al margen de la LSA y de la SRL.⁽¹²⁾ Este método de legislar – de «legislador de guardia» – ya se demostró insatisfactorio en la elaboración de la importante Ley de Bases 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades, que dejó planteados problemas que aún sufrimos.

Una observación importante es que las normas no claras de la LME se habrán de interpretar siempre de conformidad con las Directivas: por ej., si la LME omite la exigencia del informe de experto en la regulación de la fusión transfronteriza será necesario integrarla mediante dicha interpretación, y además, gracias a la remisión del art. 55 LME al régimen general de la fusión. En el caso de normas claras, pero erróneas, como el art. 34.1 LME, que exige el informe de expertos sobre el informe de fusión sólo cuando la sociedad resultante sea sociedad anónima o comanditaria por acciones, es evidente que no se cumple esta exigencia de la Tercera Directiva en protección de los accionistas, en especial en lo relativo a la valoración de la relación de canje. Pero es difícil interpretar esta norma «de conformidad», de modo

que la Comisión de Calificación Registral Mercantil tiene que limitarse a decir que «estas fundadas razones deberían llevar a una interpretación correctora de la letra de la ley (art. 34.1 LME)».

C) La ley no presta suficiente atención al derecho comparado

La LME **no presta suficiente atención al Derecho comparado**, en especial la Ley alemana de 28 de octubre de 1994 (*UmwG*) y las que siguen su modelo de regulación, de todas las modificaciones estructurales y para todos los sujetos de derecho. En especial, el Código civil de Holanda (libro 2º, Personas Jurídicas), la Ley suiza de 3 de octubre de 2003 sobre fusión y el Código civil italiano tras su reforma por el Decreto Legislativo nº 6, de 17 de enero de 2003.

La atención a la **legislación comparada** y al **marco normativo completo de estas operaciones** en nuestra legislación –Derecho contable, fiscal, de defensa de la competencia laboral y concursal⁽¹³⁾, fundamentalmente– era necesaria para **incorporar todos sus aspectos estratégicos** estableciendo una normativa general y completa y aprovechando todas las oportunidades de simplificación y agilización ofrecidas por las Directivas, para superar el modelo muy de tempo lento y de sometimiento a la Junta de socios que inspira el régimen de la fusión en los países europeos (frente al modelo de los EEUU) y teniendo en cuenta el análisis económico de la competencia de nuestra legislación con las del entorno en la atracción de inversiones.⁽¹⁴⁾

La intervención del legislador en la regulación de las modificaciones estructurales de las sociedades se reveló necesaria en Derecho comparado, con una doble finalidad: 1ª) permitir que la sociedad se modifique por acuerdo mayoritario, como contrato incompleto que es, para adaptarse al mercado (sin tener que disolver y constituir una nueva entidad); y 2ª) proteger los intereses de los socios disidentes y titulares de derechos especiales actuales o eventuales sobre los fondos propios y los intereses de los terceros acreedores por créditos todavía no exigibles ni garantizados. La intervención del legislador se ha producido

en *tres fases históricas*: al principio, con pequeñas referencias legales aisladas; después, mediante reglas importantes, con tantas regulaciones de una misma modificación social como tipos sociales; y por último, con su codificación general, con leyes completas sobre el tema con una perspectiva supra-típica, siguiendo el arquetipo de la Ley alemana de 28 de octubre de 1994, que, como dice el Profesor Antonio MENEZES CORDEIRO, «da lugar a una verdadera rama del Derecho de sociedades, con especialistas y publicaciones de la mayor densidad».⁽¹⁵⁾

El Derecho comparado ofrece *tres grandes modelos de regulación*: 1.º) Regulación de las modificaciones estructurales en Leyes o Códigos generales de sociedades mercantiles, tributarios aún de la división Derecho mercantil/ Derecho civil (Francia y Portugal); 2.º) regulación general de las modificaciones estructurales para todos los sujetos jurídicos en una Ley transversal (Alemania y Suiza); y 3.º) su regulación en un Código civil que unifica todo el Derecho privado (Holanda e Italia).

La LME española sigue un cuarto modelo: el de conceptuarse como Ley especial de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

Creemos que los Principios de Buena Regulación aconsejan seguir el tercer camino, **el de la unificación del Derecho privado**, mediante la fórmula de Códigos únicos, y cuando este objetivo total no se pueda lograr, **la unificación de la regulación en materias concretas**, como el Derecho concursal o el Derecho de las modificaciones estructurales (como en Alemania).⁽¹⁶⁾ Ahora bien, la LME española en realidad sigue **un cuarto modelo**, el de una **Ley especial de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles**.

Conviene hacer una breve **referencia a la legislación comparada** de mayor interés en esta materia, **sin pretender ahora incorporar la valiosa doctrina de sus comentaristas**:

El *Código das Sociedades Comerciais* portugués de 1986 (CSC) regula las modificaciones estatutarias y estructurales para todas las sociedades mercantiles en su *Parte General*, Capítulo VIII: *Alterações do contrato*: en general; aumento del capital; y reducción del capital; Capítulo IX. Fusión; Capítulo X, escisión; y Capítulo XI, transformación de sociedades. Todas estas modificaciones exigen acuerdo de los socios (art. 85.1) y otorgamiento de escritura pública (el CSC portugués no menciona la inscripción en el Registro). Hacia ese modelo apuntaría la legislación española.⁽¹⁷⁾

La Ley alemana de 28 de octubre de 1994 sobre *perfeccionamiento del Derecho de las modificaciones estructurales (UmwG)*,⁽¹⁸⁾ elaborada a partir de un extenso y complejo Anteproyecto de Ley de 1988, objeto de amplio estudio doctrinal, que contribuyó a su mejora y simplificación. A pesar de ello sigue siendo una Ley extensa y compleja (si la comparamos con la regulación de la Ley suiza y de los Códigos civiles holandés e italiano). Regula todas las posibles modificaciones estructurales (que han sido recogidas íntegramente en la LME), entre (casi) todos los «sujetos de derecho» (de Derecho privado), incluyendo, según su art. 3, sociedades mercantiles, personalistas y de capital, sociedades cooperativas inscritas, asociaciones inscritas, sociedades cooperativas de revisión o auditoría y mutualidades de seguros e incluso asociaciones con finalidad económica y personas físicas socios únicos de sociedad unipersonal de capital que asumen el patrimonio de ésta; aunque no incluye las fundaciones.⁽¹⁹⁾

La *UmwG* fue modificada por la «Segunda Ley de reforma de la Ley de modificaciones estructurales de 24 de abril de 2007» (*BGBl.* 24-4-2007, Nº 15, Teil 1, S. 543 ff.), que entró en vigor el día siguiente, 25 de abril de 2007 (el Proyecto era de 13 de febrero de 2006). La «Primera» había introducido el régimen de la fusión como medio de creación de una Sociedad Anónima Europea domiciliada en Alemania. La Ley alemana de 24-4-2007, que añade un Capítulo 10 a la *UmwG* (& 122-a hasta 122-I, sin perjuicio de la modificación de otras normas dispersas), tiene interés porque Alemania se tuvo que anticipar a otros Estados miembros para dar cumplimiento a la Sent TJCE de 13 de diciembre de 2005



SEVIC Systems, A.G. y Security Vision Concept, S.A.⁽²⁰⁾, que declaró contraria a la libertad de establecimiento reconocida en los arts. 43 y 48 TCE (de la sociedad alemana absorbente y de la sociedad luxemburguesa absorbida), el rechazo de la fusión transfronteriza apoyado en la interpretación «a contrario» de la expresión «Rechtsträger mit Sitz im Inland können umgewandelt werden», con el fin de impedir la huida de la «Mitbestimmung». Sin embargo, la nueva Ley no ha considerado necesario modificar aquella expresión. Lo mismo ocurrió con el Código Civil Holandés, que también era interpretado como contrario a las fusiones transfronterizas. Alemania transpuso la Directiva 2005/56, dentro de plazo, antes del 15 de diciembre de 2007, insertándola en su compleja *UmwG*, con piezas importantes de normativa interna.

Especial interés presenta la regulación de la materia en el **Código civil holandés (CCh)**, Libro 2.º, sobre las Personas Jurídicas, por su modélica sencillez («principio de simplicidad») y por facilitar mucho las modificaciones estructurales:

A la *transformación* sólo dedica 3 normas (frente a los 12 artículos de la LME): El art. 18 admite un amplio perímetro de transformaciones: la de SA y SRL en fundación o en asociación requiere autorización judicial. El art. 71 equipara SA y SRL a efectos de transformación. Admite la de SA en asociación, cooperativa o SGR convirtiéndose el accionista en socio o miembro de éstas, salvo que pida la compensación del daño por la pérdida de sus acciones (equivalente al derecho de separación) y si no hay acuerdo sobre su importe la fijan expertos. El art. 72 regula la de SRL en SA y la de cooperativa o SGR en SA, convirtiéndose sus socios en accionistas, salvo que se separen en la forma que prevé el art. 36.4.

Los arts. 308 y ss. CCh regulan la *fusión* y *escisión*: sus normas se aplican a todas las entidades antes citadas. Pueden fusionarse entre sí personas jurídicas con la misma forma. Una asociación cooperativa, SGR o fundación puede absorber a una SA o SRL de la que posea todas las acciones. En tal caso no puede haber socios externos: ¿qué se les da en

canje?: nada: no se entregan acciones. Una fundación, SA o SRL puede absorber a una asociación, cooperativa o SGR de la que sea el único miembro (tampoco entrega acciones). Art. 311.2 Los miembros o accionistas de las personas que se extinguen se hacen miembros o accionistas de la adquirente, salvo: (1) en las heterogéneas (art. 310.4); 2) sociedad que tiene todas las acciones de la absorbida (arts. 333 y 334) y cuando el socio recibe acciones de una sociedad del grupo, no de la absorbente y 3) cuando en virtud de la relación de canje no existe derecho a recibir ninguna acción.

Eficacia de la fusión: según el art. 318. 1, la fusión se otorga en escritura pública y es eficaz a partir del día después de aquel en que se otorgó (no desde la inscripción registral, a diferencia de la *UmwG* y de la LME), dentro de los 6 meses desde el depósito del proyecto de fusión o, si existe oposición, de un mes después de su retirada. La persona absorbente ha de inscribir la fusión dentro de los 8 días siguientes.

Derechos especiales: a reparto de ganancias o de acciones: su titular debe obtener un derecho equivalente o una compensación del daño, que fijan expertos independientes (frente a la inadmisibles regulación de la LME).

Contratos pendientes: art. 322: si un contrato por equidad no debe continuar el juez modifica o resuelve a instancia de una de las partes, pudiendo hacerlo con carácter retroactivo. La acción caduca a los 6 meses. Si se produce daño al tercero la persona jurídica está obligada a indemnizarlo.

Nulidad de la fusión: art. 323. 1) el Juez sólo puede anularla: por nulidad de la escritura; por no observar los arts. 310.5 y 6, art. 316.4 o 318.2; por nulidad del acuerdo de la junta o del patronato de la fundación; por no cumplir el art. 317.5. La acción caduca por reparación de la omisión o por transcurso de 6 meses desde la inscripción de la escritura. 2) *La fusión no se puede anular*: si la persona jurídica reparó la omisión dentro del plazo fijado por el juez y si los efectos ya producidos no pueden ser deshechos sin trastornos.

El art. 323.5 establece que cuando *el demandante de anulación haya sufrido un daño* por una omisión que podría haber conducido a la anulación y el juez no la anula éste puede condenar a la persona jurídica a indemnizar el daño y la persona jurídica tiene acción de repetición contra los culpables; y contra los que se hayan aprovechado hasta el límite del provecho. La sentencia de anulación, en su caso, se inscribe en el Registro mercantil. La persona jurídica responde solidariamente de las obligaciones que se originen después de la fusión y antes de que la anulación haya sido inscrita. La sentencia de declaración irrevocable de anulación es vinculante para todos, no estando permitida la oposición de terceros ni recurso civil.

El Libro 2.º del Código Civil holandés puede considerarse modélico en la regulación de las modificaciones estructurales

Fusión de fundaciones: Los arts. 314, 315, 317 establecen algunas normas especiales.

Art. 325.2: *El canje* puede hacerse con acciones o con dinero o créditos hasta el 10% del nominal de aquellas. El art. 327 es muy minucioso en tema de métodos de valoración para el canje.

El art. 331 permite *la absorción por acuerdo del consejo de administración de la absorbente*, en todo supuesto de absorción, siempre que se haya indicado en el proyecto de fusión y que no exijan convocatoria de junta el 1/20 de los votos (= 5 %, igual que en la LME), o porcentaje menor si lo prevén los estatutos.

Escisión: repite normas de la fusión, distingue entre total y parcial. El art. 334.b.4 permite *la de asociaciones, cooperativas, SGR y fundaciones*. El art. 334.d exige que «el valor de la parte patrimonial segregada sea al menos cero» (gran diferencia en cuanto a flexibilidad con la exigencia de «unidad económica» del art. 70 LME). Los arts. 334j y 334r regulan *la adaptación o resolución de los contratos pendientes por resolución judicial* cuando no sea equitativa su continuación como estaban celebrados, en

especial en atención a la división del patrimonio de la entidad.

El *Código civil italiano*, en su redacción resultante de la reforma introducida mediante el Decreto legislativo de 17 enero 2003, núm. 6, contiene una regulación sencilla de las modificaciones estructurales en su Capítulo VIII: transformación, arts. 2498-2500; fusión, arts. 2501-2503-bis y 2504-2504 sexties; y escisión, arts. 2504 septies a 2504 decies. Siempre con derecho de separación del socio disconforme. En cambio, el Cc. italiano no regula la cesión global de activo o pasivo o transmisión del patrimonio social (a diferencia de la Ley alemana), seguramente porque considera que sus fines deben realizarse mediante la fusión.⁽²¹⁾ Su art. 2501-bis regula la *fusión apalancada*, bajo la inspiración, recogida en el Código en esta reforma, de las *financiaciones de proyecto*, que seguramente ha servido de modelo, a su vez, aunque con graves distorsiones, al discutido art. 35 LME española.

La *Ley suiza* de 3 de octubre de 2003 sobre fusión, escisión, transformación y cesión de activo y pasivo sigue el modelo de la Ley alemana, con una regulación muy clara y sencilla y con soluciones originales: por ej: admisión de escisión subjetiva por acuerdo unánime consistente en una distribución asimétrica de las acciones.

La Ley suiza de 3 de octubre de 2003 aunque sigue el modelo alemán, presenta también soluciones originales

La *Companies Act 2006* del Reino Unido (*Chapter 46*), aprobada el 8 de noviembre de 2006, con sus 1300 *Sections*, y 16 *Schedules* o Anexos, dedica su *Part 27* (*Sections 902 a 941*) a las fusiones y escisiones de *public companies* (seguida por las normas sobre OPA (*Part 28, Chapter 1: The Takeover Panel*)). Mientras que en su *Part 7* regula la «re-registration», versión muy simplificada de transformación, de «private co.» en «public co.» y a la inversa; de «private p.l.c.» en «unlimited» y a la inversa; y de «public co.» en «private and unlimited».

En EEUU el «Model of Business Corporation Act», revisado en 2002 (hay revisión de 2008), seguido por las Leyes de Sociedades de los Estados de la Unión, regula las «mergers» en su Chapter 11, enumerando las entidades nacionales o extranjeras que pueden participar en un «plan of merger», que incluye el canje de acciones; y la «action of plan» o procedimiento, *siendo órgano competente el Consejo de administración* (salvo que se condicione a la aprobación por la Junta de accionistas), regulando también la posibilidad de «abandonment» del plan. El Chapter 12 regula la «disposition of assets», que *no requiere acuerdo de Junta general en una serie de casos, salvo que los estatutos establezcan lo contrario*; aunque sí en el caso de que la sociedad como consecuencia de la transmisión no pueda continuar su actividad de manera significativa. El Chapter 13 regula el «appraisal right» o *derecho de separación*, en protección del socio disconforme.

Podemos destacar, por sus importantes efectos sistemáticos, que en las leyes europeas encontramos *dos modelos normativos distintos de fusión*: 1) *el de la Ley alemana*, basado en un «contrato de fusión» otorgado, para su validez, en escritura pública, por los órganos de administración de las sociedades que se fusionan, con ratificación posterior de las Juntas generales (Alemania, Holanda, aunque con distinto régimen de eficacia); y 2) *el modelo de las demás legislaciones*, seguido por las Directivas, que parte de un *convenio* entre los órganos de administración, que sólo es vinculante para la sociedad cuando es aprobado por las Juntas generales, con las únicas cautelas de que éstas deben decidir dentro de un período de seis meses y que los órganos de administración no pueden realizar actuaciones que alteren la relación de canje o sustancialmente el activo o pasivo de la respectiva sociedad (*es el modelo de la LME, pero en la práctica también de la UmwG*, porque el contrato de fusión tiene que ser ratificado, libremente, por la Junta).

D) La ley tuvo una elaboración pacífica

La LME tuvo una elaboración pacífica, a partir del Anteproyecto de Ley de

14 de junio de 2007, elaborado por la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho mercantil, que lo revisó de la necesaria autoridad doctrinal. El Proyecto de Ley apenas incorporó novedades, algunas intrascendentes, como el pretencioso «Título Preliminar» integrado por las dos normas vacías, los arts. 1 y 2 LME. El Ministerio de Justicia encargó a principios de 2006 a la Comisión General de Codificación una norma de transposición de la **Directiva 2005/56/CE, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas**, cuyo plazo de transposición expiraba el 15 de diciembre de 2007 (que se incumplió). La ponencia inicial, integrada por los Profesores Fernando Sánchez Calero, Presidente, y Alberto Bercovitz (hasta que éste asumió la presidencia de la Sección de Derecho Mercantil), Rojo Fernández-Río, Vérguez Sánchez, Beltrán Sánchez y Esteban Velasco, optó, entre varias alternativas (por ej., incluirla en la LSA), **por redactar una «Ley horizontal» o general** de modificaciones estructurales para todas las sociedades mercantiles; pero no para todas las formas jurídicas de empresa (como en la legislación comparada a que nos hemos referido). Cuando ya había sido aprobado el Anteproyecto la Comisión General de Codificación recibió el encargo de una nueva norma de transposición de la **Directiva 2006/68/CE, de 6 septiembre 2006**, de modificación de la Segunda Directiva, 77/91/CE, del Consejo, relativa a la constitución de la sociedad anónima así como al mantenimiento y modificaciones del capital, cuyo borrador de anteproyecto fue integrado como Disposiciones Adicionales del primero.

El Dictamen del Consejo de Estado

(1) consideraba preferible incorporar esta regulación en el TR de la LSA (siguiendo la propuesta expresada antes por el Consejo General del Notariado), (2) dudaba que el traslado del domicilio social al extranjero fuese una modificación estructural y (3) consideraba preferible el encargo de una Ley de bases de Sociedades de Capital en lugar de un mero Texto Refundido para la unificación y la «regularización, aclaración y armonización» (en lo que sin duda tenía razón), (4) además de pronunciarse sobre otros puntos con especial rigor técnico.⁽²²⁾



En mayo de 2008 el Gobierno remitió el Proyecto de Ley a las Cortes Generales. La aprobación de la **Directiva 2007/63/CE, de 13 de noviembre de 2007**, que modificaba las Directivas Tercera y Sexta, sobre fusión y escisión de sociedades anónimas respectivamente, permitía suprimir los informes de los administradores y de los expertos cuando así lo acordaran todos los accionistas de todas las sociedades. Sólo el informe de expertos ha sido suprimido en la Ley, en el trámite parlamentario: no obstante, el criterio de los Registradores es que el informe de experto siempre es necesario en caso de fusión con aumento de capital social, en aplicación del art. 38.1 LSA cuando lo exige para el aumento de capital con aportaciones no dinerarias.⁽²³⁾ Al Proyecto de Ley fueron presentadas 107 enmiendas de todos los Grupos Parlamentarios (54 del Grupo Popular), de las que fueron aceptadas 42 y transaccionadas 37⁽²⁴⁾. En el Senado se presentaron 25 enmiendas, de ellas 7 del Grupo Popular y 13 del Grupo Socialista.⁽²⁵⁾

El debate parlamentario fue motivo de autosatisfacción para todos los grupos parlamentarios, por el alto grado de consenso alcanzado y en la votación final en el Pleno del Congreso votaron a favor los 331 Diputados presentes.

En este resultado tan favorable influyeron, seguramente, (1) el carácter técnico de la Ley, al no regular las modificaciones de entidades no mercantiles; (2) el procedimiento seguido de competencia legislativa plena de la Comisión del Congreso de Diputados (aunque sustrae el debate en la Ponencia a toda publicidad ya que ni siquiera consta en acta, de modo que puede ocurrir que no se sepa la justificación de algunas de las normas introducidas por la Ponencia), y (3) la voluntad de consenso y de transacción entre los grupos, incluso en temas delicados, a veces de tratamiento confuso.⁽²⁶⁾

Como **fruto del trámite parlamentario** apenas se introdujeron modificaciones en el Proyecto, (1) algunas de poco relieve, como la exigencia de informar en el proyecto común de fusión sobre el impacto de género en los órganos sociales y la incidencia sobre la responsabilidad social de la empresa y

(2) otras de mayor trascendencia, *aunque de dudoso acierto*, como la opción por mantener la prohibición absoluta de la asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones y participaciones sociales, la redacción final del art. 35 (fusión apalancada), la incorporación del procedimiento de revisión de la relación de canje en la fusión, la equiparación de la «titularidad indirecta» a la directa en las fusiones simplificadas de los arts. 49 y 50.

El debate parlamentario fue motivo de autosatisfacción por el alto grado de consenso alcanzado entre todos los grupos

Mediante una enmienda en el Senado se dio **cumplimiento a la STJ de 18 de diciembre de 2008** (TJCE, 2008, 322), modificando los arts. 158 y 293 LSA, a fin de limitar el reconocimiento del derecho de suscripción preferente sobre acciones y obligaciones convertibles a los accionistas, suprimiéndolo a los titulares de obligaciones convertibles (además, *como reforma no exigida por la Sentencia*, el art. 158 LSA ordena que el aumento de capital ha de hacerse *con cargo a aportaciones dinerarias*, basándose en la discutible idea de que si hay aportaciones no dinerarias no existe derecho de suscripción preferente, lo que legitima acuerdos de «opresión» de la minoría, de difícil impugnación ante los Tribunales).

En el debate parlamentario se produjo el consenso en puntos sorprendentes, en especial los siguientes. (1.º) La prohibición legal absoluta de la asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones y participaciones (la opción más drástica permitida por la Directiva 2006/68/CE, de 6 septiembre 2006)⁽²⁷⁾. (2.º) En un tema de transformación heterogénea (no en «un tipo social distinto» como dispone el art. 3 LME) la admisión de **la conversión del fondo de reserva obligatoria de las cooperativas de crédito** —de naturaleza irrepartible entre los socios— no en reserva indisponible —como preveía el Proyecto de Ley—, sino **en capital social de la «entidad de crédito»** (entiéndase, la Sociedad Anónima Bancaria resultan-

te) y, por tanto, **repartible entre los socios** (Disposición adicional 4.ª LME, que modifica el art. 10 Ley 13/1989, de cooperativas de crédito). Sólo tres Diputados defendieron el patrimonio cooperativo irrepartible, con su necesaria asignación a fines cooperativistas. Según el SR. DE LA ROCHA RUBÍ, ponente del Grupo Socialista, esta norma «implica, sin duda, un fortalecimiento del carácter indisponible de este fondo y del incremento de la garantía de su solvencia patrimonial»⁽²⁸⁾ «En contradicción con la legislación vigente —resalta otro Diputado—,⁽²⁹⁾ que permite que vaya destinado a otra cooperativa designada en los estatutos, a la Confederación Estatal de Cooperativas de su misma clase o, en su defecto, al Tesoro Público. De forma que el socio capitalista de la cooperativa transformada (ya SA) no pueda participar, ni siquiera indirectamente, de un fondo constituido a la largo del tiempo por los beneficios obtenidos por otros cooperativistas que dejaron de serlo, bien por muerte o por otras causas, y que ha recibido, además, importantes beneficios fiscales. Entendemos que con la transacción que se ha firmado, que establece que el fondo de reserva obligatorio pase a integrarse en el capital social de la entidad resultante de la transformación, evitamos que las cajas rurales puedan ser objeto de toda clase de operaciones especulativas, precisamente por la existencia de cuantiosísimos fondos de reserva». Ahora los socios de las cooperativas de crédito tendrán interés en transformar su cooperativa en sociedad anónima, para convertir el fondo de reserva en patrimonio repartible. (3.º) La voluntad de **evitar la impugnación de la fusión facilitando una vía no judicial para impugnar la relación de canje**, pero con la sorpresa de que según el art. 38.1 LME ello sólo será posible si lo establecen los estatutos o el acuerdo de fusión, por voluntad de la mayoría (lo que no parece una hipótesis previsible). 4.º **En el régimen de impugnación de la fusión**, el art. 47 LME reconoce la acción de impugnación de la fusión y, además, la acción de resarcimiento de perjuicios, de forma incongruente, porque esta segunda acción sólo ha sido reconocida en aquellas legislaciones que, siguiendo la sugerencia de las Directivas, prohíben la impugnación de la fusión y sólo en compensación de dicha prohibición

(Par. 20.2 *UmwG* alemana; 2504 quater C.c. italiano). Por otro lado, en su aplicación, por remisión del art. 55 LME, a la fusión transfronteriza, el art. 47 LME es contrario a la *Décima Directiva*, cuyo art. 17 prohíbe a los Estados miembros permitir la impugnación de la fusión.

E) La ley omite la regulación de temas importantes

Así, la LME se aparta de la Ley alemana al omitir la regulación de temas importantes, que no debieran dejarse a la interpretación de los Tribunales, como son los siguientes:

a) La regulación de los negocios jurídicos que se celebran a lo largo del procedimiento de la fusión de sociedades y operaciones similares

El tema no ha sido atendido por las Directivas, pero tiene gran importancia práctica (como revela la jurisprudencia de los EEUU y europea), tanto en las fusiones internas como en las transfronterizas, en las cuales los problemas de la ausencia de regulación pueden agravarse por el distinto planteamiento de las legislaciones de los Estados miembros aplicables. La LME sólo regula, y de manera incompleta en cuanto a sus efectos, el acuerdo de fusión (de la junta general y, en su caso, del órgano de administración). En este sentido: 1.º) Falta una norma que regule el «convenio de fusión» aclarando su naturaleza de «acuerdo de intenciones» que vincula sólo a los órganos de administración a proseguir los tratos previos, intercambiar información, guardar secreto, asumir o compartir los gastos y someter a la junta respectiva el proyecto común de fusión, sin que el convenio pueda calificarse de un contrato preliminar o precontrato, ya que los órganos de administración no pueden obligar a la sociedad —a su Junta o a sus socios— a decidir la fusión.⁽³⁰⁾ No obstante, la norma debería admitir expresamente la validez de un pacto de «break-up fees» en el convenio de fusión en concepto de comisión por los gastos incurridos por la sociedad oferente de la fusión para el caso de que la junta general de la sociedad destinataria de la oferta no apruebe la fusión o acepte una

oferta de fusión competidora, en compensación por haber propiciado una oportunidad de negocio. Los socios mayoritarios, en cambio, se pueden obligar a votar a favor de un determinado proyecto de fusión en sus respectivas juntas generales, dado que los sindicatos de voto son lícitos, válidos y susceptibles de ejecución.⁽³¹⁾ A diferencia de la fusión el contrato de compra de sociedad (*share deal*) generalmente va precedido en la práctica por un contrato preliminar que obliga a su celebración definitiva bajo cláusula penal,⁽³²⁾ y el pacto de comisión de «break-up fees» en la Oferta pública de adquisición de valores (OPA) entre la sociedad oferente inicial y la sociedad afectada (en una Opa amistosa) para el caso de que los accionistas de ésta se decanten por una oferta competidora, viene admitido por el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio (BOE del 28).⁽³³⁾ El intercambio de información durante la negociación de la fusión, como en toda adquisición de empresas, necesario para la *due diligence*, no constituye acuerdo restrictivo de la competencia, siempre que no sea una información analítica, por ejemplo sobre precios y cantidades distribuidas en cada zona.⁽³⁴⁾

2.º) Falta el reconocimiento expreso de un *contrato de fusión*, que obliga a las sociedades que intervienen en ella a su completa ejecución cumpliendo todos los requisitos legales, y que parece que nace en el momento en que la última sociedad adopta el *acuerdo de fusión*, a partir del cual ninguna de las sociedades puede separarse del procedimiento. En nuestro Derecho el momento en que nace este contrato obligacional no parece que sea el momento de otorgamiento de la escritura de fusión, porque no es un contrato formal, a diferencia del Derecho alemán y holandés. Por el contrario, la representación de cada una de las sociedades puede exigir a las otras que otorguen la escritura pública para llevar a buen término la operación de fusión pactada.⁽³⁵⁾

3.º) Falta la regulación expresa de los efectos del otorgamiento de la escritura de fusión, en especial los patrimoniales, a pesar de que el art. 46 LME dispone que la eficacia de la fusión deriva de la inscripción, al igual que en el Par. 20.1.1º *UmwG* (a diferencia del Cc. holandés, que hace derivar la eficacia de la fusión

del otorgamiento de la escritura). La jurisprudencia española declara que la sucesión universal en el patrimonio de las sociedades absorbidas se produce con el otorgamiento de la escritura pública, —sería el *modo* instrumental de transmisión patrimonial que se añadiría al título del contrato de fusión— pero la misma abundancia de sentencias en esta materia revela que la cuestión no está clara en la legislación positiva, que la LME no ha modificado en este punto.⁽³⁶⁾

4.º) La LME no impide la impugnación de la fusión antes de su inscripción. Así, el art. 38.1 LME admite la impugnación del acuerdo de aprobación del balance de fusión, añadiendo que no produce la suspensión de la misma. La impugnación de la fusión no inscrita en Derecho español no produce en ningún caso la suspensión de la fusión, salvo que el Juez la acuerde como medida cautelar. Quizás hubiera sido mejor incorporar el sistema del art. 14 *UmwG*, que exige una declaración de que no pende una impugnación de la fusión para inscribirla y salvo que el Juez autorice expresamente la inscripción.⁽³⁷⁾

b) La adaptación de los contratos bilaterales pendientes de ejecución de las sociedades que se fusionan para hacer viable la fusión

La Ley alemana (Par. 21 *UmwG*), incorporó el principio de que los Tribunales podrán decidir la adaptación de los contratos pendientes de ejecución. El Código civil holandés prevé que en la fusión y en la escisión el Juez puede decidir la resolución o la adaptación del contrato para facilitar la fusión. En Alemania, el *Reichsgericht* tuvo que resolver en 1913 un contrato de distribución de cerveza, tras la fusión de la sociedad titular de la marca, argumentando que los fabricantes de cerveza no son todos iguales. En España los Tribunales habrán de apoyar una sentencia de adaptación del contrato, rechazando la demanda de su resolución, con el fin de hacer viable la fusión, escisión, segregación o cesión global aplicando por analogía el art. 32.3 de la Ley de arrendamientos urbanos (29/1994, de 24 de noviembre), que *creemos que expresa un principio*



general, aunque sin una norma expresa en la LME pueden originarse litigios. El tema preocupó tanto en el momento de la desregulación del monopolio de petróleos de CAMPSA, mediante escisión, que se promulgó a una Ley para regularla.

c) La revisión de la relación de canje

La LME debería haber previsto el derecho del socio disconforme a exigir la revisión de la relación de canje con un *procedimiento obligatorio de jurisdicción voluntaria* (porque ambas partes quieren que se fije dicha relación), con *pago del reajuste en efectivo*, si es necesario por encima del límite legal del 10% (a diferencia del art. 38.2 LME, que hace la revisión por experto nombrado por el Registrador Mercantil potestativa para la sociedad, porque tiene que estar previsto en los estatutos sociales o en el acuerdo de fusión). En contra, la *UmwG* otorga una acción judicial contra la relación de canje –Parágrafo 15 *UmwG*– y contra la compensación concedida en caso de absorción por entidad de otra forma jurídica, de distinta naturaleza –Par. 29, 30 y 34 *UmwG*–, en ambos casos en efectivo. Acciones distintas a la acción de impugnación del acuerdo de fusión.

d) La limitación temporal de la eficacia del acuerdo de fusión o escisión sometido a condición o a plazo

La LME debería haber previsto la posibilidad de adoptar los acuerdos de fusión bajo condición suspensiva (la resolutoria, tras la inscripción de la fusión, no cabe) o con plazo, pero con un límite temporal (como los 5 meses de la *UmwG*).

e) El reconocimiento del derecho de separación de los socios disconformes en caso de fusión que comporte la transformación de su respectiva sociedad

Esta es la solución de la Ley alemana (Par. 29 citado: que otorga al socio disconforme una «compensación»). En nuestra opinión el derecho de se-

paración del socio debe reconocerse igualmente en la LME, aunque no lo establezca expresamente, con apoyo en una interpretación sistemática –es de fusión y transformación, al mismo tiempo– y de jurisprudencia de intereses, dado que la LME, a diferencia del Cc. holandés, no equipara la SA y la SL a efectos de la transformación, por la notable diferencia de régimen entre ellas (que no puede corregir el TR de LSC aprobado por RDLegisl. 1/2010, de 2 de julio, *BOE* del 3). Por ejemplo el art. 95.c) LSRL en toda «modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales» da derecho de separación, mientras que las restricciones a la libre transmisibilidad en la SA resultante de la absorción pueden suprimirse sin derecho de separación por el principio de libre transmisibilidad de las acciones. La LME tampoco equipara a estos efectos la sociedad anónima y la comanditaria por acciones (arts. 151 a 157 *CdeCo* y 212 y 217 *RRM*). Este problema deben tenerlo en cuenta quienes no compartan esta interpretación, por si algún día en una fusión con efectos de transformación los Tribunales reconocieran el derecho de separación.

f) La viabilidad de operaciones mixtas dentro de un mismo procedimiento (por ej., transformación, fusión y escisión, en un mismo proyecto)

Con frecuencia la reestructuración empresarial exige la combinación de varias operaciones en un único procedimiento.⁽³⁸⁾ El art. 17.2 LME establece que «cuando la transformación vaya acompañada de la modificación del objeto, el domicilio, el capital social u otros extremos de la escritura o de los estatutos, habrán de observarse los requisitos específicos de esas operaciones conforme a las disposiciones que rijan el nuevo tipo social»; pero antes su art. 10.2 LME impone la «subsistencia de las obligaciones de los socios», estableciendo que «la transformación por sí sola no liberará a los socios de sus obligaciones frente a la sociedad» (por ejemplo, el desembolso de los dividendos pasivos en la sociedad anónima originaria no podrá eludirse mediante su transformación en sociedad limitada), y que «si el tipo social en que se transforma la socie-

dad exige el desembolso íntegro del capital social, habrá de procederse al desembolso con carácter previo al acuerdo de transformación o, en su caso, a una reducción de capital con finalidad de condonación de dividendos pasivos», añadiendo que aquel se acreditará ante el notario.⁽³⁹⁾

Pero la LME no permite de forma expresa que en una misma junta a continuación del acuerdo de transformación se acuerde la fusión (en su caso, transfronteriza) o la escisión, siguiendo el régimen legal de la sociedad resultante de la transformación, bajo *condicio legis* de que ésta se inscriba. Creemos que ello es posible, superando el formalismo de la DGRN en varias Resoluciones, la última la de 23 febrero de 2001 (*BOE* 3 abril), que declaró que para aplicar el régimen de reducción de capital de la LSRL previamente tenía que estar inscrita la escritura de transformación de la sociedad anónima en sociedad limitada. Por fin, **la Resolución de 7 de octubre de 2009** rechazó la doctrina anterior, argumentando en base al nuevo art. 17 LME (aun cuando todavía no estaba vigente cuando calificó el Registrador). Para aplicar esta doctrina a la fusión y escisión es necesario superar la dificultad de que el art. 17 LME sólo mencione acuerdos de modificaciones adicionales estatutarias concretas y no la operación mixta de transformación/fusión o escisión.

F) La LME no aprovecha todas las posibilidades de regulación estratégica ofrecidas por las directivas

La LME –como la Ley 19/1989– sigue sin aprovechar todas las posibilidades de simplificación que ofrecen las Directivas Tercera, Sexta y Décima: (1.º) Dispensando del acuerdo de aprobación de la junta general en todos los supuestos de absorción, sustituido por acuerdo o decisión del órgano de administración (en España, no sólo del Consejo de administración, lo que suscita alguna preocupación), y no sólo en los supuestos de absorción de sociedad participada al 100% y por encima del 90% (cfr. arts. 49 y 50 LME). (2.º) En segundo lugar, los arts. 49 y 50 LME conceden en estos dos últimos supuestos el derecho a exigir la

convocatoria de junta al socio o socios que reúnan el 1% del capital social de la sociedad absorbente, cuando, si se hubiera fijado el 5%, umbral permitido por las Directivas, se habría reducido el riesgo de que socios muy minoritarios puedan exigir este trámite, retrasando la operación. El Código civil holandés remite a los estatutos la eventual reducción del porcentaje por debajo del 5%. (3.º) La LME no permite excluir por acuerdo unánime de todos los socios el informe de los administradores en el procedimiento de fusión y similares (a pesar de que lo permite la Directiva 2007/63/CE del P.E. y del Consejo de 13 de noviembre de 2007, que modificó la 3.ª y 6.ª Directivas). En cambio, permite excluir el informe de los expertos, aunque éste debe considerarse siempre necesario si se produce aumento de capital social (en aplicación del art. 38 LSA, en su nueva redacción por la LME, puesto que se entiende que su desembolso se realiza con aportaciones no dinerarias), como interpreta la Comisión de Calificación Registral Mercantil, distinguiendo el contenido y efectos del informe de experto en los arts. 34 LME y 38 LSA. (4.º) En el caso de absorción de sociedad participada en más del 90 por 100 la simplificación se condiciona a que la sociedad absorbente ofrezca a los socios minoritarios la adquisición de sus acciones o participaciones en su valor razonable, en un plazo no superior a un mes desde la fecha de la inscripción de la absorción. Parece que lo adecuado hubiera sido imponer un doble derecho de *squeeze out* y de *sell out*, reconocidos a la mayoría y a la minoría, respectivamente, como en el régimen de la Oferta pública de adquisición de valores (OPA), a fin de no crear situaciones de previsible «opresión» de la mayoría y/o de «tiranía» de la minoría.

G) La LME contiene numerosas normas oscuras

1.º) El problema de la aplicación de la LME por analogía: La LME, congruente con su planteamiento sistemático, no se pronuncia sobre si sus normas son aplicables por analogía a entidades que no sean sociedades mercantiles (la doctrina alemana interpreta que el art. 1º de la UmwG establece el sistema de «*numerus clausus*», aunque recientemente ya matiza este dogma). A falta de norma

expresa general habrá que decidir si el régimen de una operación o una norma concreta se aplica o no a una entidad distinta a una sociedad mercantil a partir del significado de cada norma, en el contexto de la LME –incluso teniendo en cuenta, ahora, la DA tercera LME, añadida, sobre las entidades de crédito– aplicando la jurisprudencia de intereses, con resultados que no siempre serán pacíficos.

Si nos atenemos a la interpretación de la voluntad del legislador expresada en la LME, **en la transformación los arts. 4, 6 y 7 parecen seguir el principio de «*numerus clausus*»**. La Disposición Final 4.ª, ap. 2 prevé la transformación de Cooperativa de Crédito en «otra entidad de crédito» (se refiere a una Sociedad Anónima Bancaria) y en tal caso, el fondo de reserva obligatorio pasa a integrarse en el capital social (es un supuesto previsto en el art. 4.5 LME, pero con una norma excepcional en cuanto al tratamiento del patrimonio cooperativo, aprovechando la peculiaridad de ser cooperativa de crédito).⁽⁴⁰⁾

Ahora bien, a partir del art. 4 LME y de estas disposiciones no parece posible aceptar la legalidad de la transformación de sociedad en asociación o en fundación, o a la inversa, por ej., el desdoblamiento de una caja de ahorros en sociedad anónima y en fundación dotacional, cuyo patrimonio fueran las acciones de la sociedad anónima resultante.

En las modificaciones estructurales consistentes en **transmisión patrimonial por sucesión universal puede aceptarse la aplicación por analogía de la LME**, puesto que aquella no puede considerarse un efecto excepcional sólo aplicable en las sociedades mercantiles, con tal de extender la misma protección de los acreedores. Hasta ahora se había admitido, por ej., que la fusión entre Cajas de Ahorros se hiciera siguiendo la normativa de la LSA en aquellas normas en que concurriera «*identidad de razón*». El mismo criterio podría aplicarse a la fusión entre asociaciones o entre fundaciones o entre SGR entre sí. Pero las dudas del legislador se tradujeron en la Ley 27/2009, de 30 de diciembre (de medidas fiscales y financieras, complementaria a la Ley de

Presupuestos del Estado para 2010) al añadir una Disposición Adicional 3.ª en la LME que establece que el régimen de dicha Ley se aplica a las operaciones de fusión entre entidades de crédito de la misma naturaleza y a las de escisión y cesión global de activos y pasivos entre entidades de crédito de idéntica o de distinta naturaleza. Ello sin perjuicio –añade– de lo previsto en la legislación específica aplicable a estas entidades. Esta norma, al limitar la aplicación de la LME a la fusión entre entidades de crédito de la misma naturaleza, parece derogar la regulación de la absorción de Cooperativas de Crédito por Sociedades Anónimas bancarias o por Cajas de Ahorros (entregando acciones o cuotas participativas en canje) reguladas por art. 32.2 del RD 84/1993, Reglamento de las Cooperativas de Crédito, como peculiares figuras de fusión heterogénea.⁽⁴¹⁾ Reconoce en cambio la viabilidad de las operaciones de «*escisión*» heterogénea, entre entidades de distinta naturaleza (pero la cesionaria habrá de ser una Sociedad Anónima bancaria). Admite la cesión global de una de estas entidades a otra de distinta naturaleza, que no plantea problemas sistemáticos, pero no está protegida por la neutralidad fiscal. Permite la conclusión «a contrario sensu», de que no es posible la transformación de una en otra de estas entidades de crédito (ratificando el «*numerus clausus*» de la LME).

La LME no se pronuncia sobre su aplicación por analogía

Y plantea la cuestión de si era necesaria. Si lo era es porque el legislador reconoce el principio de «*numerus clausus*», que impedía la aplicación de la LME por analogía. Pese a ello entendemos posible aplicar por analogía la fusión y modificaciones similares a entidades que no la tienen regulada o sólo fragmentariamente como las asociaciones y las fundaciones, reconociendo la «*identidad de razón*» (art. 4.1 Cc.)

2.º) Transformación de sociedades personalistas: La LME no admite expresamente la transformación de sociedad personalista en capitalista por acuerdo mayoritario; lo que es conveniente pa-



ra mejorar la organización corporativa y financiera de la sociedad y facilitar la sucesión en la empresa, sin perjuicio de que los socios disconformes ejerciten el derecho de separación, como lo dispone el art. 2500-ter Cc. italiano tras la reforma de 2003, con el voto de los socios proporcional a su participación en los beneficios de la sociedad.

El art. 8 LME establece que «la transformación de la sociedad habrá de ser acordada necesariamente por la **junta de socios**» y el art. 10.1 LME añade que «el acuerdo de transformación se adoptará **con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se transforma**», remisión obvia; pero ni el Código civil ni el Código de comercio regulan los requisitos y mayoría necesaria del acuerdo de transformación (a diferencia de la legislación cooperativa). El contrato social, la escritura o estatutos pueden regular la junta de socios y la mayoría necesaria para adoptar acuerdos y en tal caso habrá que aplicar lo pactado. En otro caso se plantea la duda de si es necesario «el consentimiento de todos los socios que tengan responsabilidad personal y solidaria por las deudas sociales» para inscribir la escritura de transformación, como establecen –todavía– los art. 217 RRM (para sociedades colectivas, comanditarias, simples y por acciones, porque no distingue, y agrupaciones de interés económico) y 218 RRM (para sociedades civiles y cooperativas), salvo pacto en contrario de la escritura social (art. 212 RRM).

Deberíamos esforzarnos en interpretar que, superando la exigencia de unanimidad, la LME con la exigencia de «junta de socios», **ha incorporado el principio mayoritario** (y no tanto la exigencia de la reunión física de todos los socios, pues sería difícil negar validez a un acuerdo unánime sin junta recogido en escritura pública). La LME confía la tutela del socio disconforme al ejercicio del derecho de separación, y no a su derecho de veto para bloquear la transformación. El art. 15.1 LME reconoce el derecho de separación con carácter general y el art. 15.2 LME establece la separación automática para los socios que no hayan votado a favor de un acuerdo de transformación que les hace asumir responsabilidad personal,

sin reconocerles un derecho de veto.

⁽⁴²⁾ Esta argumentación no es absolutamente segura, ya que el art. 16 LME reconoce a los titulares de derechos especiales que no puedan conservar en la sociedad resultante el derecho de oposición o de veto a la transformación, sin prever una solución más favorable para ésta como el reconocimiento de derechos equivalentes en la sociedad resultante –como el art. 31.4^a para la fusión–, o la indemnización por los derechos que pierden, prevista en la *UmwG*.

En las modificaciones estructurales consistentes en transmisión patrimonial por sucesión universal puede aceptarse la aplicación de la LME

3.º Necesidad o no de balance de transformación y de fusión: También plantea dudas la exigencia de **balance de transformación** (art. 9.3, en relación con 10.2 LME). En nuestra opinión, dado el carácter meramente informativo para los socios del balance de transformación y la protección que la LME da a los acreedores, la respuesta debe ser que **no es necesario el balance de transformación acordada en junta universal por unanimidad. Tampoco debe serlo en tal caso el balance de fusión**, dado que el art. 42 LME establece que no se aplicarán las normas generales sobre el balance de las secciones 2.ª y 3.ª del Capítulo I; y la exigencia del art. 45 LME de incorporar el balance de fusión a la escritura no se aplicará en este supuesto.

4.º Dudas de interpretación del art. 35 LME sobre fusión apalancada: Antes de examinar, al final de este trabajo, si el art. 35 LME es una «norma suicida», su interpretación plantea muchas dudas: 1.º No está claro si se aplica sólo a la fusión de sociedades anónimas o de cualesquiera sociedades mercantiles, aunque una interpretación sistemática y de jurisprudencia de intereses inclina por la segunda solución. 2.º Comparándolo con el art. 2501-bis Cc, italiano, en el que se inspiró, no explica suficientemente el supuesto (el patrimonio de la sociedad resultante pasará a servir de

garantía a la financiación), no establece que sea necesario en todo caso el informe de experto, aun cuando la sociedad resultante de la fusión apalancada no sea una SA o comanditaria por acciones y el informe de administradores y de expertos en caso de fusión apalancada de sociedad íntegramente participada, que los arts. 49 y 52 dispensan. Aunque parece que estos informes deben ser exigidos en todo caso, en protección de los intereses en presencia, los Registradores Mercantiles en su posición conjunta lo excluyen en ambos casos. 3.º Los *tres años* anteriores a la fusión, que hacen libre la asistencia financiera (otra diferencia con la norma italiana) parece que deben computarse desde la fecha del proyecto de fusión (cuando se manifiesta por primera vez que el destino de la financiación es la fusión), y no desde el acuerdo de fusión o desde su inscripción (pues sería fácil retrasarla, para situar la operación fuera del régimen del art. 35 LME).

5.º El informe de experto: El art. 34.5 LME permite no someter el proyecto a experto cuando, a pesar de ser la sociedad resultante de la fusión una SA o comanditaria por acciones, todos los accionistas hubieran acordado su supresión. Pero, la intervención de experto viene exigida con el alcance del art. 38.1 LSA, si se produce aumento de capital social, como garantía de su integridad del mismo, como reitera la Directiva 2009/109/CE, pendiente de transposición, y admite la posición conjunta de los Registradores Mercantiles.

6.º Dudas en el régimen de la fusión simplificada: 1) Los arts. 49.2 y 52.2 en los supuestos de fusión simplificada parecen exigir siempre informe de experto, aunque la resultante sea SL, o sea SA pero todos sus accionistas con derecho a voto lo hayan renunciado. Pero la respuesta es negativa, porque la norma da por supuesta la regulación general y que está protegiendo sólo a socios que necesitan ser protegidos. 2) En el art. 50.2 LME se plantea la duda de si es necesario que el socio venda al precio que se le ofrece para poder ejercitar la acción para la revisión del precio. Así debería decirlo la norma; y así debe interpretarse, para evitar inseguridad jurídica. Como argumento puede valer que en la aplicación de las restricciones esta-

tutarias a la libre transmisibilidad se ha impuesto la interpretación de que salvo que los estatutos digan lo contrario o lo diga la *denuntiatio*, ésta constituye oferta contractual de compra irrevocable.⁽⁴³⁾

3) Puede plantearse si cabe incluir en la fusión de sociedades íntegramente participadas (art. 52.1) el supuesto de sociedades íntegramente participadas por varios socios en la misma proporción («sociedades gemelas»); y en el art. 52.2, el supuesto en que la absorbente esté participada directamente y la absorbida indirectamente por el mismo socio («fusión tía/sobrina»). Entendemos que la respuesta es afirmativa, aplicando las normas por analogía, puesto que no se produce verdadero canje de acciones.⁽⁴⁴⁾

4) El apartado 2 del art. 49 (contradiciendo su apartado 1) y del art. 52, de redacción idéntica, además de la contradicción regula la absorción por sociedad que es «titular de forma indirecta de todas las acciones o participaciones de la absorbida», al parecer, en el sentido de que una sociedad A tiene la totalidad de las acciones de una sociedad B y ésta la totalidad de las acciones de la sociedad C, pero la sociedad A absorbe a la sociedad C (fusión abuela/nieta). Para este supuesto dispone: 1) que «será exigible, en su caso, el aumento de capital de la sociedad absorbente». La norma es errónea, puesto que a nadie se le han de entregar acciones. 2) que «cuando la fusión provoque una disminución del patrimonio de sociedades que no intervienen en la fusión por la participación que tienen en la sociedad absorbida, la sociedad absorbente deberá compensar a estas últimas sociedades por el valor razonable de esa participación». En realidad, al absorber A a C, A conservaría el 100% del capital de B y ésta conservaría acciones que ahora serían del capital de A, originándose un supuesto de autocartera que constituiría autosuscripción indirecta, que según el art. 74 LSA obliga a la sociedad suscriptora a desembolsar el valor de las acciones. La norma del apartado 2 de los arts. 49 y 52 viene a recoger esta obligación, exigiendo una «compensación», a fin de que el patrimonio neto (no sólo el capital social) de la sociedad B quede reintegrado. El informe de experto aquí es indispensable porque tiene que certificar que la compensación de la sociedad intermedia se ha realizado en el valor razonable y por tanto no es el informe del art. 34 LME al

que se remite el apartado, sino el del art. 38 LSA, como ha destacado la Comisión de Calificación Registral Mercantil.⁽⁴⁵⁾

7.º) El art. 70 LME ha dejado sin aclarar las dudas suscitadas por la LSA sobre el concepto de «unidad económica» en la escisión parcial y si en la escisión total es necesario que las partes segregadas constituyan «unidad económica». Parece defendible una interpretación flexible de este concepto (dado que ni las Directivas ni la mayor parte de las legislaciones europeas la exigen) y, además, su exigencia sólo tiene sentido en la escisión parcial, donde la impone la Ley, no pudiendo extender esta exigencia de una norma especial, por analogía, a la escisión total, como algunos autores proponen.

En el plano de la denominada “técnica legislativa”, hay que decir que en la Ley nos encontramos con normas repetidas

8.º) La LME plantea dudas sobre si su regulación de la segregación (art. 71 LME) según el modelo de la escisión impide la aportación de rama de actividad mediante aumento de capital social con aportación no dineraria (art. 71 LME); o si la regulación de la cesión global de activo y pasivo con fines de reestructuración (art. 72) impide la alternativa transmisión convencional de la empresa como «asset deal», con sometimiento al régimen de unidad de título y pluralidad de modos. En ambos casos debe reconocerse la autonomía de la voluntad o libertad contractual, de modo que los interesados pueden optar entre la modificación estructural con sucesión universal o la transmisión de rama de actividad como aportación no dineraria en aumento de capital o como venta de empresa.⁽⁴⁶⁾

9.º) En el problema fundamental de la fusión de la determinación del valor real del patrimonio social a efectos del canje de acciones y participaciones la LME muestra una cierta ambigüedad. El art. 31.2ª se limita a exigir que conste en el proyecto de fusión «el tipo de canje de acciones», lo que podría reforzar la posición de quienes consideran que

esta materia es negocial, es decir, que el acuerdo de fusión puede fijar libremente la relación de canje. Pero el art. 25 LME exige claramente que «debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio», por lo que el debate debe considerarse cerrado en el sentido de esta norma imperativa.

H) La LME presenta algunas deficiencias de técnica legislativa

En el plano, no menos importante, de la *técnica legislativa*, encontramos en la Ley **normas repetidas**, que podrían haberse refundido, estableciendo, por ejemplo: «la sociedad en liquidación puede acordar todas las modificaciones estructurales salvo el traslado internacional de domicilio social» (arts. 5 y 28, en contraste con el art. 93.2); «el balance informativo de la sociedad no es necesario en las modificaciones estructurales acordadas en junta general universal y por unanimidad» (arts. 9.3 y 42); «la transmisión patrimonial en la fusión, escisión, segregación y cesión global de activo y pasivo se produce por sucesión universal» (arts. 22, 53; 69, 70, 71; y 81.1, 82, 83 y 84 LME). Encontramos algunas normas superfluas, como las mismas definiciones de los arts. 1.º y 2.º (Título Preliminar) y el art. 63 LME, que dispone que serán aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada que participen en una fusión transfronteriza las normas que rigen con carácter general para las fusiones de sociedades anónimas y comanditarias por acciones. En cambio en el régimen de la fusión transfronteriza falta la norma sobre el informe de expertos, exigido por la Décima Directiva, que omite la LME en la regulación de esta fusión, aunque el art. 55 LME permite subsanar esta omisión gracias a su remisión al régimen general de la fusión.

I) La LME incluye algunas normas sorprendentes

Existen en la LME algunas normas sorprendentes, o «chocantes»,⁽⁴⁷⁾ que en alguna publicación he llamado «suicidas», porque vienen a contradecir o imposibilitar lo que regulan y parecen fomentar y que resulta difícil reconducir a una interpretación satisfactoria. Podemos destacar las siguientes.



1.º) **El artículo 35 LME⁽⁴⁸⁾** regula la «fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente», o «fusión apalancada» («*forward merger LBO*», o «*Leveraged Merger Buy Out*»: LMBO)⁽⁴⁹⁾ **con la intención —aparente— de hacerla posible**, pero establece que el informe de los expertos «debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además **si existe asistencia financiera**». Si existe, dada su prohibición absoluta por el art. 81 de la LSA y 40.5 de la LSLR (que se apartan de la regulación más flexible de la Directiva 2006/68/CE) la operación podría ser declarada nula.

El art. 35 LME dispone que en caso de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera *contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores a la fusión* (i) para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o (ii) para adquirir determinados activos esenciales de la misma (supuesto éste totalmente erróneo), se aplicarán las siguientes reglas: 1.ª) El proyecto de fusión deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos. 2.ª) El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un *plan económico y financiero*, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretende conseguir. 3.ª) El informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un *juicio* sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, *determinando además si existe asistencia financiera*. Parece que lo lógico sería que los informes se exigieran en todas las clases y supuestos de fusión apalancada, pero no es esta la posición consensuada por los Registradores Mercantiles

4.º) Entre sus precedentes cabe citar la dudosa tesis de que la fusión protege suficientemente los intereses —socios minoritarios, acreedores— que pretenden proteger la prohibición de la asistencia financiera para adquirir las propias

acciones del art. 81 LSA.⁽⁵⁰⁾ La norma en tal caso sólo reforzaría la transparencia de la operación y su incumplimiento quizás no determinaría su nulidad. El art. 2501-bis Cc. Italiano ha dividido a su doctrina: 1) Unos dicen que la fusión ya elimina todos los riesgos de la asistencia financiera y que esta era la tesis tajante de la *Legge delega* n. 366/2001, art. 7-d), que el Decreto Legislativo de desarrollo ha incumplido (mientras que otros autores acusan a aquella de violar la Segunda Directiva). 2) La interpretación más extendida es que, como se trata de una operación peligrosa, el legislador ha querido rodearla de garantías de estudio e información. Por su parte, la Directiva 2006/68/CE, de 6 septiembre 2006 (Segunda Directiva modificada) a pesar de regular con más flexibilidad la asistencia financiera para adquirir las propias acciones, en la realidad práctica impide los LMBO, puesto que con los *recursos de libre disposición* de la *target* generalmente no se puede realizar la operación apalancada y, además, el *bidder* siempre hubiera podido disponer legalmente de ellos después de la toma de control mediante un simple acuerdo de distribución de reservas.

En la elaboración del art. 35 LME la intención inicial del art. 33 del Anteproyecto y del Proyecto de Ley es incorporar una norma como la italiana (además de liberalizar la asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones transponiendo la Directiva). Pero se tuerce cuando el Informe de la Ponencia de 2-12-2008 acepta la enmienda del Grupo Popular proponiendo la redacción definitiva del art. 35 LME; el Grupo Socialista «considera peligrosas estas operaciones de crédito que al final van contra el patrimonio de la sociedad que están facilitando la asistencia financiera» y además decide mantener la prohibición de la asistencia financiera del art. 81 LSA; y el Grupo Popular coincide totalmente, ya que las fusiones apalancadas son una de las causas de la crisis económica.⁽⁵¹⁾ Por eso la Ley encarga al experto que diga «si hubiera habido —aunque fuera de forma ilegal— asistencia financiera»⁽⁵²⁾

La interpretación del art. 35 LME tiene que ser fiel a la voluntad del legislador, pero, ante el dilema entre si aquel considera que todo LMBO en la práctica

está prohibido o si, para evitar el absurdo de una norma que conduce a prohibir lo que regula (una norma «suicida»), *se debe hacer una interpretación razonable*, parece que debemos optar por la segunda alternativa y seguir el espíritu de la reforma italiana de 2003 en el marco doctrinal de los proyectos de financiación estructurada, que reembolsan la financiación recibida con los resultados del proyecto, sin recurso contra la sociedad concesionaria del mismo.⁽⁵³⁾

El experto determinará que no existe asistencia financiera si los flujos de caja libre futuros de la sociedad resultante permiten reembolsar la deuda a los bancos sin tener que vender activos estratégicos

El experto, en tal sentido, determinará que no existe asistencia financiera **si los flujos de caja libre futuros de la sociedad resultante previstos en el plan financiero permiten reembolsar la deuda a los bancos**, sin tener que vender activos estratégicos que impidan la normal continuación de su actividad. Lo mismo que hace el experto en la valoración del plan de viabilidad de los acuerdos de refinanciación en el concurso (D.A. 4ª RDL 3/2009). Para ello no ha de importar que con la fusión los recursos propios de la sociedad resultante (capital, reservas) queden drásticamente reducidos por la deuda. No debemos examinar el balance (en la perspectiva que adopta la Directiva para regular los límites de la autocartera y de la asistencia financiera), ni la cuenta de pérdidas y ganancias, sino sólo el EFE, el «estado de flujos de efectivo» o de tesorería. A nadie escapa que ello es tanto como decir que el art. 35 LME está fuera del contexto normativo de la asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones o participaciones (arts. 81 LSA y 40.5 LSRL), a la que no obstante parece referirse con la breve expresión «asistencia financiera».

Con esta interpretación concluimos que las LMBO son legales: (i) cuando el endeudamiento se contrajo tres o más años antes de la fusión (=del proyecto de fusión); (ii) cuando la sociedad ab-

sorbente sea una sociedad preexistente con importantes recursos, aunque se endeude para adquirir el control; y (iii) cuando se pueda «determinar» o estimar, mediante una auditoría de simulación, que los flujos de caja libre futuros permiten devolver la deuda y sus intereses sin afectar a la capacidad productiva de la sociedad resultante, aunque no queden recursos sobrantes para distribuir dividendos. Por eso, si el *bidder* no consigue adquirir la totalidad de las acciones de la *target*, los socios minoritarios externos tendrán que prestar su consentimiento, o ser compensados (ya que no tienen derecho de separación). Con esta interpretación salvamos al art. 35 LME de su propio suicidio.

2.º) El artículo 47 LME

El art. 47.1 LME comienza diciendo que «ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción», con lo que incorporaría el sistema de sanación de la ley alemana e italiana, ofrecida como opción por la Tercera Directiva e impuesta obligatoriamente a los Estados por el Reglamento comunitario sobre Sociedad Anónima Europea y por la Décima Directiva para la fusión transfronteriza (arts. 29.2 UmwG, 2504 quater Codice civile, 30.1 Reglamento 2157/2001 del Consejo y 17 Directiva 2005/56/CE, de 26 de octubre de 2005). Pero añade inmediatamente «siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta ley», frase que podría interpretarse: (a) o bien en el sentido de que destruye la anterior, haciendo todas las fusiones inscritas impugnables, convirtiendo de este modo esta norma en errónea para la fusión interna y contraria a la Décima Directiva en la fusión transfronteriza (que prohíbe a los Estados admitir la impugnación cuando se haya seguido el procedimiento de control de legalidad); (b) o bien en el sentido de que, cumpliéndose el procedimiento formal o transcurrido el plazo de caducidad de la acción de impugnación, la fusión no puede ser impugnada por ningún otro motivo de nulidad o de anulabilidad, tanto por motivos societarios como por otros.

No obstante, la doctrina ha podido defender la interpretación razonable de que el art. 47.1 LME establece un efecto

sanatorio limitado a los posibles incumplimientos del procedimiento regulado en la LME que son susceptibles de calificación por el Registrador Mercantil y que, fuera de estas materias, subsisten las acciones de impugnación de los acuerdos sociales por nulidad o anulabilidad por los motivos societarios del art. 115 LSA y por la violación de otras normas legales.⁽⁵⁴⁾

El art. 47.1 LME añade además que «quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados», cuando en la legislación alemana, holandesa e italiana esta acción de resarcimiento tiene su justificación en que la prohibición legal de impugnar la fusión les haya causado efectivo perjuicio. Parece que en la LME, existiendo acción de impugnación, en el ámbito objetivo en que sin ella se produce la sanación de los vicios, la acción de resarcimiento carece de sentido y, además, tiende a desvirtuar el breve plazo de caducidad de la acción de impugnación de tres meses establecido por la norma, puesto que en principio la acción de resarcimiento como acción personal tendría un plazo de prescripción de 15 años (art. 1964 Cc.).

3.º) El artículo 38.2 LME

El art. 38.2 LME reconoce al socio que se considere perjudicado por la relación de canje establecida en el proyecto común de fusión el derecho a solicitar del Registrador mercantil del domicilio social de su sociedad «la designación de experto independiente que fije la cuantía de la indemnización compensatoria», pero «siempre que así se hubiera previsto en los estatutos o decidido expresamente por las juntas que acuerden la fusión o escisión de las sociedades, y lo habrá de solicitar en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la publicación del acuerdo de fusión en el BORME» (el plazo de la oposición de acreedores). La norma, aun reconociendo un interés digno de protección, no lo protege eficazmente, mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria ejercitable después de la inscripción de la fusión y en reclamación de una compensación dineraria, para evitar por este motivo acciones judiciales de

impugnación contra la fusión (como prevé el art. 15 UmwG).

La regulación de la cesión global de activo y pasivo cuando se realiza como modificación estructural permite conseguir resultados muy similares a la fusión pero sin cumplir las garantías en favor de los socios minoritarios exigidas en la Tercera Directiva

4.º) La regulación de la cesión global de activo y pasivo (arts. 81 a 91 LME).

La regulación de la cesión global de activo y pasivo en los arts. 81 a 89 LME cuando se realiza como modificación estructural (sin liquidación de la sociedad cedente) permite conseguir resultados muy similares a la fusión –la transmisión en bloque– **sin cumplir las garantías en favor de los socios minoritarios de la Tercera Directiva en el régimen de la fusión** en la sociedad cedente y en la eventual sociedad cesionaria. Estas garantías son: el acuerdo de junta de la sociedad cesionaria, cuando es una sociedad, y no sólo de la cedente (art. 87 LME); el balance, en su caso auditado (que no figura entre las menciones del proyecto de cesión global: art. 85 LME); y la valoración del patrimonio cedido por experto independiente (sólo se exige información sobre la valoración, art. 85.3ª, e informe de los administradores: art. 86). La cesión global de activo y pasivo aparece así como un **contrato de adquisición de empresa** –del patrimonio social de la sociedad cedente– por un **precio libremente pactado**, pero con cesión en bloque con la inscripción registral (art. 89.2 LME), que sustituye al régimen de la adquisición de empresa, en especial en régimen de *asset deal*, con unidad de título y diversidad de modos de transmisión de los distintos elementos.⁽⁵⁵⁾ Aunque la Tercera Directiva sólo es aplicable a las sociedades por acciones, y no es evidente que incluya la cesión global entre «otras operaciones asimiladas a la fusión»⁽⁵⁶⁾, los argumentos de fondo de esta crítica son difíciles de rebatir. Quizás por ello el Código civil italiano no regula esta figura y la UmwG, de forma muy restringida, para la cesión total o por partes del patrimonio de una



sociedad de capital a una Administración Pública y entre entidades aseguradoras, y con aplicación, en lo procedente, del régimen de la fusión o de la escisión (arts. 174-189 UmwG). La LME es «suicida» al regular un procedimiento que permite eludir la regulación de la fusión. Más aún cuando el art. 53 LME, único de la Sección 9ª del Título II, regula la «Operación asimilada a la fusión» para disponer que «también constituye una fusión la operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquella»; es decir, que la cesión global a la sociedad matriz 100% es fusión y se regulará por las normas de la fusión simplificada del art. 50, no pudiendo eludirlas⁽⁵⁷⁾; no se comprende que la cesión global no liquidatoria, en otros supuestos no sea también fusión y se rija por sus normas.

Por otro lado, la cesión global no puede acogerse a la neutralidad fiscal como liquidación ni como modificación estructural por no poder subsumirse en el supuesto de transmisión de rama de actividad que dé a la cedente el control sobre la adquirente (arts. 83 y ss. del TR de la LIS, RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo, BOE del 11).⁽⁵⁸⁾

(*) Il.lustre Col.legi Notarial de Catalunya. Curso sobre la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Sesión de Introducción, 15 de abril de 2010. Este trabajo en una redacción abreviada ha sido entregado para su publicación en el Libro en Memoria del Profesor Vicente Luis Montés Penadés, Catedrático de Derecho civil de la Universitat de València, Magistrado del Tribunal Supremo y maestro de civilistas.

- (1) Es de agradecer la iniciativa de la Comisión de Calificación Registral Mercantil constituida por el Colegio de Registradores de España, para fijar criterios de interpretación sobre «El informe del experto independiente en sede de fusión y otras modificaciones estructurales», en su documento de abril de 2010.
- (2) La E. de M. de la Ley las define como «aquellas alteraciones (sic) de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad...»
- (3) Así, cuando Vanesa MARTÍ MOYA constata que «es precisamente este aspecto,

el ámbito subjetivo de la norma, el que mayores críticas puede suscitar... hubiese sido deseable incluir el régimen de la fusión de la sociedad cooperativa en la nueva Ley... (hasta aquí, podríamos estar de acuerdo). Ello –prosigue– quedaría en buena parte justificado tanto por la progresiva aproximación de dicho régimen al de las sociedades capitalistas... como para zanjar, al menos en parte, el confuso y estéril debate sobre la mercantilidad de la sociedad cooperativa que la presente Ley reabre» («La fusión», Apéndice, en Arroyo/Embid/Górriz, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Ed. Tecnos, 2ª ed., 2009, pág. A-95). La LME no reabre el dichoso debate, que sólo es confuso del lado de la «ideología mercantilista». O cuando Manuel SÁNCHEZ ALVAREZ afirma que «la referencia que se hace a las cooperativas sólo podría interpretarse como que el legislador considera que aquella (sic) es una sociedad mercantil dotada de un régimen específico de ME, pues de otro modo la referencia sería redundante... la remisión genérica ... al régimen legal de las cooperativas no supone una exclusión radical de la LME de las ME de dichas sociedades ...» (en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., y otros, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, RdS Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2009, tomo I, págs. 61-62).

- (4) Ver VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, I, págs. 136-137; y, en especial, Tomás VÁZQUEZ LÉPINETTE y María BAHNINI, *La calidad de la ley: Una propuesta para su mejora*, FIIA-AP, Madrid, 2009.
- (5) Ver BOCE. Congreso de los Diputados, IX Legislatura, 9 abril 2010; y la calificación como «normas desiderativas» de muchas de las incluidas en este Proyecto de Ley en el editorial de *El Notario del Siglo XXI*, núm. 31, mayo-junio 2010, pág. 4. Un ejemplo de estas normas, en mi opinión, es el art. 75 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, sobre igualdad efectiva de derechos de mujeres y hombres, que promueve la participación de la mujer en los consejos de administración de las sociedades mercantiles, como expongo en el Prólogo al libro de Mª Isabel Huerta Viesca, *Las mujeres en la nueva regulación de los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles españolas (artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, aunque la autora, con mayor entusiasmo, atribuye a la norma obligatoriedad efectiva.

- (6) «Hasta muy recientemente la doctrina mercantilista era totalmente favorable a la unificación del Derecho de obligaciones y contratos (y el mismo Prof. Alberto Bercovitz de una unificación más amplia, de todo el Derecho privado), integrando en unos mismos textos legales las normas en la materia, que serían aplicables indistintamente tanto a los contratos civiles como a los mercantiles. Pero ese planteamiento –prosigue– se ha visto alterado como consecuencia de la aparición en alguna Comunidad Autónoma de leyes y códigos autonómicos en los que se incluye la regulación de temas relacionados con las obligaciones y contratos... La consecuencia ha sido considerar que la unificación de las normas civiles y mercantiles en materia de obligaciones y contratos no es deseable dada la nueva situación porque sólo la existencia de una regulación mercantil es la que garantiza la necesaria unidad del mercado...» («Un paseo de medio siglo con el Derecho mercantil», discurso de aceptación del Doctorado Honoris Causa de la Universidad de Zaragoza en 2007, DN. Nº 211, abril 2008, págs. 10-11).
- (7) En especial, OLIVENCIA RUIZ, M., «Un Código Mercantil del siglo XXI», en Gómez Segade, J.A. y GARCÍA VIDAL, A. (eds.), «El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños», Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, págs. 52 a 61, y antes en «De nuevo la Lección 1ª: sobre el concepto de la asignatura», discurso de apertura de curso de la Universidad de Sevilla, 1999, y en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), «Derecho mercantil», 5ª ed., págs. 36 y 37; DÍAZ MORENO, A., «El Derecho mercantil en el marco del sistema constitucional de distribución de competencias», *Estudios Menéndez*, pág. 248; además de A. BERCOVITZ, ob. cit., y SANCHEZ CALERO, F., y SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «Instituciones de Derecho mercantil», 31 ed., Thomson/Aranzadi, 2008, I, pág. 57. Mi opinión favorable a la unificación del Derecho privado la expongo una vez más, con la necesaria ironía, en «Las misiones del Derecho mercantil en el siglo XXI», en el mismo *Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa*, cit., págs. 92-102.
- (8) En palabras del Prof. ILLESCAS ORTIZ, R., «Un nuevo Código de Comercio para España», DN, núm. 196, enero 2007, págs. 1 y ss. La «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad» (BMJ 1-2-2006, y Raúl

Bercovitz Álvarez, *RDBB* nº 102, p. 303), define los conceptos de “empresario” (en sustitución de “comerciante”) y de “consumidor”, llevando los contratos de consumo al contenido del Derecho mercantil, invocando el principio constitucional de unidad de mercado. Viene a ser un Código completo de obligaciones y contratos que deja el Código civil tan sólo para supuestos marginales (por ej., la cesión de créditos gratuita). Frente al proyecto de nuevo Código Mercantil impulsado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, la Sección de Derecho Civil de la misma ha elaborado una *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (Ministerio de Justicia, 2009) en la que no se dice ni una palabra sobre la distinción entre obligaciones y contratos civiles y mercantiles y que parece aspirar a la unificación del Derecho privado en esta materia (por ej., en la regulación del contrato de compraventa).

- (9) Ver *Introducción al Derecho mercantil*, cit., II, págs. 1319-1324.
- (10) Por ejemplo, se plantea el problema de si es posible la escisión de una asociación que desarrolla en interés de sus socios actividades deportivas y otras de distinta naturaleza, que suponen mayor riesgo empresarial. En nuestra opinión la respuesta es afirmativa, aplicando la LME por analogía, en los puntos en que exista identidad de razón con una sociedad mercantil, por imperativo del art. 4.1 Cc.
- (11) Remito a VICENT CHULIÁ, F., «Sistemas de Protección Institucional (SIP) y reestructuración del sector de crédito como Derecho paraconcursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 1-2010.
- (12) Como explica el Profesor Jesús Quijano González, Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Valladolid y Diputado, miembro de la ponencia constituida en el seno de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación y miembro de la Ponencia nombrada por la Comisión de Justicia del Congreso de Diputados, en régimen de competencia plena. Ver Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), «Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», Thomson-Reuters, Madrid, 2009, tomo I, págs. 25 y ss. Ver también la Memoria justificativa del Ministerio de Justicia sobre el Anteproyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, de 17 de abril de 2008. No sin cierta ironía se ha podido decir que «los defectos técnicos que presenta la Ley deberían ser corre-

gidos en próximas reformas legislativas», citando como oportunidad para ello la futura transposición de la Directiva 2009/109/CE, de 16 de septiembre de 2009 (DOUE L 259/14, de 2-10-2009), que simplifica las obligaciones de información en la fusión y escisión (Luis Javier CORTÉS DOMÍNGUEZ y Adoración PÉREZ TROYA, en *Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa* (v. nota 7), págs. 125-137, en concreto, 128-129).

- (13) Fernando CERDÁ ALBERO, «Modificaciones estructurales societarias y concurso», en *Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa*, cit., págs. 713-719, analiza esta problemática –que no trata la LME– en torno a tres puntos: 1) el de la rescindibilidad de la fusión y otros modificaciones estructurales traslativas, por la acción rescisoria del art. 71 de la Ley concursal, que entiende que no es posible, por la protección que otorga a los acreedores el derecho de oposición a la fusión y por el efecto sanatorio de su inscripción registral; 2) la participación de sociedades en concurso en una ME y 3) la realización de ME durante la vigencia de un convenio judicialmente aprobado, y los problemas que surgen si se incumple el convenio.
- (14) Ver VICENT CHULIÁ, F., «Reforma del régimen de la fusión y otras modificaciones estructurales (ante la Directiva 2005/56/CE sobre fusión transfronteriza y el Anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles de 14 de junio de 2007)», *RdP* (Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial), núm. 20, 2008-1, págs. 25-76; «Las opciones de la Ley de modificaciones estructurales», *El Notario del Siglo XXI*, diciembre 2009; e *Introducción al Derecho mercantil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, vol. 1.º, págs. 730-796, en concreto, 733-735, síntesis de las deficiencias de la LME.
- (15) António MENEZES CORDEIRO, «Direito das Sociedades, I, Das Sociedades em Geral.» 2004, Almedina, 2004, págs. 775 y ss. Cap. VI, *A modificação das sociedades*, págs. 775-777.
- (16) Esta era ya mi propuesta alternativa, frente al planteamiento «mercantilista» del Anteproyecto de Ley de 14 junio 2007, en la *RdP*, 1-2008, ver nota 14. Esta Revista fue promovida y dirigida por el Prof. Vicente Luis Montés Penadés, también convencido de la necesidad de unificar el Derecho privado. La Revista debería recuperar esta idea-fuerza unificadora aproximando a los dos colectivos de estudiosos del Derecho privado en nuestras Universidades y en la Comisión General de Codificación.

- (17) Sobre la coincidencia de la legislación y doctrina mercantilista portuguesa y española en la justificación de «un Derecho mercantil separado del Derecho civil», reforzada ahora en España por argumentos de geopolítica, remito a *Introducción al Derecho mercantil*, cit., págs. 46-50.
- (18) *Bundesgesetzblatt*, Jahrgang 1994, Teil I, S. 3209 ff.
- (19) De la *UmwG* se hicieron dos traducciones al español: 1.º La realizada por T. VÁZQUEZ, M. J. VAÑÓ y M. J. GUILLÉN, bajo mi supervisión, con notas aclaratorias a pie de página: «La Ley alemana de depuración del Derecho de las modificaciones estructurales de 28 de octubre de 1994», Primera Parte, «Sección de Derecho de Sociedades». *Revista General de Derecho*, núm. 609, Valencia, junio de 1995, págs. 7231 y ss.; y núm. 615, Valencia, diciembre de 1995, págs. 13683 y ss. 2) La traducción realizada por J.M. BAENA VALBUENA, en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 6, 1996, págs. 363 y ss., y núm. 7, 1996, págs. 373 y ss., sin notas. Sobre la recepción del Proyecto de la Ley alemana de 1988 en nuestra doctrina ver EMBID IRUJO, J.M., «Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», *Estudios Girón*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 293 y ss.; y VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.ª ed., 1991, I-2º, págs. 817-821. Al Proyecto de Ley alemán de modificaciones estructurales de 15 abril 1992 (que sucedió al Anteproyecto de 1988) se refirió el Prof. F. J. LEÓN SANZ, en *RdS.*, núm. 2, 1994, págs. 448 a 453. La bibliografía sobre la *UmwG* es muy extensa, baste con citar los comentarios de publicación más reciente: Lutter, Marcus (dir.), *Umwandlungsgesetz*, 4.ª ed., Köln, V. Otto Schmidt, Köln, dos tomos, 3653 págs.; Widmann, Siefried y Mayer, Dieter (dir.), *Umwandlungsrecht*, Bonn, Stofffuss, 2009; Kessler, Jürgen y Kühnberger, Manfred (dir.) *Umwandlungsrecht. Kompakt-Kommentar*, Stuttgart, Schäffer-Poeschel, 2009; Maulbetsch, Hans-Christoph, revisado por Becker, Roman A., *Umwandlungsgesetz*, Heidelberg, C.F. Müller, Heidelberg, 2009; Kallmeyer, Harald, *Umwandlungsgesetz: Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel bei Handelsgesellschaften (Gebundene Ausgabe)*, 2010.
- (20) TJCE 2005/373; nota en ZIP núm. 51-52, 2005, pág. 2311 y ss.
- (21) La bibliografía italiana sobre la materia es muy extensa. Ver en especial NICODEMO, Maximiliano, *Le operazioni straordinarie*, Torino, Utet Giuridica, 2010; FERRI, G.B., ANGELICI Carlo, FERRI,



- G., *Manuale di diritto commerciale*, Utet Giur., 2010; DI GRIPPO, Giovanni, *Commentario delle società*, Utet Giur., 2009; CAMPOBASSO, Gian Franco, CAMPOBASSO, Mario, *Diritto commerciale – vol. II: Diritto delle società*, Utet Giur., 2009; MAGLIULO Federico, *La fusione tra società*, Ipsoa, 2009; TRON Alberto, CLEMENTI Maurizio, LUSCHI Giovanni, *Le operazioni di leveraged buy out*, Ipsoa, 2009; SALVADEO, Stefano y TEDESCHI, Giulio, *Le operazioni straordinarie e la gestione dei processi di acquisizione*, Ipsoa, 2010; CREMONA, Giovanni, MONARCA Paolo, TARANTIANO Nicola, *Manuale delle operazioni straordinarie*, Ipsoa, 2009; MAFFEI ALBERTI, Alberto, *Commentario breve al Diritto delle società*, Cedam, 2008; BUONO, D., CARRARA, S., GIANNONE A, VASCETTO, E., *Fusioni e scissioni*, Ipsoa, 2008.; CIVERRA, Enrico, *Le operazioni straordinarie*, Ipsoa, 2008; SCHIANO DI PEPE, Gregorio, FAUCIGLIA, G., *Codice commentato delle Spa*, Utet Giur., 2007; SALAFIA, Vincenzo, CORAPI Diego, MARZIALE Giuseppe, BONFANTI Guido, RODORF, R., «Codice commentato delle società», Ipsoa, 2007; VV.AA., *Il nuovo diritto delle società*, vol. III y IV, 2007; GUERRERA, Fabricio, en ABRIANI, N. y otros, *Derecho italiano de sociedades (Manual breve)*, trad. de Nuria Latorre Chiner y Vanesa Martí Moja, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2008.
- (22) Número de Expediente: 1977/2007, Ministerio de Justicia, 19 diciembre de 2007, en cumplimiento de la disposición adicional primera de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, que establece que el Consejo de Estado deberá ser consultado sobre las normas que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo del Derecho Comunitario Europeo.
- (23) El informe de experto sólo es obligatorio según el Documento de unificación de criterios del Colegio de Registradores de mayo de 2010: a) a efectos de verificación del canje de acciones cuando quede extinguida la sociedad anónima o comanditaria o se escinda parte de su patrimonio (arts. 34.3.I, 34.5 y 78 LME y art. 11 de la Directiva 78/855/CEE; y b) a efectos de verificación de las aportaciones cuando como consecuencia de la fusión se emitan acciones (arts. 34.1, 34.3.II y 78 LME, en relación con el art. 38 LSA y el art. 10 de la Directiva 77/91/CEE). En el segundo supuesto en un único documento se incluyen dos informes materiales. La LME ha ampliado las funciones del experto en el supuesto de fusión apalancada (art. 35 LME) y cuando resulta necesario satisfacer una compensación a sociedades que no intervienen en la operación (arts. 49.2 y 52.2).
- (24) BOCE, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, de 30 de mayo de 2009; y enmiendas en el BOCE, Congreso de los Diputados de 8 de octubre de 2008.
- (25) BOCE, Senado, 29 diciembre 2008 y enmiendas en el de 18 febrero 2009.
- (26) BOCE, DS Congreso de los Diputados, Comisiones, 2 diciembre 2008, págs. 2-12; y de 18 de marzo de 2009, Pleno y Diputación Permanente, en que el Congreso aprobó las enmiendas remitidas por el Senado y en el que los representantes de los Grupos reiteraron, a veces textualmente, sus intervenciones de la sesión inicial del 2 diciembre 2008. El Sr. PIZARRO alude al contrato de transacción del Código civil (DS 2-12-08, pág. 5 y DS 18-3-2009, pág. 46, afirmando que «vamos a evitar la provocación de muchos pleitos, a arreglar muchos problemas...») y el SR. OLAVARRÍA manifiesta que «aun confesando que no tengo ninguna esperanza de que esta opinión se traslade a ningún medio de comunicación... por si acaso –a veces se producen milagros, sobre todo en fechas próximas a las Navidades– quiero felicitar a todos; es una autofelicitación –que sería casi un autocontrato (sic)– para todos por el trabajo bien hecho...». Celebrando que los partidos mayoritarios hayan respetado la competencia autonómica en materia de cooperativas (DS 2-12-08, pág. 7). Es decir, considera aceptable que sea una Ley sólo para sociedades mercantiles.
- (27) El Senador D. Manuel PIZARRO MORENO reitera en la Comisión del Senado, después de decirlo en la Comisión del Congreso de los Diputados), que «la asistencia financiera... queda estructurada (sic) como establece el art. 81 de la Ley de Sociedades Anónimas. Quiero decirlo aquí y ahora para que conste en el “Diario de Sesiones”, porque en los momentos donde el super-apalancamiento de muchas instituciones es una de las causas de la crisis financiera que nos ocupa, y de la que tanto hablamos en esta Cámara, (1) reducir la asistencia financiera a sus justos términos (¡pero el art. 81 LSA establece una prohibición absoluta!), (2) exigir que en algunos de los procesos de fusión o transformación (sic) de sociedades, art. 35 de la ley, se exija un informe de los administradores (sic) determinando que no haya asistencia financiera, creo que es un logro de todos y así debemos felicitarlos» (DS 11-3-09, pág. 46, col. Izqda.). Con olvido de que el art. 35 LME se ocupa sólo de la fusión y de que es el informe de los expertos el que determina si existe asistencia financiera. Pero dejando claro el Senador que la fusión apalancada no excluye la prohibición de la asistencia financiera, si bien con la incógnita sobre cuándo existiría en ella asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones por el «bidder».
- (28) DS., Sesión plenaria, 11 marzo 2009, pág. 47 col. derecha.
- (29) El Sr. ORTIZ ZARAGOZA, del Grupo Popular, BOCE, DS Senado, 11 marzo 2009, pág. 1470, col. derecha.
- (30) La Sentencia del *Landgericht* de Paderborn de 28 de abril de 2000 en la RFA declaró la nulidad del pacto de «break-up fees» o cláusula penal del convenio de fusión por no haberse otorgado el «contrato de fusión» en escritura pública, como exige la *UmwG*, aunque la doctrina reconoce que su otorgamiento en escritura pública tampoco obliga a la junta general. Ver MARTI MOYA, V., «La configuración de los tratos preliminares y la responsabilidad precontractual en los procedimientos de fusión de sociedades. (A propósito de la Sentencia del *Landgericht* de Paderborn de 28 de abril de 2000)», *RDM*, núm. 258, 2005, págs. 1641-1658, pág. 1649.
- (31) SAP Zaragoza núm. 332/2005, Secc. 4.ª, de 8 junio 2005 (JUR. 2005/176814): pacto de escisión de *Distribuciones Co-reas, S.L.*
- (32) Ver *Introducción*, cit., I, págs. 325-335. Por ej., la sociedad aseguradora británica *Prudential* al retirarse del proceso de adquisición de la filial asiática de la norteamericana AIG le tendrá que pagar 450 millones de libras (545 millones de euros) en concepto de indemnización o cláusula penal y de honorarios de diversos asesores de ésta (*Expansión*, 8-6-2010, pág. 31).
- (33) *Introducción*, cit., II, pág. 1423.
- (34) Esta es la jurisprudencia norteamericana, recogida, por ej. en la Sent. US District Court for the Northern District of Illinois: *Omnicare Inc. v. United Health Group, Inc*, N.D., de 16 de enero de 2009.
- (35) En este sentido, Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, «La fase de ejecución (Escritura pública e inscripción en el registro. Impugnación», en Rodríguez Artigas et al. (dirs.), *Modificaciones estructurales*, cit., I, págs. 647-649, coincidiendo con la doctrina anterior.
- (36) La STS de 7 de junio de 1994, R. 4895, considera suficiente la aportación de la escritura de absorción y por tanto no oponible la excepción del demandado de falta de legitimación activa de la sociedad absorbente (en línea con la legislación fiscal: ya el art. 12.1 Ley 29/1991, de 16 de diciembre, sobre regímen fiscal de las fusiones, ver SSTS 23

octubre y 12 diciembre 1995 (R. 7102 y 2441, respectivamente). La SAP Asturias, Secc. 4.ª, de 26 septiembre 1996, AC 1525, en demanda ejecutiva del *Banco Zaragozano, S.A.*, sociedad absorbente de *Leasing Banzano, S.A.*, basada en un contrato de arrendamiento financiero, declara también que la escritura de fusión determina la sucesión universal con la subrogación en el patrimonio de la absorbida, con «la pendencia de los efectos hasta que dicha inscripción se practique, que se entenderían, en todo caso, retrotraídos al menos a la fecha de la escritura de fusión, si bien en el caso la inscripción de la fusión y su publicación en el BORME se produjeron antes de la sentencia de remate» (FD. 2.º). La SAP Zaragoza, Secc. 5.ª, de 17 de mayo de 2002, JUR 174761, declara que por la absorción de VV-System AG por Bandag AG ésta adquirió el crédito de aquella contra Bandiser, S.L.

- (37) Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, «La fase de ejecución (Escritura pública e inscripción en el registro. Impugnación», en Rodríguez Artigas et al. (dirs.), *Modificaciones estructurales*, cit., II, págs. 645-720, en concreto, págs. 680-686. En cambio parece que la LME no permite defender mi interpretación anterior de que antes de la inscripción de la fusión el acuerdo de fusión no es impugnabile.
- (38) Por ej., en la operación de Ferrovial/Cintra, de absorción inversa (de matriz por filial), previa realización de fusión simplificada (la filial absorbida absorbió a 4 filiales íntegramente participadas) y de una filialización (la sociedad absorbente aporta mediante escisión, por el procedimiento simplificado del art. 49 LME, el negocio de concesión de infraestructuras a una filial participada al 100%). La fusión simplificada y la filialización podría haberlas decidido el consejo de administración (art. 51 LME), pero se adoptaron acuerdos en junta. Estos requisitos innecesarios se cumplen «por prudencia» (al igual que la incorporación de balances y de informe de expertos en supuestos en que la LME parece dispensar de ellos), esperando a que se produzca una consolidación de la práctica registral.
- (39) Como observa Cristóbal ESPÍN GUTIÉRREZ, en Rodríguez Artigas, F., «Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», *RdS*, Aranzadi Thomson-Reuters, cit., tomo I, págs. 191 y ss., en concreto, 238-244, hasta la LME hasta cinco Resoluciones de la DGRN no habían servido para fijar unos criterios claros en esta cuestión (Res. 5 mayo 1994, R. 4084; 26 febrero 1996; 29 febrero 1996, R. 1301; 29 mar-

zo 2000, R. 2736, y 23 febrero 2001, R. 2002/2163). Mientras las dos primeras acogen el criterio de aplicar el régimen de la sociedad resultante, las tres últimas declaran que en protección de los terceros a quienes el Registro publica la forma originaria de la sociedad anónima antes de la transformación se han de cumplir las normas legales y estatutarias de aquella (desembolso de dividendos pasivos en efectivo, cambio del objeto social, reducción del capital social). ESPÍN, recogiendo la doctrina anterior, distingue según que la modificación adicional sea o no necesaria para hacer posible la transformación, añadiendo una compleja serie de reglas interpretativas. Por último, la Res. de 16 septiembre 2009 ya se apoya en el criterio del art. 17 LME, aun antes de la promulgación de ésta, admitiendo la aplicación del régimen legal de la sociedad resultante.

- (40) El Proyecto de Ley de Economía sostenible (BOCE Congreso Diputados de 9 abril 2010) cae en la cuenta de que el legislador se olvidó de las mutuas de seguros y mutualidades de previsión social y en su Disposición Final 16 establece que los mutualistas que no hubiesen votado a favor del acuerdo de transformación (en Sociedad Anónima de Seguros) podrán separarse en los términos del art. 15 LME y que «(e)n la valoración de las partes sociales que corresponden al socio que se separa se tendrán en cuenta (1) las aportaciones que realizó al fondo mutual (no reintegrable en caso de cese voluntario en la entidad) y (2) el reembolso de la parte de la prima no consumida de los contratos de seguro que se resuelvan».
- (41) «Los socios de la cooperativa de crédito que deba extinguirse, además de su derecho a integrarse en su cuadro societario y orgánico de la entidad nueva o absorbente si el régimen jurídico de ésta lo permite, podrán recibir de las mismas, por sus aportaciones al capital social hasta alcanzar la relación de canje válida según la legislación cooperativa, aportaciones, acciones o cuotas participativas que, en su caso, podrán ser completadas con obligaciones o deuda subordinada ya emitidas o en metálico.» Ver VAÑO VAÑO, María José, *Fusión heterogénea y cesión global en el sector bancario*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas/Tirant lo Blanch, Valencia 2001.
- (42) Ver Reyes PALÁ LAGUNA, «Transformación de sociedades personalistas», en Rodríguez Artigas, F., *Modificaciones estructurales de sociedades mercantiles*, cit., I, págs. 340-350, que se esfuerza por superar la opinión casi unánime de la doctrina y de la DGRN anterior a la

LME de que la transformación en estos supuestos exigía la unanimidad, afirmando que el art. 217 RRM constituye «una extralimitación más de la norma reglamentaria» (pág. 344), siguiendo a Alberto DÍAZ MORENO, en un artículo sobre el proyecto de ley de sociedades de responsabilidad limitada (publicado en *CDC*, núm. 13, 1994, págs. 151-194). Pero PALÁ LAGUNA defiende de forma convincente el principio mayoritario en la LME (págs. 348-349). El problema no se resuelve admitiendo el pacto en contrario en la escritura social (como prevé el art. 217.1 de la *UmwG* y el propio art. 212 RRM español), sino que exige admitir, como regla general de la LM, el principio mayoritario, como hacen la *Company Act 2006*, en su art. 90 (1) (a), en la *re-registration de unlimited company en limited company*, y el Código civil italiano tras la reforma de 2003 en su art. 2500-ter, que establece que «salvo disposición en contra del contrato social la transformación de sociedades de personas en sociedades de capitales es decidida con el consentimiento de la mayoría de los socios atendiendo a la parte atribuida a cada uno en los beneficios; en todo caso al socio que no toma parte en la decisión le corresponde el derecho de separación». Menos confianza nos merece el argumento de PALÁ LAGUNA de que «no parece que en una Ley tan meditada (sic), la omisión a la referencia del consentimiento de todos los socios colectivos para acordar la transformación de la sociedad sea involuntaria...», pues parece que en este punto –como en otros– ha faltado más meditación.

- (43) Ver *Introducción al Derecho mercantil*, 22ª ed., 2010, págs. 480-481.
- (44) En un caso de operación mixta, inscrita en el Registro Mercantil de Zaragoza, de fusión simplificada inversa y fusión entre SL por unanimidad en unidad de acto, con todo el capital de la absorbente participado en forma directa o indirecta por las absorbidas y sus socios, se aplicaron por analogía los arts. 52.1 y 49.1 LME, con apoyo en el criterio doctrinal defendido por el Registrador Luis Fernández del Pozo.
- (45) El Prof. Javier JUSTE MENCIA no obstante censura esta exigencia de compensación (en Rodríguez Artigas, *Modificaciones estructurales*, cit. I, págs. 784-786).
- (46) Distinta opinión expresan Javier SERRA CALLEJO, Secretario del Consejo de Arcelor/Mittal España; y Manuel GONZÁLEZ-MENESES, Notario, en sus respectivos estudios sobre estos dos temas, publicados en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 28, págs. 32 y ss. y 42 y ss. y RODRIGUEZ ARTIGAS, en *El Notario del*

siglo XXI, núm. 32, 2010, págs. 133 y ss. Pero la práctica registral acertadamente sigue nuestro criterio

- (47) Esta es la expresión que prefiere el Prof. Fernando Cerdá Alberro («Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal», en *Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa*, cit., págs. 713-729, en concreto, pág. 717, al estudiar el art. 47 LME sobre la impugnación de la fusión en relación con la acción rescisoria concursal del art. 71 Ley Concursal.
- (48) Ver en especial, Antonio Roncero Sánchez, «Fusión posterior a adquisición de sociedad con endeudamiento del adquirente», en F. Rodríguez Artigas et alii, *Modificaciones estructurales*, cit., I, págs. 721 a 766.
- (49) El *bidder* (1) constituye una New Co, con un pequeño capital social, (2) los bancos financian (3) la adquisición por ésta del control de la target, la totalidad o la mayoría de acciones o participaciones de la sociedad target, por compra o suscripción de aumento de capital, con garantía de las acciones compradas, y (4) posteriormente la New Co se fusiona con la target, porque los bancos no quieren tener como garantía las acciones de ésta, sino sus propios activos, como acreedores directos de la misma, de modo que la sociedad resultante asume la deuda que la New Co había contraído con los bancos.
- (50) Tesis acogida por la SAP Madrid de 9 de enero de 2007, en apelación de Endesa contra Gas Natural e Iberdrola en la OPA sobre la primera, ver MINGOT AZNAR, *RdS* 2007-1, núm. 28, págs. 271-279
- (51) Ver, respectivamente, DS Congreso, núm. 163, 2-12-08, Sr. Seco Revilla, págs. 6 y 7; y DS cit., Sr. Pizarro Moreno, pág. 8.

- (52) Sr. de la Rocha Rubí, DS Congreso, cit., pág. 11, por el Grupo Socialista.
- (53) Por todos, ver Luca G. Picone, «Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario», *Contratto e Impresa*, núm. 3, set-dic. 2003, págs. 1391-1453, en especial, 1421-1424, aun partiendo de la tesis de que el DLegislativo se aparta de la *Legge delega* y que la fusión apalancada siempre es lícita, aunque ahora han de cumplirse los requisitos que exige el art. 2501-bis Cc., bajo sanción de nulidad; en el mismo sentido, cuatro años más tarde, A. Albanese, «Operazioni sulle azioni proprie (e leveraged buy out) nel nuovo diritto societario», en *Contratto e Impresa*, núm. 2, marzo-aprile 2007, págs. 377-386.
- (54) Ver Luis Fernández del Pozo, «La fase de ejecución (Escritura pública e inscripción en el registro. Impugnación», en Rodríguez Artigas et al. (dirs.), *Modificaciones estructurales*, cit., II, págs. 645-720, en especial págs. 671 y ss., en especial nota 30, donde analiza el significado y alcance limitado a los vicios del procedimiento del «Bestandsschutzprinzip» o saneamiento registral limitado. El autor clarifica los posibles vicios de nulidad de la fusión en: 1) advertibles o calificables por el Registrador; 2) no advertibles por él (como el acuerdo de fusión anulable por abusivo), por lo que cabe siempre la impugnación en base al art. 47.2 LME; 3) causas de nulidad de la sociedad resultante; 4) falta de justificación de la relación de canje; y 5) incumplimiento de normas sobre concentraciones económicas (art. 7 LDC 15/2007) (normas que recuerda la Ley suiza de 3 octubre 2003). Por su parte, Fernando Cerdá Alberro entiende que la fusión y otras modificaciones estructurales traslativas no son susceptibles de rescisión concursal en base al art. 71 LC porque los acreedores ya tuvieron la posibilidad de oponerse a

la fusión y por los efectos sanatorios de la fusión inscrita, salvo que sea impugnada por vicios en el procedimiento de fusión («Modificaciones estructurales societarias y concurso», en *Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa*, cit., págs. 717-719).

- (55) Ver *Introducción al Derecho mercantil*, cit., I, págs. 790-792 (régimen de la cesión global); y I, págs. 325-340 (régimen de la adquisición contractual de empresas).
- (56) Como pretende el Notario Manuel González-Menezes, en un artículo extremadamente crítico con la regulación de la cesión global en la LME («La cesión global de activo y pasivo como ilusión jurídica colectiva, o de cómo el Título IV de la Ley 3/2009 vulnera la Tercera Directiva», <http://ulpilex.es/derecho-mercantil> visitada el 10/06/2010). Baste añadir que la posibilidad de sobrepasar el 10% del valor nominal de las acciones entregadas en canje sólo se admite en la Ley alemana para permitir la revisión de la relación de canje y para el supuesto de compensación o indemnización al socio en determinados supuestos. De modo que en ningún caso una cesión global podría considerarse como una fusión en la que se canjeen las acciones o participaciones por un 100% en dinero. La cesión global no es una fusión, aunque produzca la transmisión en bloque o sucesión universal. Cuestión distinta es que la regulación de la misma contenida en la LME haya sido suficientemente meditada, y que permita abusos, al posibilitar los resultados de la fusión con un procedimiento menos garantista.
- (57) Como explica Adolfo Sequeira, «El concepto de fusión y sus elementos componentes», en Rodríguez Artigas et alii (dirs.), *Modificaciones estructurales*, cit., págs. 387-388.
- (58) *Introducción*, cit., págs. 737-740 y 792.



Coordinador:
ÁNGEL MARÍA
DE SANCHA BECH

Guía práctica de la vivienda protegida en España

Con el presente trabajo se pretende dar respuesta a las preguntas que a diario se formulan los agentes intervinientes en el proceso de la promoción y edificación de la vivienda con algún tipo de protección



NUEVO

Incluye
CD-ROM

La actuación del experto y el auditor de cuentas ante la Ley de modificaciones estructurales

La complejidad de las operaciones reguladas por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles requiere la coordinación entre todas las partes que participan en estas operaciones societarias, empresas, administradores, abogados, notarios, registradores, auditores y expertos, cada uno en su papel y con su responsabilidad. En este artículo se plasma el punto de vista del auditor y del experto ante las actuaciones que le pueden ser requeridas en el ámbito de dicha norma.



DONATO MORENO GONZÁLEZ

*Socio Director de Práctica Profesional
Audihispana Grant Thornton*

Como continuación a unas exitosas sesiones de formación celebradas en la histórica e impresionante sede del Colegio de Notarios de Cataluña, éste me ha concedido el honor de solicitarme un artículo para su prestigiosa revista, que recoge un gran número de estudios y escritos de juristas ilustres. No es mi caso, no soy jurista, ni ilustre, pero por mi carrera y profesión, economista y auditor, debo relacionarme con notarios, registradores y abogados, siempre en interés de terceros, generalmente empresas, interviniendo, bien como auditor bien como experto independiente en sus actividades mercantiles. En este artículo intentaré plasmar cuál es el punto de vista del auditor y del experto ante las actuaciones que le pueden ser requeridas en el ámbito de



la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Destacaré en primer lugar una obviedad: la función y objetivos del auditor no son los mismos que los del experto, aun cuando un auditor pueda actuar en determinadas operaciones como experto. No sucede lo mismo en sentido contrario, el experto no puede ejercer como auditor, salvo que disponga de la habilitación legal oportuna, que en España se concreta en su inscripción como «ejerciente» en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas (R.O.A.C.).

En su función, en general, el auditor expresará su opinión profesional sobre si unos estados financieros presentan la imagen fiel de la situación financiero-patrimonial de una empresa de acuerdo con un marco establecido de normas contables. Es decir, en términos coloquiales, el auditor «certificará» (término odiado por los auditores) la bondad de unas cuentas preparadas por los administradores de las sociedades.

En cambio, el experto, también en general pues ya comentaré más adelante las distintas casuísticas, expresa unas conclusiones sobre determinadas circunstancias que deben ser evaluadas aplicando su juicio profesional, no encorsetado por normas tan rígidas como las contables.

Conviene, por tanto, distinguir las actuaciones de uno y otro:

1. Actuaciones como auditor

La Ley 3/2009 recoge tres operaciones mercantiles en las que debe intervenir un auditor (y en una de ellas no interviene como tal). Veamos:

- Según el art. 9, apartado 1.3, en las Transformaciones de sociedades, debe auditarse el balance presentado si la sociedad está obligada a someter sus cuentas a auditoría, salvo que el acuerdo de transformación se adopte en junta universal y por unanimidad.

Las empresas pequeñas, las que formulan cuentas abreviadas, no están obligadas a hacer auditar su balance.

- En el contexto de las transformaciones, el art. 15 regula el derecho de separación de los socios disconformes con la misma (que deben haber votado en contra) y nos remite a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (L.S.R.L.) para determinar cómo se efectuará la valoración de las partes sociales correspondientes a dichos socios. La L.S.R.L. indica que, a falta de acuerdo sobre valor, o sobre quién debe ser el valorador, la valoración citada la realizará un auditor distinto al de la sociedad, nombrado por el Registro Mercantil. En este caso, si bien el designado para valorar es un auditor, éste actúa como experto independiente que debe aplicar las técnicas de valoración que considere oportunas para determinar el valor razonable de la sociedad en su conjunto, no de los distintos componentes individuales de los estados financieros.

- También en las transformaciones, el art. 18, apartado 3, nos dice que «Si las normas sobre la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte así lo exigieran, se incorporará a la escritura el informe de los **expertos independientes** sobre el patrimonio social». Entiendo que la solicitud de informe de experto equipara la transformación a las operaciones de aportación no dineraria. En el caso de las sociedades anónimas (S.A.), según el art. 38 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (T.R.L.S.A.) es preciso un informe de experto independiente, cuyo informe contendrá: *la descripción de la aportación, con sus datos registrales, si existieran, y la valoración de la aportación, expresando los criterios utilizados y si se corresponde con el valor nominal y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida.* La práctica habitual es que, para esta actuación, los Registradores designen un auditor. Aquí, como veremos más adelante, en general el auditor actúa como tal, pero circunscrito a las partidas no dinerarias del balance de situación con el objetivo primordial de constatar si los activos netos aportados cubren suficientemente el capital social de la sociedad transformada.

- La última referencia al auditor en la Ley 3/2009 se produce en el art. 37, en la sección III referente al balance de fusión. Dicho artículo reza: *el balance de fusión y las modificaciones de las valoraciones contenidas en el mismo deberán ser verificados por el auditor de cuentas de la sociedad, cuando exista obligación de auditar,...*

2. Aspectos a tener en cuenta en las actuaciones como auditor

No hay mayor secreto ni aspectos significativos a destacar en las actuaciones del auditor cuando actúa como tal (art. 9.1.3 y 37). El trabajo a realizar, y el informe a emitir, es el propio de una auditoría completa del balance de situación, expresando una opinión respecto de su imagen fiel a una determinada fecha.

Como he avanzado, más adelante comentaré la actuación del auditor como experto independiente a raíz de lo indicado indirectamente en el art. 18.3.

Aunque sólo sea a efectos dialécticos, creo que conviene analizar el concepto y utilidad del «balance de fusión» que, según el art. 39 debe ponerse a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores ¿por qué es obligatorio establecer dicho balance? ¿Para qué sirve?

En principio, según nos indica el art. 36, apartado 1, puede considerarse balance de fusión el último balance de ejercicio aprobado, que se refiera a una fecha no anterior a seis meses a la fecha del proyecto de fusión. Se entiende, por tanto, que es el balance que forma parte de las últimas cuentas anuales aprobadas.

Consiguientemente, estamos hablando de un balance formulado siguiendo las normas y principios contables establecidos en el Plan General de Contabilidad que esté en vigor.

Si se supera ese periodo de seis meses, los administradores deberán elaborar un balance cerrado con posterioridad al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión, siguiendo los mismos métodos y criterios de presentación del último balance anual. Traduciendo, parece que el legislador dice que se deben aplicar las mismas normas y principios contables que los utilizados para formular las cuentas anuales (despista la referencia a «métodos» ¿qué quiere decir? ¿Utilizar el mismo sistema informático? ¿Utilizar el mismo software de contabilidad? Mejor no profundizar en la concreción del legislador a la hora de redactar...).

La única utilidad del balance de fusión, modificado o no para recoger el valor razonable de sus componentes, es informativa: para que los socios conozcan la situación patrimonial a una determinada fecha

Hasta aquí parece claro, pero las cosas toman un camino diferente cuando, a continuación, el apartado 2 de dicho artículo nos dice: «podrán modificarse las valoraciones contenidas en el último balance para recoger modificaciones importantes del valor razonable». Parece claramente contradictorio, aquí nos está permitiendo que nos saltemos a la torera las normas y principios contables recogidos en nuestro ordenamiento jurídico general ¿con qué motivo?

La única explicación plausible es que el legislador piense que el balance de fusión sirve para establecer el tipo de canje, cuando ello no es en absoluto cierto. El tipo de canje se establece, como es lógico, en función de los valores «reales» de los patrimonios (art. 24.1), es decir, a partir de los **valores reales** de las sociedades intervinientes en la fusión, no del valor de sus activos y pasivos (aunque estén a valor razonable), cuya diferencia no tiene que ser necesariamente el valor razonable –«real»– de la sociedad en su conjunto, el cual contemplará su potencialidad futura.

Vemos, por tanto, que no sirve para establecer el tipo de canje. Tampoco es útil a efectos contables en las sociedades que se fusionan, dado que las normas contables a aplicar difieren según quienes sean los intervinientes en la fusión y su vinculación previa, al igual que, por el mismo motivo, pueden ser diferentes las fechas de efectos contables (que, además, en muchos casos no coincidirán con las del balance de fusión).

Tampoco tiene una utilidad informativa para los acreedores de las sociedades, pues éstos no tienen acceso a estos balances, ni puede ser por motivos indemnizatorios con la pretensión de recoger en el balance información sobre la valoración de activos y pasivos (art. 31.9), que podría servir de base de la cuantía de la indemnización compensatoria a los socios que se consideren perjudicados por la relación de canje

establecida (art. 38), pues como hemos visto antes, lo lógico es que en el cálculo de una eventual indemnización se atienda al valor real de la sociedad en su conjunto y no al valor razonable de sus activos y pasivos.

Concluyo, por tanto, que la única utilidad del balance de fusión, modificado o no para recoger el valor razonable de sus componentes, es informativa, para que los socios conozcan la situación patrimonial a una determinada fecha –información no imprescindible si existen valoraciones del valor «real» de la sociedad en su conjunto– y para que los expertos puedan comprobar el punto de partida de las proyecciones de flujos de caja y la composición de los activos y pasivos a considerar en las valoraciones de la sociedad en su conjunto.

En cualquier caso, si en el balance de fusión se recogiesen modificaciones de valor no permitidas por el Plan General de Contabilidad (por ejemplo, revalorizaciones del inmovilizado material o intangible) ello incidiría en la actuación del auditor en dos sentidos:

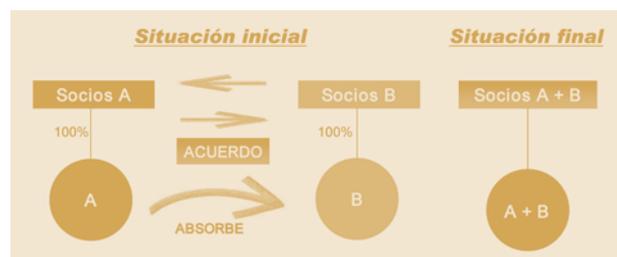
1. el auditor puede necesitar apoyarse más en el trabajo de otros expertos (tasadores, etc.).
2. el auditor no podrá referirse en su informe a «los principios y normas contables generalmente aceptados en la normativa española que resulta de aplicación», como hace en sus informes de auditoría sobre cuentas anuales, sino que deberá referirse a «las **normas contables explicadas en las notas** al balance».

3. Actuaciones como experto

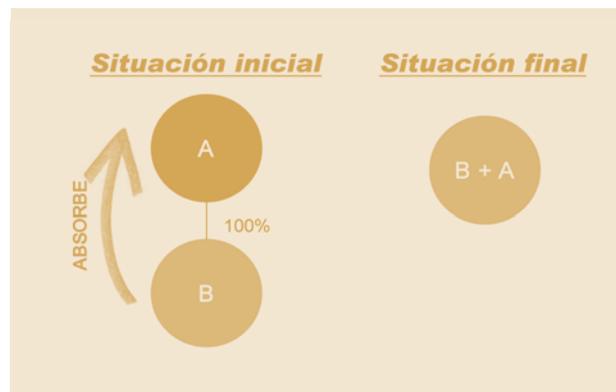
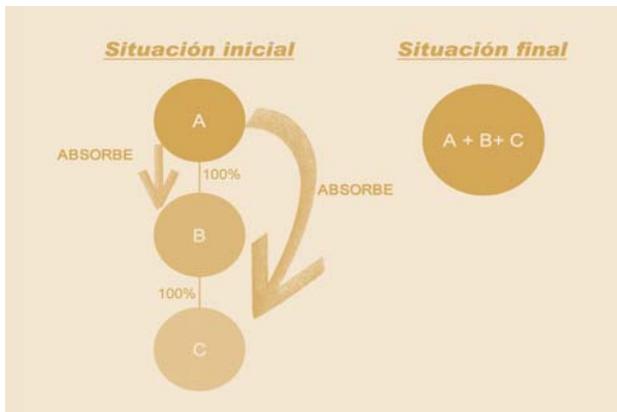
- La ya apuntada respecto de las transformaciones (art. 18) cuando corresponda a una transformación a S.A. o a Comanditaria por acciones.
- En el caso de fusiones, cuando la sociedad resultante de la fusión sea anónima o comanditaria por acciones, el art. 34, apartado 1, indica que el Registrador mercantil nombrará uno o varios expertos independientes para que emitan informe sobre el proyecto de fusión.

Se obvia el nombramiento de experto en las siguientes situaciones:

- Cuando la resultante sea S.A. o Comanditaria por acciones (art. 34 y 35), excepto:
- Si hay acuerdo de la totalidad de los socios con derecho a voto (art. 34.5) (salvo que sea fusión «apalancada», según el art. 35).

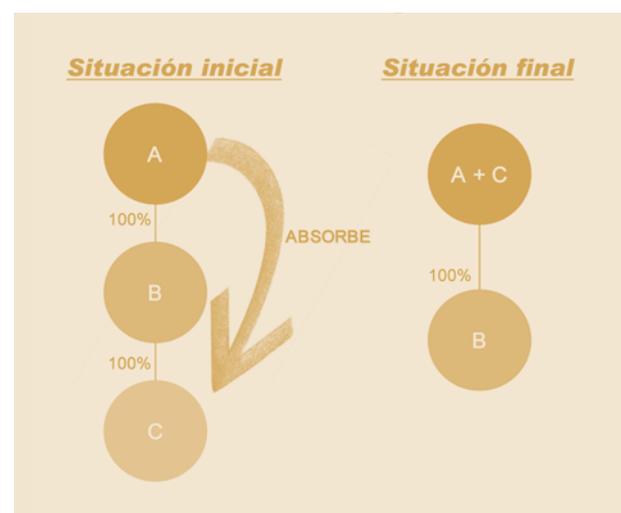
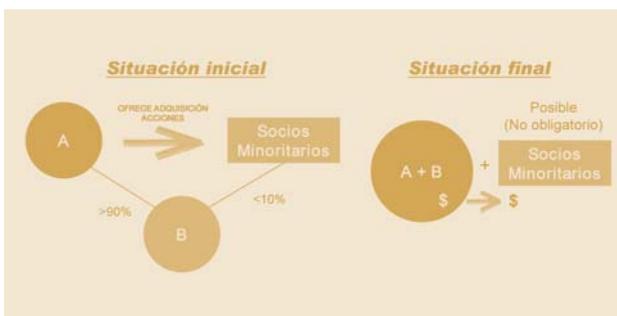


- Si son sociedades íntegramente participadas, directa o indirectamente (fusión impropia) (art. 34.5 y 49.1.2).

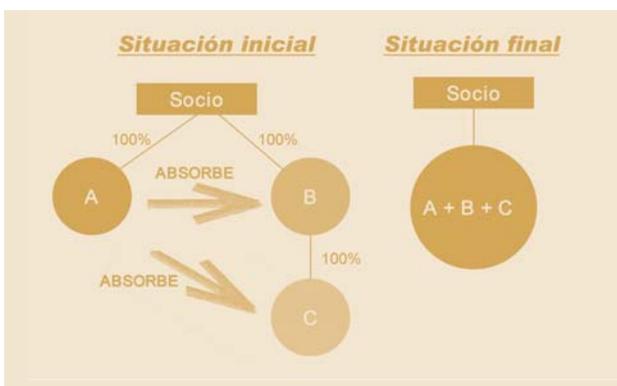


- Cuando la absorbente posee **indirectamente** el 100% de la absorbida (art. 49.2).

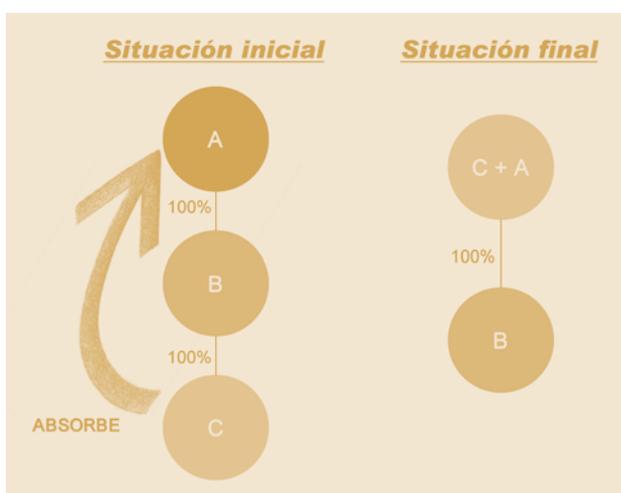
- Cuando la absorbente posea más del 90% de la absorbida, si se ofrece a los minoritarios la adquisición de sus acciones, a su valor razonable (art. 50).



- Si son sociedades participadas, directa o indirectamente, por el mismo socio (aunque no forme parte de la operación de fusión) (art. 52.1).



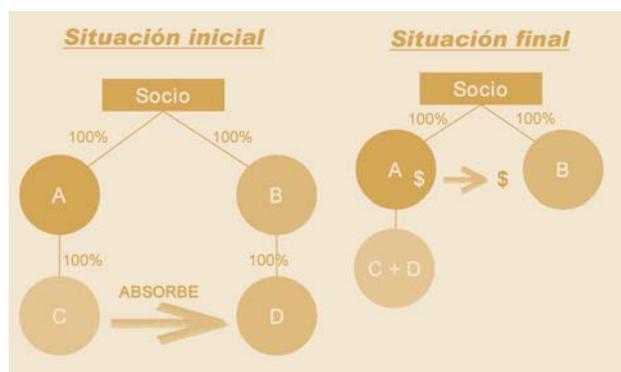
- Cuando la absorbida posea **indirectamente** el 100% de la absorbente (art. 52.2).



- En fusiones inversas, si la absorbida posee íntegramente a la absorbente (art. 52.1).

En cambio, se establece la obligatoriedad de la existencia de experto en las siguientes situaciones especiales:

- Si son sociedades participadas **indirectamente** por el mismo socio (art. 52.2).



- También en operaciones de fusión, de acuerdo con el art. 38, el Registrador mercantil designará un experto independiente que fije la cuantía de la indemnización compensatoria del socio que se considere perjudicado por la relación de canje establecida siempre que:
 - Estuviera previsto en los estatutos.
 - Si lo deciden expresamente las juntas de las sociedades.
- En operaciones de escisión, cuando las sociedades que participan en la misma sean anónimas o comanditarias por acciones, el art. 78, apartado 1, establece que el proyecto de escisión debe someterse al informe de expertos independientes. Este informe puede omitirse si hay acuerdo sobre ello de la totalidad de los socios con derecho a voto.
- Asimismo, las aportaciones no dinerarias en las S.A., como consecuencia de la nueva redacción del art. 38 del T.R.L.S.A. incluida en la Disposición Final Primera, serán objeto de un informe elaborado por expertos independientes con competencia profesional, con una serie de excepciones, que resumo:
 - Si la aportación no dineraria consiste en valores mobiliarios (salvo circunstancias excepcionales que modifiquen su valor).
 - Si consiste en instrumentos del mercado monetario (saldo circunstancias excepcionales que modifiquen su valor).
 - Si, siendo bienes distintos de los indicados en los dos puntos anteriores, han sido valorados por experto en los 6 meses previos.

4. Aspectos a tener en cuenta en las actuaciones como experto

Entraré ahora a exponer los aspectos más relevantes de cada una de las actuaciones como experto:

En transformaciones el trabajo a realizar es similar al requerido en una aportación no dineraria, si bien circunscrito a un balance.

Por tanto, para cumplir con el alcance de la actuación profesional no debe emitirse un informe de auditoría, pero sí deben

aplicarse procedimientos de verificación propios de la auditoría, para satisfacerse de la existencia y valoración de los activos y pasivos. En resumen, se realizarán:

- Verificación de la coincidencia de las cifras incluidas en el balance con los libros de contabilidad.
- Verificación de los criterios de valoración adoptados por la empresa para formular el balance que sirve de base a la transformación de la sociedad.
- Comprobación de si los valores a los que estos conducen corresponden al valor neto patrimonial que se desprende de la contabilidad de la empresa.
- Verificación de los saldos de las cuentas al cierre del balance, mediante procedimientos de trabajo habituales en auditoría de cuentas, que consisten esencialmente en comprobar de forma selectiva la justificación de las partidas que forman y componen dichas cuentas y la aplicación de los principios y normas contables generalmente aceptados, así como las normas de valoración de las mismas.
- Revisión de hechos posteriores.
- Obtención de una carta de manifestaciones de los administradores.

El informe es descriptivo y contiene:

- Descripción de las partidas que componen el patrimonio social y el valor de las mismas, haciendo referencia al balance, que necesariamente debe incluir las correspondientes notas explicativas, y que se adjuntará al informe. En caso de existir bienes inscribibles deben indicarse sus datos registrales.
- Los criterios utilizados por la empresa en la valoración de las citadas partidas componentes del balance; en general, se hará referencia a las notas explicativas al balance.
- Los procedimientos de verificación aplicados y los resultados de los mismos.
- Descripción, y, en su caso, evaluación, de los hechos posteriores ocurridos entre la fecha del balance de referencia y la fecha del informe del experto que puedan afectar a los valores determinados en el balance.
- Una conclusión: El experto debe pronunciarse sobre si, a su juicio profesional, el patrimonio social (diferencia entre activos y pasivos) cubre suficientemente el valor nominal del capital social de la sociedad transformada.
- En fusiones que denominaremos «normales», para distinguirlas de las fusiones «apalancadas» que comentaré más adelante, el alcance de la actuación del experto es muy diferente al comentado anteriormente para las transformaciones y dependerá del nombramiento que efectúe el Registrador.



Si el nombramiento se refiere únicamente a lo establecido en el art. 34 –que recoge la normativa relativa al informe de los expertos en las fusiones «normales»–, al no serle específicamente requerido, el trabajo no deberá incluir las comprobaciones y conclusiones acerca de lo indicado en el art. 35 que contempla las fusiones posteriores a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente –fusiones «apalancadas»– y tendrá las características que se detallan a continuación.

En primer lugar hay que destacar que el experto emite un informe sobre el proyecto de fusión, no sobre unos estados financieros. La preparación y formulación del proyecto de fusión es responsabilidad de los administradores de las sociedades intervinientes.

En resumen, el alcance de la actuación profesional será el siguiente:

- Lectura y comprensión del proyecto de fusión.
- Obtención de los administradores de las explicaciones oportunas sobre el proyecto.
- Obtención del conocimiento lo más amplio posible de las sociedades intervinientes, su historia, circunstancias y, especialmente, sus proyectos.
- Revisión de los cálculos aritméticos para determinar la justificación o no del tipo de canje de las acciones.
- Análisis de los métodos de valoración utilizados por los administradores para establecer dicho tipo de canje, para determinar su adecuación.
- Existen distintos métodos de valoración que se pueden utilizar en función de las características de las sociedades intervinientes. Los más utilizados suelen ser los siguientes:
 - Valor de cotización en bolsa: es el valor al que las acciones pudieran enajenarse en el mercado secundario en fechas cercanas a la fecha de referencia.
 - Valor del activo neto real: es el valor contable del patrimonio neto, corregido por las plusvalías o minusvalías que pudieran ponerse de manifiesto en los bienes, derechos y obligaciones de la sociedad a la fecha de referencia.
 - Valor actual de los flujos monetarios: es la suma del valor actual de todos los flujos netos futuros de tesorería esperados de la sociedad; todo ello descontado en el momento de la evaluación a una tasa y periodo de referencia adecuados.
 - Múltiplos comparables: dependiendo de los sectores económicos en los que operan las sociedades y de la información disponible, se utiliza la comparación con otras sociedades de determinadas magnitudes, como pueden ser los

múltiplos sobre ventas, EBIT, EBITDA, precios de transacciones comparables recientes, etc.:

- De sociedades cotizadas (información pública fácilmente obtenible).
- De sociedades no cotizadas (información no libre, si bien existen fuentes privadas para su obtención).

No todas las sociedades intervinientes en una fusión deben valorarse siguiendo los mismos métodos pues debe atenderse a las características, actividad y sector en que opera cada una de ellas

Cabe recordar que no todas las sociedades intervinientes en una fusión deben valorarse siguiendo los mismos métodos. Debe atenderse a las características, actividad y sector en que opera cada una de ellas. Por ejemplo, si se fusionan una sociedad industrial fabricante de bienes de consumo y una sociedad inmobiliaria, podría ser adecuado utilizar el método del valor actual de los flujos monetarios para valorar la primera y el del valor del activo neto real para la segunda.

- Identificación y análisis de las dificultades especiales de valoración.
 - Revisión de las valoraciones. Deben comprobarse las hipótesis, premisas y datos utilizados, así como los cálculos efectuados. Es muy importante realizar un análisis de sensibilidad sobre los parámetros básicos (ventas, márgenes, costes de reestructuración, planes de inversión y políticas de circulante). Recordemos que el experto no valora directamente, el experto comprueba las valoraciones que han realizado los administradores, que son quienes mejor conocen sus empresas y sus posibilidades.
 - Comprobación de si el patrimonio aportado por la sociedad que se extingue es igual, por lo menos, al aumento de capital de la sociedad absorbente.
 - Revisión de hechos posteriores.
 - Obtención de una carta de manifestaciones de los administradores, en la que, especialmente, éstos asumen la responsabilidad sobre las proyecciones y las hipótesis utilizadas (como se ha comentado, son ellos quienes mejor conocen su empresa y, por tanto, los proyectos existentes y su futuro esperado).
- El informe es descriptivo y contiene:
- La identificación del proyecto de fusión y de los responsables de su formulación.
 - El tipo de fusión que se tiene previsto realizar, identificando a absorbente y absorbida.

- El tipo de canje calculado, indicando los valores de donde se obtiene (obtenidos de las valoraciones de las empresas realizadas por los administradores).
- El procedimiento de canje que se utilizará.
- El alcance de la actuación profesional.
- El método de valoración utilizado para cada sociedad interviniente.
- Explicación de las dificultades especiales de valoración, aspecto especialmente relevante en caso de que se utilicen métodos con proyecciones de futuro, haciendo mención a las incertidumbres que ello puede ocasionar, mayores en unas actividades y sectores que en otros.
- Descripción, y, en su caso, evaluación, de los hechos posteriores ocurridos entre la fecha del proyecto de fusión y/o de los datos en él incorporados y la fecha del informe del experto que puedan afectar a las valoraciones efectuadas.
- Una conclusión: El experto debe pronunciarse sobre si, a su juicio profesional, los métodos seguidos para establecer el canje de las acciones son adecuados y el tipo de canje contenido en el proyecto de fusión está justificado. Asimismo, debe pronunciarse sobre si el patrimonio aportado por la sociedad absorbida que se extingue es igual, por lo menos, al aumento de capital social que, con motivo de la fusión, llevará a cabo la sociedad absorbente.

En fusiones «apalancadas»:

Este concepto y el trabajo a realizar por el experto, recogidos en el art. 35, es una novedad de la Ley 3/2009. Hasta la entrada en vigor de la misma, el experto no debía pronunciarse sobre esta situación.

Nos dice el citado art. 35 que los administradores tienen unas obligaciones adicionales cuando alguna de las sociedades intervinientes en la fusión hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de una de ellas o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial. Estas obligaciones de los administradores se resumen en lo siguiente:

- El proyecto de fusión deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos.
- El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir.

Este informe de los administradores es únicamente requerido en este tipo de fusiones, no es necesario en las fusiones «normales». Cabe inferir, por tanto, que la responsabilidad de identificar si una fusión es una fusión «apalancada» o no es de los administradores, pues son ellos quienes deben incluir «a priori» la información oportuna en el proyecto de fusión y en este informe de los administradores.

Entiendo, por tanto, que, en su designación de experto, el Registrador debe indicar que dicha designación se hace de acuerdo a lo indicado en los art. 34 y 35 (o, como mínimo, lo indicado en el art. 35) y, consiguientemente, el experto sabrá así que su actuación tiene un alcance más amplio que cuando el nombramiento se refiere únicamente a lo indicado en el art. 34, que ampara las fusiones «normales».

En el art. 35 se requiere al experto que emita un juicio sobre la razonabilidad de las informaciones a incluir en el proyecto de fusión y en el informe de los administradores, determinando además si existe asistencia financiera.

Por tanto, además de las comprobaciones a efectuar en todas las fusiones, el alcance de la actuación del experto se amplía en los siguientes aspectos:

- Comprobación de que el proyecto de fusión y el informe de los administradores recogen la información requerida.
- Comprobación de que esa información es coherente con la utilizada en las valoraciones efectuadas; necesariamente será preciso que las sociedades hayan preparado proyecciones de flujos monetarios.
- Respecto a las «razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión», el experto no puede pronunciarse sobre las mismas. Razones pueden existir de todas formas y colores y lo que a alguien le puede parecer correcto y adecuado, a un tercero puede no parecérselo. El experto sólo puede constatar que dichas razones se explican oportunamente.
- Comprobación de la existencia o no de asistencia financiera:

Lo primero que llama la atención es ver que el legislador está requiriendo del experto que se pronuncie sobre si existe asistencia financiera en una operación de fusión que, en su propia catalogación como «fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente», lleva implícita la existencia de asistencia financiera. En el texto legal no se requiere al experto que califique si una asistencia está prohibida o no.

En principio, por lo indicado, parece que, por la propia identificación de la operación, en todos los casos contemplados bajo este supuesto existirá asistencia financiera, entendiendo como tal, aquellas situaciones en las que la sociedad destina recursos propios a financiar el pago de sus propias acciones. Por tanto, en general, el experto siempre deberá pronunciarse



en ese sentido y no calificará si es de las permitidas o de las prohibidas.

La asistencia financiera puede ser más o menos relevante, en función de:

- Los importes adeudados. Por ejemplo, puede existir asistencia financiera en una fusión en que la deuda remanente en el momento de la fusión no sea significativa con respecto a los parámetros económicos de la sociedad resultante y de sus flujos de caja futuros, o bien, en el caso contrario, podrían ser necesarios destinar gran parte de éstos al servicio de la deuda.
- La estructura patrimonial de las sociedades intervinientes. Por ejemplo, la sociedad absorbente o alguna de las absorbidas podrían tener reservas suficientes para hacer que el servicio de la deuda no fuese significativo a nivel patrimonial.
- La existencia de otras fuentes de generación de tesorería en la absorbente o en las absorbidas, distintas de las propias de la sociedad absorbida por la que se generó el endeudamiento.

No existen parámetros establecidos que delimiten el grado de relevancia de la asistencia financiera, por lo que no se puede evaluar si ésta entraría en la categoría de prohibida. Procede aplicar un juicio que no se puede atribuir al experto.

Son, por tanto, los administradores quienes tienen la obligación de proporcionar la información veraz y suficiente para que un lector y, en su caso, quien deba calificar la operación evalúe dicha relevancia.

- Inclusión de párrafos adicionales en la carta de manifestaciones.

En este supuesto, el informe también será descriptivo y contendrá, además de lo habitualmente incorporado en las fusiones «normales», lo siguiente:

- En el apartado relativo al alcance de su actuación profesional, referencia a que ha comprobado que el proyecto de fusión contiene información acerca de los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos y que el informe de los administradores incluye las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y que contiene un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir.
- Asimismo, explicación de que ha analizado la coherencia de la información facilitada por los administradores en los dos documentos anteriores con respecto a los datos utilizados en la determinación del tipo de canje, o con las circunstancias y proyectos económicos de la sociedad resultante

si previamente no se hubiesen utilizado proyecciones de tesorería en el proceso de valoración de las sociedades intervinientes.

- La conclusión deberá ampliarse consecuentemente, manifestando, en general, que existe asistencia financiera y que, a su juicio profesional, se incluye (o no) información suficiente para evaluar la relevancia de la misma.

En fusiones, en el supuesto de separación de socios que se consideren perjudicados por la relación de canje establecida:

Se plantea una duda inicial respecto a si debe ser el mismo experto que el designado para pronunciarse sobre el proyecto de fusión, en caso de que exista, o debe ser un experto diferente. La Ley no dice nada al respecto, pero entiendo debería ser el mismo por motivos de economía de escala y para acortar plazos, pues el experto de la fusión ya conoce todas las circunstancias y valoraciones de las empresas intervinientes. En todo caso, queda a decisión del Registrador mercantil.

El alcance del trabajo del experto en esta situación, dado que ya existen unas valoraciones realizadas y utilizadas para establecer el tipo de canje, consistirá en determinar la razonabilidad de las mismas, tanto en cuanto a los métodos seleccionados como en lo referente a las hipótesis, premisas y datos utilizados, así como a los cálculos efectuados, y en calcular qué parte le corresponde al socio que se quiera separar. En cualquier caso, deberá prestar atención a lo indicado en los estatutos o a lo que hubieran decidido las juntas que acuerden la fusión o escisión de sociedades.

El informe deberá contener una explicación del proceso de valoración seguido, en general, con referencia a las valoraciones efectuadas por los administradores y comprobadas por él y un pronunciamiento claro acerca de la cuantía indemnizatoria que le corresponde al socio que pretende separarse.

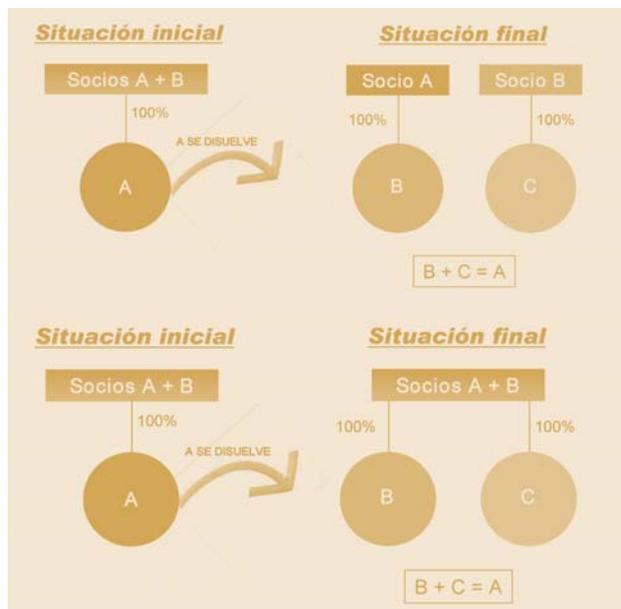
- En escisiones el experto, de forma similar a la contemplada para las fusiones, también debe emitir un informe sobre el proyecto de escisión, que igualmente es responsabilidad de los administradores de las sociedades intervinientes.

Aquí la Ley deja abierto a la imaginación cuál es el alcance del trabajo del experto. El art. 78 sólo indica que *el proyecto de escisión deberá someterse al informe de uno o varios expertos independientes designados por el Registrador mercantil*, pero no indica qué trabajo debe realizar ni qué debe comprobar, salvo en lo referente a que su informe comprenderá, «además», la valoración del patrimonio no dinerario que se transmita a cada sociedad.

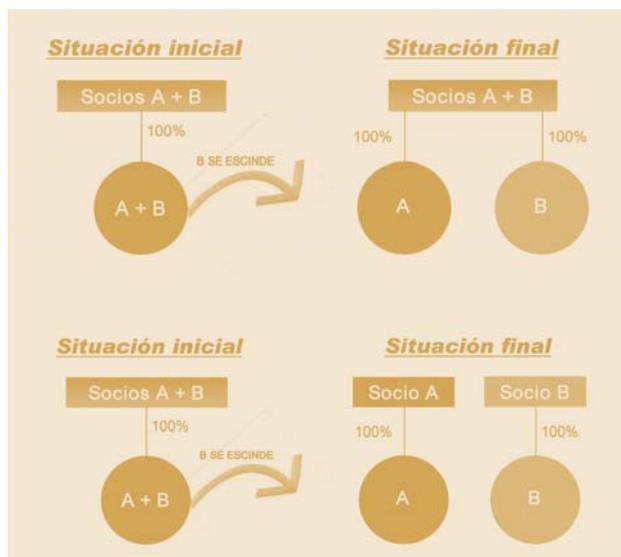
El alcance, necesariamente, variará en función del tipo de escisión, que pueden ser de múltiples formas y complejidades. Sólo a título meramente orientativo, no exhaustivo, las escisiones pueden ser:

Práctica

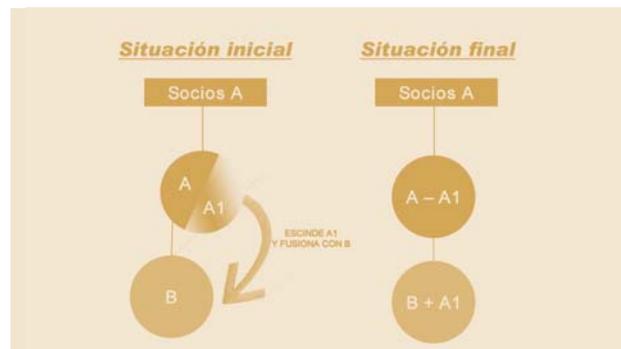
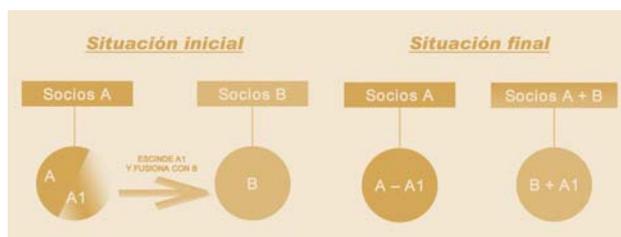
- Escisión total (art. 69), con los siguientes posibles esquemas:



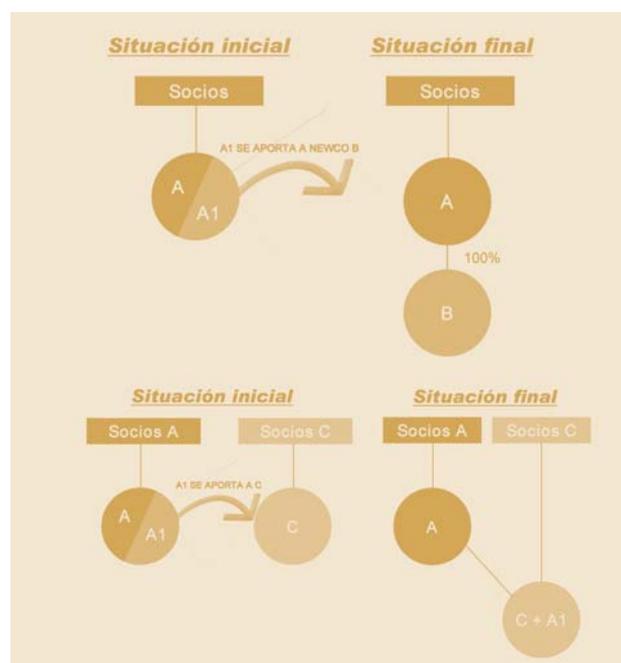
- Escisión parcial (art. 70), con los siguientes posibles esquemas:



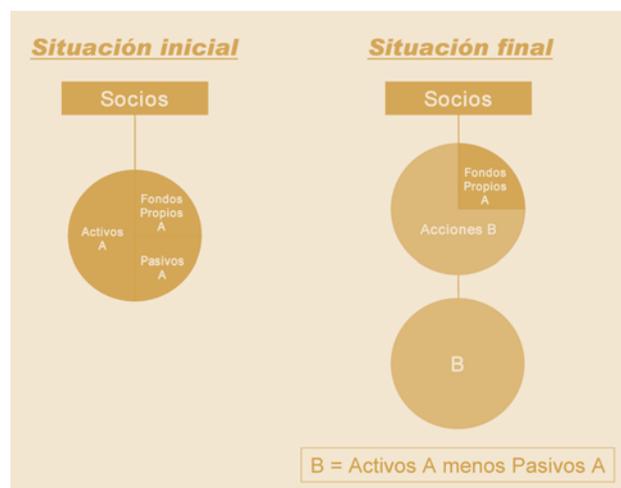
- Escisión parcial – fusión (art. 70), con los siguientes posibles esquemas:



- Segregación (art. 71), con los siguientes posibles esquemas:



- Constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio (art. 72), con el siguiente esquema:





Como he comentado, los anteriores no son los únicos modelos que pudieran existir.

En cuanto al alcance, no definido, se entiende que debe ser, al igual que el informe resultante, similar al relativo a las fusiones, en el que se haga especial énfasis a:

- Las valoraciones atribuidas a los elementos patrimoniales escindidos, especialmente para comprobar que su valor es igual, por lo menos, al aumento de capital social que con motivo de la escisión llevará a cabo la sociedad beneficiaria, para lo que puede ser necesario aplicar lo indicado más adelante en relación a las aportaciones no dinerarias, y
- Si lo hubiera, al tipo de canje, para protección de todos los socios.
- En aportaciones no dinerarias en la constitución o ampliación de capital de sociedades anónimas se requieren informes de expertos con dos objetivos básicos, uno descriptivo de los bienes objeto de la aportación y otro de protección de forma que el capital social escriturado, y en su caso la prima de emisión, no se escrituren por importe superior al valor de los bienes aportados.

Dado que los bienes a aportar a una sociedad pueden ser de tipos muy diferentes, debe considerarse su esencia a la hora de designar al experto. Debe seleccionarse al experto que sea más idóneo en función del bien objeto de aportación. Por ejemplo:

- Si lo aportado son bienes inmobiliarios necesariamente, salvo circunstancias especiales, deberá designarse a tasadores inmobiliarios para la comprobación de la valoración.
- Si nos referimos a maquinaria, presumiblemente un ingeniero será el experto indicado.
- Si se aportan valores cotizados lo más oportuno será solicitar un certificado de los valores a la sociedad rectora de la Bolsa.
- En caso de que los bienes aportados sean acciones de sociedades no cotizadas, lo idóneo es nombrar como experto a un auditor, un economista o un profesional con experiencia en operaciones de compraventa de sociedades y/o establecimiento de planes de negocio (en definitiva, profesionales de lo denominado «corporate finance»).
- El mismo tipo de expertos indicados en el apartado anterior serían los necesarios cuando se pretenda aportar una rama de actividad.
- Etcétera.

Me centraré en comentar el alcance de la actuación del experto auditor / economista / corporate, que son las

actividades que mejor conozco por mi propia experiencia profesional.

Como no podía ser menos, su actuación variará en función del tipo de aportación:

- Si el bien aportado son acciones de sociedades no cotizadas, el trabajo será similar al de experto en las fusiones.
- Si lo que se aporta es una rama de actividad, que incluye un balance a una fecha determinada, deberá realizar un trabajo similar al indicado en transformaciones de sociedades y, adicional y posiblemente, deberá completarlo con una revisión de proyecciones a futuro de los flujos de tesorería, para comprobar que el valor de la rama aportada en su conjunto (su potencial) no es inferior al valor de los componentes individuales de su balance.
- Siempre hay que considerar la posibilidad de deban actuar, conjunta o complementariamente, diversos tipos de expertos, en función de cuales sean los elementos que componen el balance o cual sea la actividad desarrollada.
- A fuer de ser reiterativo, el experto a la finalización de su trabajo siempre deberá obtener una carta de manifestaciones de los administradores. Ya he comentado antes que ellos son quienes mejor conocen la empresa y sus circunstancias, por lo que el experto, con las debidas comprobaciones, siempre tiene que basar sus conclusiones en la información y explicaciones facilitados por los mismos, motivo por el que es preciso obtener una ratificación escrita de las mismas.

El informe es descriptivo y contiene:

- La descripción de la operación.
- La descripción de la aportación no dineraria que se prevé efectuar. En caso de que ésta corresponda a una rama de actividad, se hará referencia al balance de situación que incluya los activos y pasivos correspondientes a la misma, el cual se adjuntará, con sus notas explicativas. Si existiesen bienes inscribibles deberán reseñarse sus datos registrales.
- Los criterios utilizados por la empresa en la valoración de los bienes, por elementos, o conjuntamente de la rama de actividad en su conjunto.
- La valoración obtenida de los bienes aportados.
- El alcance de la actuación profesional. Recordemos lo indicado para las actuaciones del experto en el caso de las fusiones.

- Hechos posteriores que puedan afectar a los valores determinados a la fecha de referencia.
- La conclusión: El experto debe pronunciarse sobre si, a su juicio profesional, el valor de los bienes aportados cubre suficientemente el valor nominal de las nuevas acciones y, en su caso, la prima de emisión.

A fin de facilitar la realización de lo establecido en el marco legal, se hace necesario el diálogo y la coordinación de todas las partes implicadas en este tipo de operaciones societarias

Para finalizar, cabe reseñar algunos aspectos significativos tales como que la Ley 3/2009 regula también las peculiaridades de las fusiones transfronterizas intracomunitarias a las que, en lo que a la actuación del experto independiente se refiere, le son aplicables las disposiciones anteriormente comentadas, y de las cesiones globales de activo y pasivo, en las que no existe referencia alguna a labores a desarrollar

por expertos independientes. Asimismo, lo dispuesto en esta Ley no será aplicable a las transformaciones y fusiones de las sociedades cooperativas, que se rigen por su normativa específica, ni a las fusiones transfronterizas en las que participe una sociedad cuyo objeto sea la inversión colectiva de capitales obtenidos del público y su funcionamiento esté sometido al principio de reparto de los riesgos, cuyas participaciones, a petición del tenedor de las mismas, se readquieran o se rescaten, directa o indirectamente, con cargo a los activos de dicha sociedad.

Espero haber podido transmitir de una forma clara y concisa, ése era mi objetivo, las peculiaridades del trabajo del auditor y del experto en aquellas operaciones que la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles requiere de su actuación y confío sirva en alguna medida, siquiera pequeña, para que se comprendan sus limitaciones y responsabilidades.

En último lugar, quisiera recalcar la importancia del necesario diálogo y coordinación que debe existir entre todas las partes que participan en estas operaciones societarias, empresas, administradores, abogados, notarios, registradores, auditores y expertos, cada uno en su papel y con su responsabilidad, a fin de facilitar de la forma más eficiente posible la realización de las mismas de acuerdo a lo establecido en el marco legal.

laleydigital.es DOCTRINA

la ciencia jurídica exactamente como la necesita

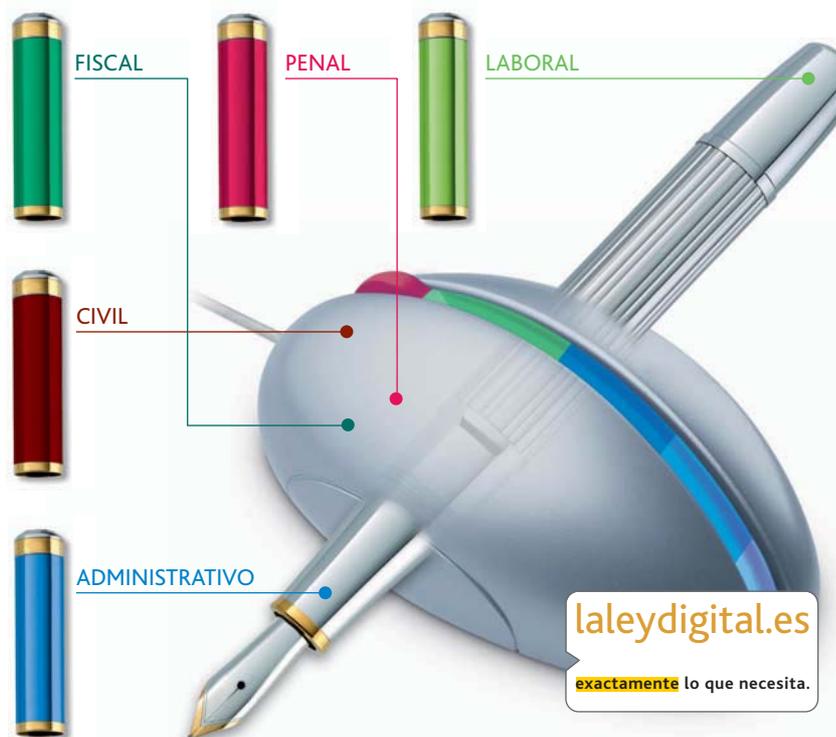
Resuelva los problemas que no puede solventar con jurisprudencia y legislación. Cuente con el apoyo de nuestros autores que, desde sus distintos ámbitos jurídicos, analizan y estudian las cuestiones jurídicas que suscita la práctica profesional.

En **DOCTRINA** puede personalizar su suscripción y adaptarla a sus necesidades de contenido, adquiriendo únicamente las materias de su especialidad.

DOCTRINA incluye todos los artículos a texto completo publicados en nuestras revistas, más de 20 publicaciones, que se actualizan diariamente. Además, incorpora una cuidada selección de libros a texto completo.

Si ya es cliente de **laleydigital.es**, aproveche la ventaja de tener estos contenidos integrados en su base de datos.

Sólo **laleydigital.es** puede ofrecerle este producto, porque sólo LA LEY tiene estos contenidos.



laleydigital.es

exactamente lo que necesita.



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

Un paso
por delante

Más información en nuestro
Servicio de Atención al Cliente:
902 250 500 tel • clientes@laley.es

“La Compilación salvó el núcleo esencial de nuestro patrimonio normativo”



MONTSERRAT TURA
Consejera de Justicia Generalitat de Catalunya

La Generalitat de Catalunya es “pionera” en materia de Justicia, según la consejera Montserrat Tura. Durante su mandato, se han aprobado tres Libros del Código Civil, una tarea compiladora “sin precedentes”, en la que destaca la aportación del Colegio de Notarios de Catalunya. Además, la consejera remarca la puesta en marcha de la Ciudad de la Justicia, “el complejo judicial más importante y tecnológicamente más avanzado del Estado” y la base de datos unificada de la Administración de Justicia. En relación con la reciente sentencia sobre el Estatut, Tura considera que la desestimación de inconstitucionalidad del artículo 147 refuerza el reconocimiento de la competencia ejecutiva de la Generalitat en materia de notariado y registros.

Autora: Cristina Gallardo

P: ¿Podría hacer un balance legislativo de su mandato? ¿Qué leyes destacaría entre las aprobadas durante este período?

R: El balance legislativo que hago es, sin duda, positivo, y extenso. Sólo durante este mandato, hemos aprobado tres Libros del Código Civil, que es el mayor trabajo de codificación, adaptación y modernización de nuestro derecho propio que nunca se haya hecho en alguna legislatura. El Libro III relativo a las personas jurídicas; la Ley 10/2008, de 10 de julio del Libro IV relativo a las sucesiones por causa de muerte, y la recientemente aprobada Ley del Libro II relativo a la persona y a la familia. Por lo tanto, sucesiones, personas jurídicas y persona y familia

configuran un corpus de adaptación y modernización de nuestro derecho civil propio que no tiene precedentes. Además, recientemente el Gobierno ha aprobado el Anteproyecto de Ley del Protectorado y también el de recurso de casación en materia de derecho civil de Catalunya. Ambos han sido enviados al Parlamento.

Hemos construido y estamos construyendo nuevos centros penitenciarios que nos han permitido salir de la situación tercermundista en la que estaban algunas cárceles. Nuevos equipamientos que hemos complementado con un conjunto de programas creados con una base de trabajo regido por el rigor científico con el tratamiento farmacológico coadyuvante para los agresores sexuales con un alto riesgo de reinci-

dencia o la propuesta de la vigilancia de conducta para penados por delitos determinados, las pulseras telemáticas y un largo etcétera. Por otro lado, entre los años 2007 y 2010, hemos finalizado la construcción de 18 edificios judiciales nuevos y nos viene gente de todas las Comunidades Autónomas para ver y conocer los edificios judiciales que hemos levantado, porque son pioneros, así como los programas informáticos que hemos implantado. Hemos dado pasos gigantescos en la informatización de los juzgados. Somos la primera Comunidad Autónoma con una base de datos unificada de la Administración de Justicia, lo que quiere decir que hemos actualizado y modernizado las bases de datos de tal manera que hoy en día no hay nadie en España que tenga la posibilidad de tener toda la historia

judicial de una persona y en Cataluña sí, hemos situado la justicia en el lugar que le correspondía en el siglo XXI. También hemos puesto en marcha la Ciudad de la Justicia, el complejo judicial más importante y tecnológicamente más avanzado del Estado, y hemos modernizado las normas que regulan las asociaciones y fundaciones. Además, en materia de derecho privado se han aprobado seis leyes: la Ley 1/2008 de contratos de cultivo; la Ley 5/2009 de los recursos contra la cualificación negativa de los títulos y cláusulas concretos en materia de derecho catalán que tengan que inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña, y la Ley 15/2009 de mediación en el ámbito del derecho privado. Es evidente que hay más cosas que hacer, pero nunca antes se había hecho tanto en este ámbito. Lo que no se hizo en anteriores legislaturas, se ha hecho ahora.

P: ¿Qué aspectos destacaría del recientemente aprobado Código de Familia?

R: Efectivamente, el día 14 de julio el Parlamento se aprobó la Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Destacaré algunos de los aspectos más nuevos de la Ley de manera esquemática, porque el contenido de esta Ley es extenso y complejo. Los recién nacidos, por ejemplo, tendrán a partir de ahora personalidad jurídica desde el momento del nacimiento, vivan los minutos u horas que vivan. Las personas que padecen algún tipo de enfermedad degenerativa podrán, a partir de ahora, ordenar anticipadamente cómo quieren ser tutelados si se vuelven, poco a poco y progresivamente, incapaces de hacerlo por ellas mismas. También las personas que tienen disminuidas sus facultades físicas y psíquicas podrán cuidar mejor de su persona y de sus bienes con la ayuda de la figura del asistente, hasta ahora inexistente, sin necesidad de una medida tan drástica como es el procedimiento de incapacitación, y las personas afectadas por incapacidades físicas o psíquicas graves, muy graves, o por un alto grado de dependencia severo, podrán hacer servicio de la figura del mencionado "patrimonio protegido".

Esta Ley abarca todas las tipologías de familia sin ninguna diferencia, sin ninguna discriminación. Las parejas estables se incorporan en este Código de Familia y, por lo tanto, no son segregadas a una ley diferente, sino que ahora son una modalidad de familia, al igual que lo son un progenitor con sus descendientes, una pareja de dos personas con independencia del sexo o bien la familia reconstituida, una modalidad de familia existente que, hasta ahora, no había tenido ningún tipo de regulación legal.

Estamos ante una nueva cultura de lo que podríamos denominar «la familia» que garantiza el desarrollo de todos sus componentes.

En el contenido de la Ley, también hay una nueva cultura de la ruptura de la pareja, una nueva cultura de la aplicación de la Ley del divorcio, donde ya no hay cónyuge culpable, donde ya no hay cónyuge separado de sus hijos, donde intentamos que no se alteren las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos menores después de la ruptura, las mismas que tenían cuando eran pareja. Quien decide separarse son los adultos, no los menores. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación no deben alterar las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos. Las responsabilidades de los progenitores se mantienen después de la separación





y tienen que ejercerse de forma compartida y de la forma más parecida posible a como las ejercían cuando eran pareja. La nueva ley incorpora "el plan de parentalidad" para ordenar cuestiones principales que afecten a los hijos ante una separación.

Finalmente quisiera hacer mención a las adopciones porque, en interés del menor, éste tiene derecho a conocer sus orígenes, y esto se traduce también en la obligación de los padres de informarle. Y en la adopción los vínculos ya no son sólo con los padres adoptivos, sino también horizontales, por lo tanto, los tíos son tíos legales, los primos son primos legales. Y la Ley habla también de la inseminación, el nacimiento por inseminación.

Hemos situado la justicia
en el lugar que le correspondía
en el siglo XXI

P: ¿Cree que el Proyecto de Ley de Protectorado de fundaciones y asociaciones de utilidad pública viene motivado por los casos de corrupción que han salido en este ámbito, a pesar de ser aislados?

R: Sin duda alguna, su aprobación y entrada en vigor supondrá una mejora para detectar irregularidades y perseguir con eficacia y eficiencia la mala praxis y, por eso, necesitamos un Protectorado moderno como interlocutor habitual del complejo mundo fundacional.

El Proyecto de Ley del Protectorado es una exigencia de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, que se limita a una serie de disposiciones básicas respecto al Protectorado. La nueva regulación quiere contribuir a un funcionamiento más ágil de las fundaciones y, a la vez, responde a la necesidad de incrementar los medios normativos para que el Protectorado lleve a cabo sus funciones con la mayor efectividad.

P: ¿Qué proyectos tiene el Gobierno en materia de Justicia? ¿Cuáles son las prioridades de su Departamento en el futuro, más allá de próximas elecciones al Parlamento?

R: En este momento acabamos de aprobar en el Gobierno un Anteproyecto de Ley de casación, imprescindible, y en la reforma del Libro V en relación con determinados aspectos puntuales de regulación de la propiedad horizontal. Tenemos en marcha las obras de construcción de tres nuevos Palacios de Justicia, el proyecto de la nueva Audiencia Provincial de Barcelona, las obras de rehabilitación del Palacio de Justicia de Barcelona, y construimos dos nuevas cárceles: el Centro Penitenciario de Mar d'Enric en Catllar (Tarragonès) y el Centro Penitenciario Puig de les Basses en Figueres; además, estamos a punto de iniciar las obras del nuevo Centro Penitenciario de Preventivos de la Zona Franca que substituirá a la cárcel Model de Barcelona, y el nuevo Centro Penitenciario Els Plans en Tàrraga. En el ámbito penitenciario, también hemos puesto en marcha un programa que ya estamos aplicando para evaluar e identificar el riesgo de reincidencia de los internos y su grado de rehabilitación y reinserción. También se implanta el sistema e-justicia.cat para que los juzgados catalanes trabajen en el futuro sin papeles, un proceso que está previsto finalizar en 2012. Todos estos son proyectos de futuro iniciados en este mandato que superan evidentemente la fecha electoral.

P: Este año se celebra el 50º Aniversario de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña. ¿Qué valoración hace de la Compilación? ¿Qué aspectos conmemorativos han programado desde la Consejería?

R: La conmemoración del 50º aniversario de la compilación pretende, por un lado, rendir homenaje a unos ilustres juristas que, a pesar de las limitaciones propias de unas circunstancias políticas adversas, fueron capaces de elaborar una ley muy importante por su contenido y por su incidencia so-

cial y política. Su trabajo salvó el núcleo esencial de nuestro patrimonio normativo, constituido básicamente por el derecho de sucesiones y el derecho de familia; palió la secular paralización de la facultad legislativa propia de Cataluña; comportó el reconocimiento y la revitalización de nuestras instituciones de derecho civil, y facilitó su conocimiento, aplicación y enseñanza.

Desde la consejería durante el año 2009 se constituyó una Comisión Gestora integrada por representantes de las principales instituciones jurídicas del país con la finalidad de organizar y programar los actos que se desarrollen durante 2010. La respuesta ha sido muy positiva y todas las instituciones han colaborado en la realización de numerosos actos de celebración, en la elaboración de publicaciones y en la reedición de libros. El Departamento ha creado una web específica en la que va incorporando las actividades que se están llevando a cabo además de incluir numerosa documentación que se ha recogido de la tramitación de la compilación y estudios sobre ésta.

El acto institucional de conmemoración del 50º aniversario tuvo lugar el día 5 de julio en el Palacio de la Generalitat. En este acto se hizo un recorrido por la historia desde los orígenes de nuestro derecho hasta la compilación. Intervino el Sr. Luis Serrahima, hijo de Maurici Serrahima, miembro de la comisión de juristas para la elaboración de la compilación y promotor de la nueva canción, y la cantautora M^a del Mar Bonet, relacionando así la compilación con la movilización de los años 60 para reivindicar lo que junto con el derecho conformaban los rasgos de identidad nacional: la lengua y la cultura.

P: La Generalitat, a propuesta de la Consejería, ha concedido la Creu de Sant Jordi este año al Colegio de Notarios de Cataluña. ¿Qué aspectos de la función notarial destacaría y cree que han sido más decisivos para hacer al Colegio merecedor de este galardón?

R: Serían muchos los méritos que han hecho merecedor al Colegio so-

de Notarios de Cataluña para la concesión de la Creu de Sant Jordi pero yo destacaría su compromiso en la defensa, arraigamiento y desarrollo del derecho civil de Cataluña que ha demostrado de manera continuada desde el siglo XIX y que adquirió un protagonismo relevante en el proceso de elaboración de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña de 1960. Sólo cabe recordar a Ramon Maria Roca Satre, Ramón Faus Esteve o Lluís Figa Faura, entre otros, contribución que ha continuado en su participación activa y comprometida en la modernización del derecho civil catalán, desde el proceso de adaptación a los principios constitucionales hasta el desarrollo y proceso de codificación de nuestro derecho a través de distintos grupos de trabajo y posteriormente con representantes en el sí del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña. La aportación del Colegio de Notarios ha destacado especialmente en la elaboración de los Libros IV (sucesiones) y V (derechos reales) del Código Civil de Cataluña.

También destacaría su defensa de las competencias de la Generalitat de Cataluña en materia notarial y su preocupación para facilitar los instrumentos jurídicos necesarios a los nuevos notarios y notarias destinados en Cataluña para que puedan conocer las singularidades de nuestro ordenamiento jurídico y asimilarlo más rápidamente y así poder asesorar con la máxima solvencia las distintas consultas que se le pudieran plantear.

Otra gran contribución ha sido, desde siempre, la defensa de la lengua catalana impulsando la realización de cursos y jornadas para acercar el catalán a los notarios y notarias procedentes del resto del Estado.

Del Colegio destacaría su compromiso en la defensa, arraigamiento y desarrollo del derecho civil de Cataluña

P: ¿Cómo valora el sistema de seguridad jurídica preventiva español y catalán, con la

actuación sucesiva y complementaria de notarios y registradores?

R: Es importante el doble filtro que contempla nuestro modelo para la seguridad del tráfico jurídico, en general, pero tendría que haber más coordinación entre notarios y registradores para evitar dilatar de forma innecesaria las inscripciones registrales de los instrumentos públicos.

La coordinación con la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con la convocatoria de los concursos de traslado beneficia a todos los implicados

P: El Tribunal Constitucional mantiene actualmente en suspenso cinco artículos de la Ley catalana de recursos gubernativos que fueron recurridos el pasado mes de febrero por el Gobierno. ¿Cómo afecta esta situación a la gestión actual, por parte de la Generalitat, en esta materia?

R: Confiamos que el Tribunal Constitucional falle el recurso con la mayor brevedad. Mientras tanto, haremos la actividad administrativa que nos corresponde y en el caso de los recursos que incluyan motivos contemplados en este recurso, comunicaremos el proceso y resolución al Ministerio.

P: ¿Cómo valora la desestimación del recurso de inconstitucionalidad por lo que al artículo 147 se refiere del Estatut de Autonomía, que incluye competencias de la Generalitat sobre el ámbito notarial? ¿Existe, en este sentido, un buen clima de cooperación entre la Administración central y la autonómica?

R: De una primera lectura del fundamento jurídico relativo al artículo 147 del Estatut podríamos convenir que la desestimación de este motivo de impugnación refuerza

el reconocimiento de la competencia ejecutiva de la Generalitat en la materia. Queda claro que deben conocer el derecho civil catalán, como no podía ser de otra manera, si pensamos que es nuestro propio derecho. Sin embargo, hay un aspecto que resulta particularmente inquietante. Me refiero a lo que se refiere al establecimiento de las demarcaciones notariales, que aunque lo reconoce como una competencia ejecutiva de la Generalitat, tendría que hacerse, dice, según los criterios que fije la legislación del Estado, la cual podrá tener "el grado de exhaustividad que resulte procedente". En la medida que estas reservas sean exorbitantes, podrían dejar sin contenido la competencia de la Generalitat.

En cuanto a las relaciones con la Dirección General de los Registros y del Notariado, cabe subrayar algunos aspectos satisfactorios, como por ejemplo en relación con la convocatoria de los concursos de traslado de notarios y registradores, que se hace de forma coordinada y beneficia, a día de hoy, a todos los implicados. Pero tenemos un grave problema respecto al sorprendente recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 5/2009, de 28 de abril, del recurso contra la cualificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que tengan que inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña. Aún no hemos entendido las razones que justifican el recurso, que se apoya, por otro lado, en un párrafo de acuerdo con lo establecido en el artículo 147 del Estatut que ni siquiera se había impugnado en el Tribunal Constitucional, y más cuando se trata de una Ley que perfecciona los aspectos técnicos de una Ley anterior, de 2005, que funcionaba perfectamente. Esta cuestión dificulta una relación basada en la plena confianza.

P: Un reciente informe de la Comisión del Centro de Estudios Jurídicos y de Formación, creada por iniciativa de su Departamento, aconseja como método para solucionar la excesiva carga



de trabajo de los juzgados, la atribución de determinadas materias en diversos colectivos jurídicos, en particular a los notarios. En éstas, por ejemplo, que los divorcios de mutuo acuerdo, cuando no existan hijos menores, puedan ser consensuados ante notario. ¿Se ha avanzado legislativamente en este asunto?

R: Efectivamente, el Informe elaborado por la Comisión de trabajo de asesoramiento sobre la desjudicialización en el ámbito civil, donde por cierto han participado de forma activa ilustres notarios del Colegio de Notarios de Cataluña, propone una serie de medidas que permitan sustraer del ámbito jurisdiccional toda una serie de funciones cuando no haya conflicto manifiesto y, por lo tanto, no comprometa la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo que se juzgue reservado a los Juzgados y Tribunales en virtud del artículo 117 de la Constitución. Esta redistribución de competencias y su atribución a otros operadores jurídicos comporta, necesariamente, la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en especial, a la promulgación de una nueva ley de la “jurisdicción voluntaria” que la Comisión sugiere que se denomine “intervención voluntaria” en coherencia con su carácter no contencioso, modificaciones todas ellas que corresponden a las Cortes Generales a propuesta del Ejecutivo Central o a iniciativa de los grupos parlamentarios, por lo que lo único que podemos hacer es elevar estas propuestas al Gobierno central, a través del Ministerio de Justicia y al Consejo General del Poder Judicial y dar traslado a los distintos grupos parlamentarios.

P: Además de la ya mencionada atribución en separaciones y divorcio, ¿qué nuevas atribuciones podrían encomendarse a los notarios?

R: Además de estos supuestos de separación y divorcio consensuados, el informe incide, también,

en la división de la cosa común (por disolución del matrimonio o por herencia); actuaciones propias de la “jurisdicción” (intervención) voluntaria, mediante el acto de notoriedad, como mecanismo de fijación de hechos que no implican un interés público; la conclusión de contratos de arrendamiento con abandono del domicilio por renuncia del arrendatario con entrega de llaves o recuperación de la posesión; realización de inventarios en derecho sucesorio o de familia; consignación voluntaria de deudas; protocolización de documentos hológrafos, entre otros.

La tramitación e inscripción de los expedientes de dominio, expedientes de liberación de gravámenes, de la inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas, de la nota marginal de doble inmatriculación y la prórroga de anotación preventiva que de cara a una nueva ley de la “jurisdicción” voluntaria, deberían quedar resueltas evitando, en la medida de lo posible, la revisión jurisdiccional.

Los supuestos de separación y divorcio consensuado, división de la cosa común, jurisdicción voluntaria o conclusión de contratos de arrendamiento, entre otros, podrían ser nuevas atribuciones de los notarios

P: En estos momentos el número de documentos notariales redactados en catalán es de alrededor de un 12%. ¿Qué perspectivas de futuro hay en esta materia? ¿Están teniendo éxito los cursos voluntarios de acogida lingüística para notarios procedentes de otras Comunidades Autónomas?

R: El Acuerdo de colaboración entre los Departamentos de la Vicepresidencia y de Justicia y el Colegio de Notarios de Cataluña para impulsar conjuntamente acciones de fomento del uso del catalán en el

ámbito de las notarías se firmó el 23 de diciembre de 2009, por lo que es prematuro hacer un balance. No obstante, podemos decir con satisfacción que ha tenido una buena acogida tanto por parte de los recién llegados, que han mostrado un gran interés por los cursos de nivel B, como por parte de aquellos notarios que quieren mejorar su nivel de catalán, habiéndose inscrito un total de 90 notarios en el curso de nivel C.

P: ¿Cómo valora el Anteproyecto de Ley de mediación y de reforma del arbitraje del Gobierno del señor Zapatero?

R: Era necesario que, por fin, el Estado abordara legislativamente la institución de la mediación. Sin embargo, al ver el resultado se abren algunos interrogantes y, una vez más, se lamenta la falta de interlocución con las Comunidades Autónomas, que llevan muchos años apostando por la mediación. Por otro lado, me preocupa el tema competencial, aunque el Proyecto de Ley se dicta de acuerdo con la competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, procesal y civil (art. 149.1.6ª y 8ª CE), habría que respetar las competencias que en materia de derecho civil y procesal derivadas de las peculiaridades del derecho sustantivo corresponden a la Generalitat en virtud del Estatut de Autonomía.

Por otro lado, cabe revisar la no exigencia de una formación específica en mediación para las personas mediadoras que quieran acceder al Registro general, un sistema de control también precisa clarificación. Este tema ha sido muy polémico y contestado por asociaciones, colectivos de mediadores y diferentes instituciones de todo el Estado. Es básico que los profesionales que se dediquen a la mediación tengan la formación y la capacitación necesaria para poder aplicar la mediación con unos mínimos estándares de cualidad.

“Valoro muy positivamente las iniciativas de los Colegios de Notarios y de Registradores de Cataluña para buscar la colaboración mutua”



MARIA ÁNGELES ALCALÁ
Directora General de los Registros y del Notariado

Impulsar la nueva Ley de Registro Civil, el acceso electrónico a los Registros y la transmisión transfronteriza de información registral son las prioridades de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La Ley de Seguridad Jurídica Preventiva, sin embargo, deberá esperar, pues el departamento dirigido por María Ángeles Alcalá descarta, por el momento, “una modificación sustancial del modelo”.

Autora: Cristina Gallardo

P: ¿Cuál es el balance que hace después de más de un año de mandato?

R: Éste ha sido un año y medio muy intenso y apasionante por la importancia de los proyectos abordados y por las reformas organizativas introducidas en esta Dirección General. Está siendo una experiencia enormemente enriquecedora y, profesionalmente, me aporta una perspectiva nueva del Derecho, complementaria a la que ha sido mi actividad universitaria.

P: ¿El Ministerio volverá a intentar aprobar en esta legislatura una Ley de Jurisdicción

Voluntaria? ¿Qué funciones piensa que los notarios deben asumir en esa futura Ley?

R: Es evidente, y ahí están las iniciativas emprendidas por este Ministerio, que existe un proyecto global y articulado de modernizar la Justicia y, dentro de ese proceso modernizador, de impulsar instrumentos de solución de conflictos alternativos a los tradicionales. Así lo evidencia el Proyecto de reforma de la Ley de Arbitraje y el Anteproyecto de Ley de Mediación. En ese proceso tiene pleno encaje una futura Ley de Jurisdicción Voluntaria. Los notarios como profesionales del Derecho singularmente formados y especializados pueden desempeñar un

papel de primer orden en el desarrollo de una ley de esa naturaleza

P: Con motivo del inicio del curso 2009-2010 en la Academia Matritense del Notariado, el pasado mes de octubre, usted afirmó que la función notarial debe estar orientada a la colaboración con las Administraciones Públicas. ¿A qué funciones concretas se refiere?

R: Mis palabras en aquella ocasión y también en otras intervenciones en foros distintos, señalaban la importancia de la función social y de protección de intereses públicos y ge-



nerales de la función notarial. Algunos de los ámbitos de colaboración de los notarios con las Administraciones públicas han sido y son ya una realidad como, por ejemplo, las inversiones tecnológicas y el incremento de su papel en la lucha contra el fraude y el blanqueo de capitales, entre otras muchas de las actividades cotidianas en este contexto. Se trata de resaltar la función pública del notariado y dotarla de los mejores instrumentos para desempeñar ese papel en beneficio siempre del ciudadano.

Desde que llegué a esta Dirección General, todos los concursos de notarios y registradores se han desarrollado en un contexto de colaboración

P: Recientemente también anunció que se permitirá el acceso telemático directo de los notarios a los libros registrales. ¿Cuándo estará lista esta regulación?

R: Mi propósito es que el sistema esté listo cuanto antes y, además, que sea el resultado de un consenso entre los órganos de representación de los notarios y los registradores. No voy a negar que estoy encontrando escollos para llegar a un acuerdo y que el proceso está resultando muy largo. Le recuerdo que comenzamos las reuniones a finales del mes de noviembre pasado y que, a día de hoy, no ha sido posible llegar a una solución consensuada. Pero también es cierto que se ha avanzado mucho y que en este momento es clara mi voluntad de poner en marcha un sistema electrónico de acceso a los datos de los Registros de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles y de condiciones generales de la contratación. No se trata sólo de articular un sistema de acceso electrónico a esos datos por los notarios, sino también de las Administraciones y funcionarios públicos y de los particulares. Mi propósito no es otro que incrementar la seguridad jurídica en beneficio de los ciudadanos en sus transacciones inmobiliarias y en sus relaciones empresariales utilizando

las nuevas tecnologías como un medio rápido y barato para conseguirlo.

P: ¿Cree que la nueva normativa terminará con los enfrentamientos entre notarios y registradores? ¿Qué opina de las Bases de Barcelona, suscritas en su momento por los decanos de los Colegios de Notarios y de Registradores de Cataluña?

R: Ya he dicho en multitud de ocasiones que me parece un error ese tipo de enfrentamientos. Al ciudadano le llegan las críticas a través de los medios de comunicación y no entiende qué ocurre ni cuáles son las razones. Curiosamente, aunque tienen mucho eco público, esos enfrentamientos son alimentados por un sector minoritario de los notarios y de los registradores, porque la gran mayoría de ellos cooperan diariamente en el desarrollo cotidiano de sus funciones y colaboran lealmente en una visión orientada al servicio público. La función complementaria de unos y otros hace que la discrepancia en la interpretación jurídica pueda ser normal e incluso favorecer la calidad del servicio público, pero el innecesario enfrentamiento público es otra cosa que desde luego no favorece a nadie.

En todo caso, yo seguiré trabajando en la búsqueda de consensos y desde luego valoro muy positivamente iniciativas como las de los Colegios de Notarios y Registradores de Cataluña de buscar vías de mejora en la colaboración mutua.

P: El Gobierno recurrió recientemente ante el Tribunal Constitucional varios artículos de la Ley catalana de recursos gubernativos. ¿Cuáles fueron las razones?

R: El recurso interpuesto por el Gobierno es muy claro respecto de las razones que lo justifican y, en este momento, sólo cabe que el Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto y a ello me remito, como no puede ser de otro modo.

P: ¿Cómo valora la aplicación del Estatut en materias notariales y registrales? ¿Está satisfecha de los concursos coordinados?

R: Desde que llegué a esta Dirección General todos los concursos de notarios y registradores se han desarrollado coordinadamente y en un contexto de colaboración entre ambas Administraciones y que, lejos de generar ningún problema, ha sido sencillo e, incluso, muy grato. Estoy en este sentido plenamente satisfecha y espero que este clima de colaboración y entendimiento continúe en el futuro. Sinceramente, no encuentro razones para que no sea así.

P: ¿Cómo valora, en este ámbito, la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatut?

R: Ya se ha hablado mucho y opinado sobre la sentencia. En cualquier caso, la sentencia es la que es y así debemos todos acatarla, aún entendiendo que pueda generar cierto descontento en determinados sectores. No era un tema fácil de resolver ni jurídica ni socialmente, pero ha quedado claro que las impugnaciones del PP carecían de todo fundamento y que la casi totalidad del Estatut es constitucional. Lo importante ahora es mirar hacia adelante.

P: ¿Cómo valora que los registradores tengan elección directa y universal de su presidente y los notarios no?

R: Efectivamente, las respectivas normativas que regulan la elección de los máximos representantes de los cuerpos de notarios y registradores son distintas. Han sido dos modelos diferentes de articular la representación de los colectivos y de adaptarlo a la estructura del Estado de las Autonomías. Mi valoración no puede ir más allá que constatar esas diferencias y de verificar el cumplimiento de la ley, en su caso, ya que es una cuestión que afecta a los respectivos colectivos y son ellos los que deben hacer las valoraciones que consideren pertinentes y que yo, indudablemente, escucharé.

P: La Federación Estatal de Asociaciones Profesionales de Empleados de Notaría le ha reclamado una modificación estructural de la Oficina Notarial. ¿Se está trabajando en este sentido?

R: He recibido a las Asociaciones profesionales de Empleados de Notaría, he escuchado sus demandas y reivindicaciones, pero no tengo una reclamación precisa y formal sobre este particular.

El intercambio de información sobre empresas domiciliadas en distintos Estados es algo imprescindible

P: ¿Qué hay de la interconexión de los Registros comunitarios?

R: Es conocido que en el ámbito de la Unión Europea se está trabajando intensamente en la transmisión de información sobre empresas por parte de los Registros mercantiles de los distintos países miembros. De hecho, ya disponemos de varios documentos y recomendaciones en este sentido, se han celebrado varios encuentros y seminarios y hay alguna experiencia con el perfil de un proyecto piloto orientado a verificar la viabilidad de esa interconexión.

El intercambio de información sobre empresas domiciliadas en distintos Estados es algo imprescindible. La creación de filiales en países distintos de la sociedad matriz, las fusiones transfronterizas, la existencia de empresas multinacionales, la inversión en acciones u obligaciones en mercados internacionales o, simplemente, el desarrollo de relaciones empresariales con empresas radicadas en diversos países, convierten en inexorable la previsión de medios de transmisión de información empresarial. Habrá que superar las dificultades que entrañan las diferencias de los distintos sistemas registrales y de la diversidad de los títulos que acceden al Registro y heterogeneidad de los controles sobre

las empresas, pero habrá que hacerlo, sin ninguna duda.

P: ¿Se encuentra la Ley de Seguridad Jurídica Preventiva entre sus prioridades para la actual legislatura?

R: En este momento estamos trabajando más en la modernización del sistema y en el refuerzo de su función social, orientado al ciudadano y al servicio público, que en una modificación sustancial del modelo de seguridad jurídica preventiva. En todo caso, cualquier modificación del modelo de seguridad jurídica preventiva debe ir precedida de una reflexión profunda y debe hacerse con extrema sensatez porque, aunque esto puede predicarse de cualquier cambio legislativo, nuestro sistema está muy consolidado y afecta a aspectos muy importantes del Derecho privado, en general, y a aspectos muy singulares del derecho de propiedad, creación de empresas o mercados financieros e inmobiliarios.

P: ¿Y la creación de un Registro Civil único? ¿Tendrán los notarios acceso al mismo?

R: La creación de un Registro Civil único es un elemento esencial del proyecto de Ley de Registro Civil que en los próximos meses iniciará su tramitación parlamentaria. La Ley que hemos proyectado supone un cambio sustancial del modelo de Registro Civil tal y como lo conocemos. Como el ministro Francisco Caamaño ha señalado en varias ocasiones, no se trata de poner ordenadores en los Registros Civiles, cosa que ya existe, ni siquiera de incorporar las nuevas tecnologías de la comunicación a su funcionamiento: es un cambio estructural, tecnológico, organizativo y funcional. Es, en definitiva, construir el Registro Civil del siglo XXI. La conexión informática de los notarios se prevé expresamente en la Ley al establecer una vía de remisión electrónica de los documentos notariales que tengan relevancia en el estado civil de las personas.



P: ¿Cuáles son las prioridades de su departamento para el futuro más inmediato?

R: De algunas de esas prioridades ya he hecho referencia al referirme a proyectos que están en marcha como la Ley de Registro Civil, el acceso electrónico al contenido de los libros de los Registros de la propiedad, mercantiles y bienes muebles y de condiciones generales de la contratación. También impulsar la transmisión transfronteriza de la información de los Registros mercantiles y, en general, todo lo que contribuya a la modernización y a la mejora del servicio público que prestan notarios y registradores. Es prioritario mejorar y agilizar la resolución de expedientes gubernativos. También estamos trabajando en la mejora de los procesos de tramitación de los expedientes de nacionalidad y estado civil. En todo caso, es fundamental seguir manteniendo el contacto frecuente y periódico con los colegios profesionales de notarios y registradores.

Presidencia española en la Unión Europea y aplicación del Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa supone iniciar una nueva etapa de la Unión Europea, con una integración del acervo comunitario que, desde la cooperación de los distintos países, implicará la asignación, en ciertos casos, de más competencias a las instituciones comunitarias.

ELISABETH GARCÍA CUETO
Notario de Santa Coloma de Queralt

Desde enero a junio de 2010, España ha ostentado la presidencia de la Unión Europea (<http://www.eu2010.es/es/>). La relevancia de la misma se enmarca dentro de la entrada en vigor del Trata-

do de Lisboa (*Tratado de Lisboa*: <http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1296&lang=es>)¹ de diciembre de 2009 y del Programa de Estocolmo (*Stockholm Agreement*), donde se definen los objetivos para el desarrollo de una parte del llamado tercer pilar, relativo a la cooperación: Libertad, Seguridad y Justicia de la UE (arts. 67 a 87 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea), en específico, el programa para el período que va del 2010 al 2014. No obstante, no debemos olvidar que el desarrollo del espacio de libertad, se-

guridad y justicia se comenzó a gestar y desarrollar en el Tratado de Ámsterdam de 1997, el citado Tratado de Lisboa, firmado en el año 2007, así como en los programas de Tampere (1999), de La Haya (2004) y el mencionado de Estocolmo (2009).

Así pues, entramos en una nueva etapa de la Unión Europea, con una integración del acervo comunitario que, desde la cooperación de los distintos países, implicará la asignación, en ciertos casos, de más competencias a las

© Foto Parlamento Europeo.



instituciones comunitarias, y nos llevará a conseguir, con un marco jurídico fortalecido, la tantas veces citada, cohesión europea: ¡Bienvenidos a la nueva Europa!

1. La creación de la «Europa de los ciudadanos»

La UE, que nació como una alianza eminentemente económica (CECA, París 1951; CEE y EUROATOM, Roma 1957) se ha ido transformando, desarrollando, con el objetivo fijado, hoy en día, en crear un verdadero Estatuto de ciudadano europeo. Para alcanzar dicho propósito, se ha apostado por crear una identidad cívica europea, ampliando los derechos de las personas, a través de la «**Carta de los Derechos de la persona de la UE**» (aunque ésta tenga valor meramente declarativo). El

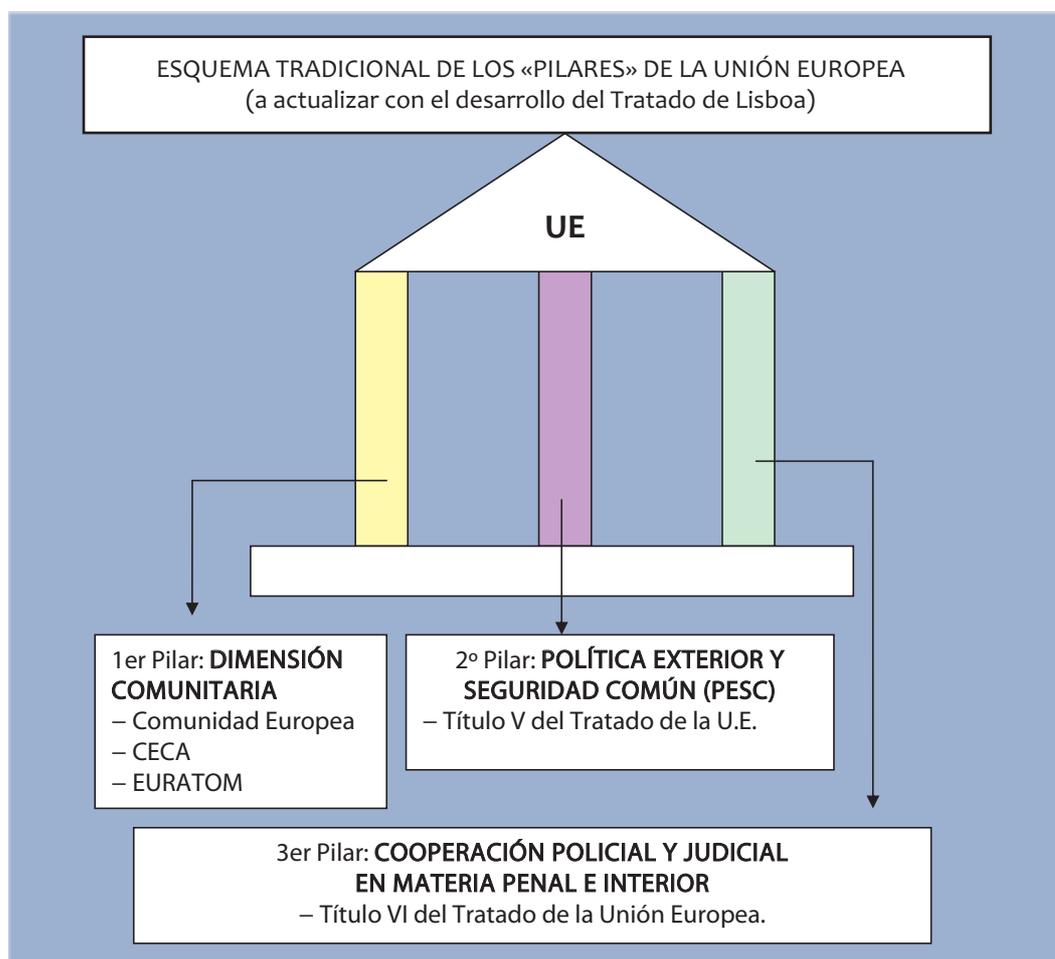
contenido de la misma se centra en los derechos y libertades fundamentales; dando atención prioritaria a los sectores más vulnerables, ofreciendo la adecuada protección a mujeres y niños y a las víctimas de delitos, haciendo con especial hincapié en lo relativo a la violencia de género. Así, en éste último aspecto, de índole el penal, la Presidencia española intentó avanzar en el principio de reconocimiento mutuo, la cooperación en investigación de delitos, la fijación de unas normas mínimas en materia de garantías procesales y la modernización legislativa en lo referente al *ciber-crimen*.

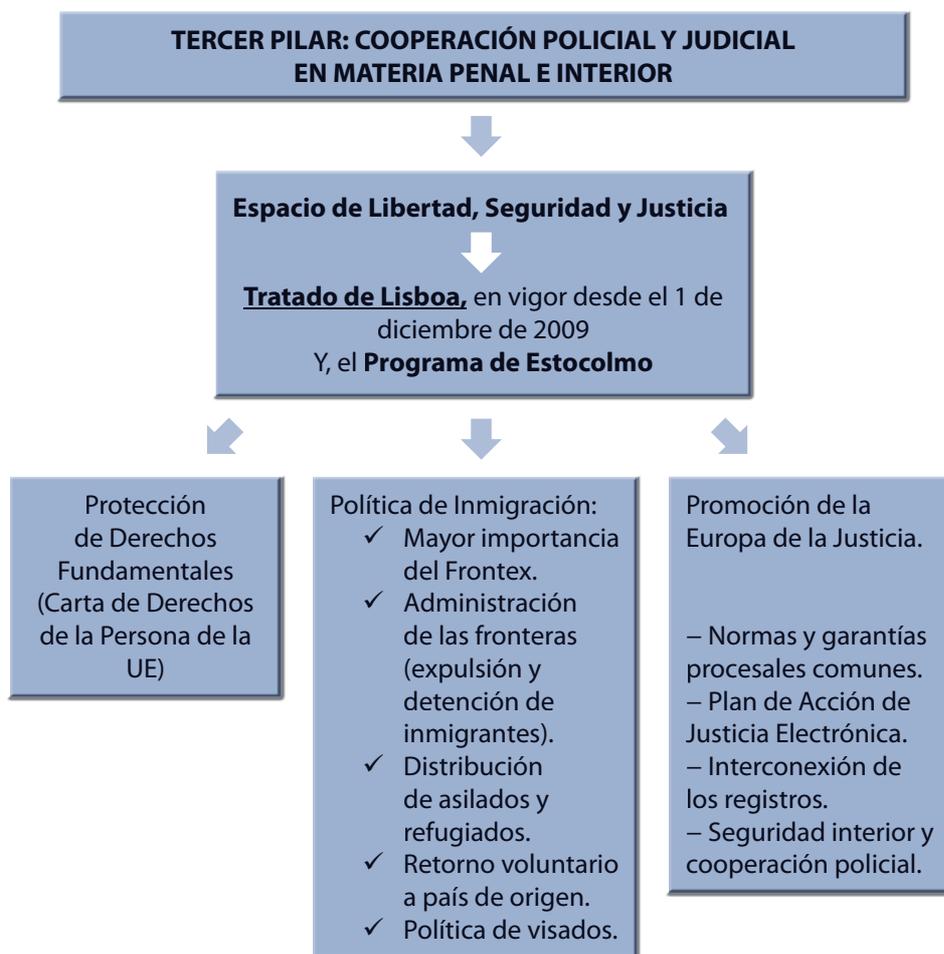
En paralelo con lo anterior, la Presidencia española se ha centrado en la cuestión migratoria. Es el programa de Estocolmo el que ya determina la prioridad de establecer una mejor administración de las fronteras, que conlleva

supervisar las pautas de inmigración (a través de la agencia europea de control fronterizo –*Frontex*–) con ineludible vinculación a las tendencias y necesidades del mercado laboral. Se pretende, de este modo, fomentar el mantenimiento de una gestión colaboradora en lo referente a la política de detención y expulsión de inmigrantes ilegales y la posibilidad de incentivar y facilitar el retorno voluntario.

2. Hacia una nueva justicia

A fin de garantizar estos derechos, es necesaria una Justicia que funcione al unísono en toda la Unión. Para que la coordinación sea una realidad, se ha previsto un Plan de Acción de Justicia Electrónica y la interconexión de los Registros referentes a esta materia. La Presidencia española se planteó como reto





fijar unos mínimos comunes en cuanto a derechos y garantías procesales penales así como programas de intercambio para jueces, fiscales y secretarios judiciales. Es evidente que ello precisa la necesaria implicación de los jueces nacionales y otros sujetos intervinientes en el proceso; todos los operadores, a la hora de aplicar el Derecho europeo, deberán integrar la nueva normativa y formar una verdadera red, a nivel tanto nacional como europeo, que lleve a la recopilación de jurisprudencia de la UE, garante de los derechos fundamentales en todo el territorio de la Comunidad, pero desde el interior de cada uno de los respectivos Estados Miembros. Se crea, en consecuencia y con fin de cohesión, un espacio judicial común europeo.

En esta línea, el lanzamiento el pasado julio de e-Justicia (<https://e-justice.eu->

[ropa.eu/](https://e-justice.europa.eu/)), el portal europeo de Justicia electrónica, ha supuesto cumplir la planificación establecida por la Presidencia española. La primera versión, con más de 12.000 páginas, ofrece enlaces sobre legislación y prácticas de todos los Estados miembros.

3. Próxima parada: ¿Reglamento europeo de sucesiones?

La materia civil y mercantil merece un punto propio para su análisis. La Presidencia Española impulsó el debate para una posible reforma del Reglamento Bruselas I (44/2001), sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones civiles y mercantiles, y la adopción de un Reglamento en materia sucesoria que contenga la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de sentencias (dictadas en cualquier país de la

UE). Así, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de junio aprobó las directrices políticas y consolidó avances en esta propuesta de gran trascendencia por el número creciente de sucesiones transfronterizas.

La falta de sintonía entre los Códigos Sucesorios de los principales Estados de la UE, tanto en la sucesión en sí misma como en el instrumento en el que el causante ha manifestado sus disposiciones de última voluntad, el testamento, pone de manifiesto la dificultad de llegar a una homogeneidad legislativa que abarque y contemple multitud de tradiciones y puntos de conexión. Lo deseable quizá sería que el futuro prevea un título sucesorio europeo evitando los problemas de reconocimiento de documentos, y que estos documentos se integren en una Red Europea de Re-

gistros de Testamentos, que impulsa la CNUE.

El punto de partida de un Registro Europeo de Últimas Voluntades tiene una primera pieza en el reciente Registro búlgaro de últimas voluntades. Para ello, será imprescindible una «cooperación reforzada», logrando así la integración de la diversidad, con el fin de garantizar la libre circulación de sentencias y documentos públicos y pudiendo llegar a la eliminación del *exequatur*.

Uno de los puntos a destacar de la Presidencia española en el ámbito civil ha sido la superación del bloqueo de la propuesta presentada en 2006 sobre Ley aplicable en materia de separación y divorcio.

En el tema de Derecho de familia, las soluciones deben encaminarse a solventar los problemas y cuestiones planteadas de forma constante y dinámica en el ámbito matrimonial. Cada vez con mayor frecuencia las parejas o matrimonios son de diferente nacionalidad o, aún con idéntica, residen efectivamente en un tercer país. La ley aplicable a la unión, su régimen económico, las consecuencias de la ruptura posterior: separación, divorcio e, incluso, las frecuentes disputas por la atribución de la patria potestad de los hijos, si los hubiera, plantean cuestiones de fondo y forma delicadas y complejas en su solución.

La Presidencia se inició con el objetivo de recoger la reforma del Derecho matrimonial adoptando un marco común para todos los Estados Miembros (enmarcado en el Convenio Roma III, en concreto relativo al divorcio). Finalmente, se ha emprendido dicha reforma haciendo uso, por primera vez, del mecanismo de cooperación reforzada: 14 Estados, incluida España, han solicitado acogerse a la misma. El Reglamento facilita los procesos de separación y divorcio entre cónyuges de distinta nacionalidad aumentando la seguridad jurídica. Introduce la autonomía de la voluntad y recoge expresamente el principio de no discriminación, salvaguardando la situación del cónyuge situado en posición de desventaja.

ETAPAS PARA LA INTEGRACIÓN EUROPEA

PRIMERA ETAPA

Determinación de los objetivos en distintos instrumentos:

- Tratado de la Unión Europea
- Tratado de Lisboa
- Programa de Estocolmo

SEGUNDA ETAPA

Coordinación: armonización de las legislaciones de los distintos Estados miembros

JUSTICIA E INMIGRACIÓN

- Reconocimiento mutuo
- La legislación y codificación de las materias
- Instrumentos de coherencia de acción exterior
- La evaluación de la formación
- Comunicación y diálogo social civil
- Financiación

MATERIA CIVIL

- Reglamento sobre el divorcio → Convenio Roma III
- Regulación del matrimonio en Europa
- La creación de un Registro de resoluciones judiciales en materia de capacidad
- Sucesiones: creación del título sucesorio europeo y Reglamento de sucesiones internacionales (especial referencia al certificado sucesorio y la Red europea de registros de testamentos)

TERCERA ETAPA

Integración e institucionalización

Reseñas de Normativa, Jurisprudencia y Derecho comparado

Normativa destacada

Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio

(<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:335:0001:01:ES:HTML>)

La finalidad de la presente Directiva reside en la búsqueda del correcto funcionamiento del mercado interior, coordinando la normativa de la supervisión de los grupos de seguros y protegiendo, de esta manera, a los acreedores, a través de procedimientos de saneamiento y liquidación de las empresas de seguros. Asimismo se protege a los tomadores ya que se regula muy especialmente el régimen de solvencia; y los beneficiarios de seguros, al cubrir a cualquier persona física o jurídica que sea titular de derechos con arreglo a un contrato de seguros.

Se excluye expresamente del ámbito de aplicación a las empresas de seguros de reducida dimensión siempre que cumplan ciertas condiciones, incluido un nivel de ingresos brutos por primas inferior a 5.000.000 EUR. Las empresas excluidas del ámbito de aplicación de la presente Directiva pueden beneficiarse de las libertades básicas reconocidas en el Tratado, pudiendo ejercer la opción por solicitar autorización con arreglo a la presente Directiva con el fin de beneficiarse de la autorización única prevista en ella.

Reglamento (CE) nº 924/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativo a los pagos transfronterizos en la Comunidad [por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 2560/2001]

(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:266:0011:0018:ES:PDF>)

Este Reglamento busca garantizar que los pagos nacionales y transfronterizos efectuados en la Comunidad estén sujetos a idéntica normativa en materia de comisiones. Se consigna mediante la

asignación de un número internacional de cuenta bancaria (IBAN) a cada cliente y otro a cada banco (BIC); números o códigos que deberán ser indicados en cada transacción transfronteriza. A falta de indicación de los mismos, las entidades podrán cobrar comisiones adicionales, sin perjuicio de informar a los clientes en un momento anterior a la realización de la transacción. Su ámbito de aplicación es el siguiente:

- Pagos:
- **Menos** de 50.000 EUR de valor
 - En **euros** (o moneda del país de la UE que se adhiera – por el momento Suecia).
 - Tanto si las operaciones de pago transfronterizas tratadas por medios electrónicos respecto a proveedores de servicios de pago del ordenante y beneficiario que están situados en Estados distintos;
 - Como si las operaciones de pago transfronterizas tratadas por medios electrónicos respecto a proveedores de servicios de pago que están situados en el mismo Estado.

No se aplica a los pagos que los proveedores de servicios de pago efectúen (a) por cuenta propia o (b) en nombre de otros proveedores de servicios de pago, ni a las comisiones por conversión de divisas.

Ley 1/2010, de 1 de marzo, que reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista

(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0036:0068:es:PDF>)

Transposición de la Directiva 2006/123/CE, sobre los servicios en el mercado interior, que elimina barreras de índole administrativa que afectan a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios de los art. 43 y 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). No requiere autorización previa para la instalación de estableci-

mientos comerciales. Se excepcionan los supuestos de interés general conforme a la normativa de la Unión Europea.

Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, relativo al ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria

Define esta actividad como aquella realizada por comerciantes fuera de un establecimiento comercial permanente cualquiera que sea su periodicidad y el lugar donde se celebre. Es una nueva trasposición de la Directiva 2006/123/CE, que desarrolla la propia Ley del Comercio Minorista, pero por la vía reglamentaria.

Resolución del Consejo, de 1 de marzo de 2010, sobre los derechos de propiedad intelectual en el mercado interior

(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:056:0001:0004:ES:PDF>)

Esta resolución gira en torno a los distintos ámbitos en los que la propiedad intelectual debe ser protegida o en caso de gozar de esta medida una regulación más completa y estricta. La importancia y trascendencia de la intervención de las autoridades aduaneras en mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas consecuentes a llevar a término para evitar la vulneración esos derechos, es un claro ejemplo de la relevancia de esta norma.

Otros de los ámbitos de mayor incidencia en esta materia engloba lo referente a los derechos de autor y derechos afines, o al estudio de la piratería de bienes culturales. La norma reconoce la importancia de impulsar nuevos modelos empresariales competitivos que eviten y combatan la piratería, con el fin de promover el crecimiento económico, el empleo y la diversidad cultural.

Jurisprudencia de la UE

Instrucción de 24 de febrero de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento de los

apellidos inscritos en los Registros Civiles de otros países miembros de la Unión Europea.

(<http://www.boe.es/boe/dias/2010/03/10/pdfs/BOE-A-2010-3995.pdf>)

Esta Instrucción trae causa directa de la Sentencia de 14 de octubre de 2008 dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), que resuelve el asunto C-353/06 (Grunkin-Paul), que recalca la primacía del derecho comunitario y el valor de las decisiones judiciales. En este sentido determina que, «las decisiones prejudiciales adoptadas por el Tribunal de Luxemburgo, en atención a la finalidad particular de estos procedimientos dirigidos a proporcionar una interpretación auténtica que asegure la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario en el Conjunto de la Unión Europea, tienen fuerza obligatoria y vinculan no sólo al juez de reenvío y a los demás órganos jurisdiccionales que deban intervenir en dicho procedimiento principal en vía de recurso, sino que, además, tienen un alcance general respecto de todos los órganos jurisdiccionales del conjunto de los Estados Miembros, y sin perjuicio de la posible revisión de su doctrina que el Tribunal de Luxemburgo pueda realizar en virtud de un nuevo reenvío. Por tanto, la interpretación dada por el Tribunal forma un cuerpo con la propia norma interpretada», al tiempo que recuerda, asimismo, la eficacia «*ex tunc*» de la misma.

El Tribunal de Justicia reconoce que «en el estado actual del Derecho comunitario las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros pero, al tiempo, advierte que éstos deben respetar el Derecho comunitario al ejercer dicha competencia cuando se trata de situaciones que, no siendo meramente internas, presenten algún vínculo con el Derecho comunitario». Por ello, considera que «el hecho de estar obligado a llevar en el Estado miembro del que es nacional el interesado un apellido diferente del ya atribuido e inscrito en el Estado miembro de nacimiento y de residencia puede obstaculizar el ejercicio del derecho garantizado por el art. 18 CE a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros».

Derecho comparado

Deutschland - Alemania: La modernización de la legítima

http://www.bmj.bund.de/files/-/3977/Gesetz_Aenderung_Erbrecht.pdf

Desde 1 de enero de 2010, es de aplicación en Alemania la reforma prevista en materia sucesoria (*Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*), condicionada por una sentencia del Tribunal Constitucional, de 19 de abril de 2005, que si bien afecta relativamente poco al articulado original del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), incide especialmente en la figura de la legítima.

La reforma se fundamenta en la adecuación del texto a la realidad social alemana, marcada por (1) una tendencia al aumento de parejas no casadas y de hijos no matrimoniales; (2) la existencia de familias reconstituidas (es decir, familias compuestas por otras rotas); (3) acondicionamiento de los nexos familiares como consecuencia de la globalización y movimiento de personas a distintos países; (4) la asistencia a las personas de edad avanzada, como consecuencia de las mejoras en el campo de la medicina y el aumento de la esperanza de vida.

En concreto, hay que recordar que la legítima en derecho alemán se configura como un derecho de crédito y constituye la mitad del valor de la cuota hereditaria legal. Estos dos aspectos no han sido modificados, si bien se ha incidido en la contraposición existente entre la libertad de testar, la libre disposición de los bienes propios, y el derecho de ciertos sujetos a obtener una protección legislativa. Estas disyuntivas han quedado resueltas manteniendo como sujetos beneficiarios de la protección a los descendientes, padres y cónyuges, pero a su vez posibilitando la supresión de la legítima gracias al aumento y flexibilidad de las causas de desheredación.

Asimismo, y en orden a adaptar el derecho a las circunstancias actuales, reconoce a todo descendiente del causante que se haya encargado de los cuidados del mismo, el derecho a exigir una compensación. Para su cálculo se detraerá de la herencia con carácter previo la cantidad de la compensación y se distribuirá el resto de conformidad con la cuota sucesoria.

La France – Francia : Entrepreneur individuel à responsabilité limitée

La Asamblea Nacional está estudiando la aprobación de una ley que limite la responsabilidad del empresario individual con repercusión exclusiva al patrimonio de su actividad profesional.

La Comisión de Asuntos Económicos busca que se refleje en el texto especialmente todo aquello que se refiera al hermetismo entre los patrimonios personales y profesionales, los supuestos de ejercicio de varias actividades, la vida y evolución del patrimonio afectado, la fiscalidad de los aumentos de patrimonio y, la garantía de los créditos profesionales.

En esta misma línea, se consolida la insistencia en la simplificación del máximo número de formalidades y de las obligaciones del empresario individual, aunque sin perder la garantía de la aportación o acceso de un nivel suficiente de información y, por supuesto, en cuanto al nivel de la protección de acreedores y terceros.

No debe obviarse tampoco la posibilidad de que el empresario realice varias actividades conjuntamente. El legislador francés en este campo considera fundamental que aquél pueda protegerse respecto a las dos actividades. La solución propuesta a contemplar, la de unicidad del patrimonio afectado, en relación con la pluralidad de objetos de actividad profesional.

Bългария – Bulgaria: Registro de Últimas Voluntades

La novedad en Bulgaria es la existencia de un Registro de Últimas Voluntades, en el que todos los Notarios deberán registrar los testamentos abiertos ante ellos, así como los ológrafos depositados en la oficina notarial. También podrán realizar búsquedas en él. La creación de este Registro se enmarca en la apertura a un futuro en el que podrá ser consultado por funcionarios o ciudadanos interesados de otros países europeos, acercando la realidad de la Red Europea de Últimas Voluntades, aún en proyecto, a quienes lo precisen y cumplan los requisitos de acceso y uso.

Reseñas de las principales sentencias del Tribunal Supremo

Publicadas en el primer semestre de 2010

Por la redacción de LA LEY

VIVIENDA FAMILIAR

Doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza y los efectos del derecho al uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia judicial

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 859/2009, de 14 de enero (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos) JU0003785074

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción reivindicatoria de vivienda. La AP Valladolid revocó la sentencia anterior y estimó la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. Doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza y efectos del derecho al uso de la vivienda familiar concedido a uno de los cónyuges mediante sentencia dictada en pleito matrimonial. Recuperación de la vivienda por su propietario en los casos de precario y comodato.

INEFICACIA DE CLÁUSULA TESTAMENTARIA

Ineficacia de la cláusula testamentaria que pretende evitar el cómputo de una donación para el cálculo de la legítima

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 2/2010, de 21 de enero (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) JU0003706182

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda en la que se solicitaba que se declarase la nulidad o ineficacia de dos cláusulas testamentarias. La AP Madrid revocó la sentencia anterior y declaró que el demandante no era deudor del testador y que la donación hecha por éste a su hijo heredero universal debía computarse en el tercio de libre disposición. El Tribunal Supremo Primero declara haber lugar al recurso por

infracción procesal, casa la sentencia de apelación y estima parcialmente la demanda en el sentido de declarar la ineficacia de la cláusula en la que el testador dispuso que no se computase, para fijar la legítima, la donación realizada a uno de sus hijos.

DONACIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES

Nulidad de la donación de participaciones sociales disimulada bajo escritura pública de compraventa

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 25/2010, de 3 de febrero (Ponente: Antonio Salas Carceller) JU0003719097

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de nulidad de compraventa por falta de causa. La AP Madrid revocó la sentencia anterior y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, anula la sentencia de apelación y confirma la de primera instancia. La aceptación del donatario debe constar por escrito, sin que dicha aceptación pueda ser suplida por la suscripción de un contrato de compraventa simulado.

NULIDAD DE HIPOTECA

Actos perjudiciales para el conjunto de acreedores del quebrado. Vinculación de los bienes conyugales comunes

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 82/2010, de 8 de marzo (Ponente: Francisco Marín Castán) JU0003746655

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda sobre nulidad de negocios jurídicos por retroacción de los efectos de la declaración de quiebra. La AP

Zaragoza estimó el recurso de apelación de la sindicatura de la quiebra demandante y amplió la estimación de la demanda acordada en primera instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación de las demandadas. Nulidad de la aportación de fincas por el quebrado y su cónyuge a una sociedad limitada constituida por ellos, de la hipoteca constituida posteriormente sobre las mismas fincas a favor de una sociedad anónima, acreedora del quebrado, y de una presunta cesión, por la sociedad anónima a la sociedad limitada, de unos créditos que aquella decía tener frente al quebrado, cesión en garantía de la cual se había constituido la hipoteca y cuyo precio se pagaba en realidad mediante letras aceptadas por el propio quebrado. Interpretación del art. 878 CCom. Inaplicabilidad del art. 34 LH a favor de la sociedad acreedora por falta de buena fe y gratuidad de la hipoteca.

VECINDAD CIVIL

La pérdida de la vecindad civil vizcaína del causante no excluye los derechos derivados de la troncalidad

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 111/2010, de 11 de marzo (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos) JU0003785159.

Las sentencias de instancia estimaron la demanda en la que los actores solicitaban la declaración en su favor de la condición de herederos abintestato del fallecido con respecto a una finca troncal, así como la declaración de su propiedad sobre dicha finca por terceras partes. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandada.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Nulidad de los acuerdos adoptados en junta general extraordinaria, al hacer caso omiso al requerimiento previo de presencia notarial

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 113/2010, de 16 de marzo (Ponente: Francisco Marín Castán) JU0003758356

El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción de impugnación de acuerdos sociales y declaró nulos los acuerdos impugnados. La AP Guipúzcoa estimó parcialmente el recurso de apelación y revocó la sentencia apelada en el único sentido de señalar que no procede la imposición de las costas devengadas en primera instancia a ninguna de las partes. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la compañía mercantil demandada. Basta la constitución de la junta como universal contra la manifiesta oposición del demandante para viciar de raíz todo su desarrollo por exigirse unanimidad para la válida constitución de la misma. Inaplicabilidad al caso de la jurisprudencia flexibilizadora sobre el art. 108 LSA.

SUCESIÓN HEREDITARIA

Falta de legitimación del tutor para pedir la nulidad del testamento por incapacidad del otorgante —el tutelado— antes de su fallecimiento

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 128/2010, de 23 de marzo (Ponente: Encarnación Roca Trías) JU0003778470

Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda y declararon la nulidad del testamento impugnado y de los actos del testador por los que confería a la demandada la condición de cotitular y/o autorizada en varias cuentas corrientes y fondos financieros. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y anula en parte la sentencia recurrida, desestimando la demanda en lo relativo a la declaración de nulidad del testamento otorgado. Nulidad de diversos actos de disposición entre vivos relativos a cuentas corrientes y fondos financieros. Dichos actos perjudicaban al propio incapaz, en cuyo nombre está legitimado el tutor para actuar.

RETRACTO ARRENDATICIO

Retracto arrendaticio de vivienda y trastero al no existir una transmisión del inmueble como un todo, sino un conjunto de fincas agrupadas, en una sola escritura y con un único precio.

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 125/2010, de 24 de marzo (Ponente: Román García Varela) JU0003761394

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de retracto arrendaticio ejercitada sobre una vivienda y un trastero. La AP Málaga revocó la sentencia anterior y estimó la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos. El derecho de retracto ha de considerarse aplicable no sólo en los casos en que se venda un solo piso o planta destinados a vivienda o local de negocio, sino también a aquellos otros en que el propietario proceda a la agrupación de dos o más y realice la venta conjunta de los mismos por un solo precio, pues, de lo contrario, quedaría a merced de confabulaciones ideadas por los propietarios y los terceros adquirentes de los bienes arrendados, de manera que los propósitos perseguidos por el Legislador se verían frustrados.

LETRA DE CAMBIO

Doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la falta de mención del tomador en la letra de cambio

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 223/2010, de 14 de abril (Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos) JU0003830064

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de nulidad de actuaciones de procedimiento del art. 131 LH. La AP Madrid revocó la sentencia anterior y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, casa la sentencia de apelación y confirma la de primera instancia. La

doctrina jurisprudencial determina que la letra de cambio es incompleta por carecer de un elemento esencial, y carece de valor cambiario cuando a su vencimiento no consta en ella la mención del tomador, aunque la letra esté en poder del librador y no haya pasado a terceros ajenos al negocio causal o el librador haya firmado al dorso de la letra como primer endosante, siempre que no se exprese que ha sido girada a la propia orden.

COMPRAVENTA DE INMUEBLE

Nulidad de la venta de bienes de los hijos menores de edad realizada por el padre sin autorización judicial y sin ratificación del acto por los hijos una vez alcanzada la mayoría de edad

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 225/2010, de 22 de abril (Ponente: Encarnación Roca Trías) JU0003822566

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y la reconvencción y declaró la nulidad de la renuncia efectuada por el padre demandado respecto del patrimonio ganancial que ostentaba con su esposa fallecida, la nulidad de la aprobación y adjudicación de la herencia de la esposa, la titularidad de los hijos demandantes sobre una cuota del piso litigioso que les corresponde por la herencia de su madre y la validez del contrato de compraventa de dicho piso celebrado por el padre. La AP Madrid revocó la sentencia anterior, desestimó la demanda y estimó la reconvencción declarando la nulidad de la renuncia realizada por el padre respecto de su parte del patrimonio ganancial, la nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales y de la escritura de aprobación y protocolización de la herencia de la fallecida, y la vigencia de contrato privado de compraventa del piso. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación presentado por los demandantes, anula la sentencia recurrida y en su lugar declara la nulidad del contrato de compraventa y condena a devolver a los demandantes la finca reivindicada, desestimando la reconvencción.

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

Resolución del contrato por haberse declarado los terrenos rústicos arrendados como suelo urbano

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 248/2010, de 26 de abril (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) JU0003805036

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de extinción de contrato de arrendamiento rústico. La AP Toledo revocó la sentencia anterior y estimó la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. En la sentencia firme que acordaba el acceso a la propiedad del arrendatario, pero antes de haberse fijado el precio que debía satisfacer para hacer efectivo el derecho, se declaró que los terrenos litigiosos pasaban a tener la consideración de suelo urbano.

REVOCACIÓN DE DONACIÓN

Acción de revocación de donación por ingratitud al haberse formulado por la hija donataria escrito de

acusación particular contra la madre donante en el proceso penal seguido por la muerte del esposo y padre

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 261/2010, de 13 de mayo (Ponente: Encarnación Roca Trías) JU0003822564

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda de nulidad de contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos y de revocación de donación por ingratitud. La AP Burgos revocó la sentencia anterior y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. Interpretación del término «imputare» contenido en el art. 648.2.º CC. Declarada la nulidad de la acusación formulada por la hija por falta de legitimación, no puede entenderse que se haya producido una imputación de delito. La expresión «imputare» significa solo persecución judicial por medio de una acción de la que sea titular la persona donataria, y como la hija no podía ejercer la acción penal contra la donante por falta de legitimación, mal le podía imputar un delito.

ACCIÓN RESCISORIA

Acción rescisoria de varios negocios jurídicos referidos a una finca objeto de un proceso anterior

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 293/2010, de 24 de mayo (Ponente: Encarnación Roca Trías) JU0003837386

Las sentencias de instancia desestimaron la acción rescisoria de varios negocios jurídicos referidos a una finca objeto de un proceso anterior. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. No se dan en el caso de autos los requisitos que han de concurrir para el éxito de la acción, ya que la finca litigiosa está en manos de terceros cuya mala fe no se ha probado y no se ha producido ningún perjuicio al demandante con la transmisión de la finca a las sucesivas sociedades adquirentes, ya que en el primer pleito no se admitió el derecho reclamado por el demandante en relación con dicha finca.

SUCESIÓN HEREDITARIA

Inaplicación de la «cautela Socini». El heredero no impugnó las disposiciones testamentarias favorables a su madre por inoficiosidad, sino por no respetar la administración unitaria de los bienes hereditarios

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 339/2010, de 27 de mayo (Ponente: Antonio Salas Carceller) JU0003837398

Las sentencias de instancia desestimaron tanto la demanda, en la que se pedía el establecimiento de una administración imparcial de los bienes de la herencia y la reducción de la cuota legal usufructuaria de la esposa del testador por haber incumplido las obligaciones testamentarias, como la reconvencción, en la que se interesaba que los derechos del demandante quedasen reducidos a su estricta legítima, con obligación de colacionar todos los bienes recibidos a título gratuito del testador. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

PRETERICIÓN

Preterición errónea de una legitimaria cuya filiación extramatrimonial respecto del causante fue declarada después de que éste otorgase testamento: efectos

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 325/2010, de 31 de mayo (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) JU0003846004

Las sentencias de instancia estimaron la demanda y declararon que la actora había sido preterida no intencionalmente

en el testamento de su padre, anularon la institución de heredero, volviéndose a abrir la sucesión del fallecido, y declararon asimismo la nulidad de la partición. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. Nulidad de la partición de herencia por preterición de un coheredero y por intervenir una aparente legataria de parte alícuota. La interpretación del testamento debe referirse al tiempo de su otorgamiento y no al tiempo de la muerte del testador. Anulación de la institución de heredero y apertura de la sucesión intestada. Las hijas del causante recibirán la herencia por partes iguales.

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya

Publicadas en el primer trimestre de 2010

Por Victor Esquirol. Notario de El Masnou

DONACIONES MORTIS CAUSA

1) Las donaciones mortis causa se diferencian fundamentalmente de las inter vivos en que en las primeras el donante se reserva la facultad de revocarlas. 2) No es deducible la cuarta falcidia si el causante no ha ordenado legados en su testamento

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 2/2010, de 7 de enero (Ponente: Carlos Ramos Rubio).

Resumen: En una sucesión abierta en 2004, se plantea si una donación en la que se transmitía una finca de presente con el carácter de irrevocable e *inter vivos*, pero en la que el donante se reservaba la facultad de disponer de la finca para actos *inter vivos* a título oneroso, es una donación *inter vivos* o *mortis causa* y, en el caso de ser cualificada como *mortis causa*, si es reducible por la cuarta falcidia.

1) El TSJC la califica como *mortis causa*, basándose en que para calificar en el Derecho catalán una donación como *mortis causa*, no es determinante si se han diferido o suspendido sus efectos a favor del donatario a la muerte del donante, ya que se admite que se puedan transmitir de presente los bienes donados (art. 395.2 CS), sino que el hecho diferencial es que el donante se reserve la facultad de revocarla.

2) Si el causante no ha gravado al heredero con legados, sino que únicamente ha otorgado donaciones *mortis causa*, el TSJC considera que las donaciones *mortis causa* no son reducibles por la cuarta falcidia, basándose en:

a) La tradición jurídica catalana, que recibió la cuarta falcidia principalmente del derecho justinianeo, reticente a la men-

cionada institución, y que llevó al Preámbulo del CS a afirmar que la única finalidad de la cuarta falcidia era evitar que la institución de heredero quedase reducida al simple *nomen iuris*.

b) Las donaciones *mortis causa* no afectan directamente a la institución de heredero (art. 395 CS), a diferencia de los legados, que la gravan en defecto de disposición expresa del testador (art. 260.1 CS), lo que justifica una limitación legal a la facultad de legar.

c) Es el criterio que sigue en la actualidad el Libro Cuarto del CCCat que configura la cuarta falcidia como una "cuota hereditaria mínima" y en el art. 427-42 excluye expresamente como reducibles las donaciones *mortis causa*.

Comentario: Hay dos cuestiones que, a primera vista, sorprenden en esta sentencia: la primera, la equiparación de la "donación con reserva de la facultad de disponer" a la "donación con reserva de la facultad de revocación", a los efectos de su consideración como donación por causa de muerte; la segunda, la exigencia de la existencia de legados para que las donaciones por causa de muerte sean reducibles por la cuarta falcidia.

1) La consideración de la donación con reserva de la facultad de disponer como donación por causa de muerte choca con el art. 531-20 CCCat, que forma parte del libro dedicado a los derechos reales y no en el libro que regula las sucesiones. Por lo tanto, como dice el TSJC, para calificar la verdadera naturaleza jurídica de la donación debemos acudir al criterio esencial que diferencia los dos tipos de donación, criterio que el tribunal establece en la revocabilidad de las donaciones *mortis causa*, a diferencia del carácter irrevocable por la sola voluntad del donante característico de las donaciones *inter vivos*. Y de este modo, aunque el donante declara que la donación es irrevocable e

inter vivos, el hecho de que se haya reservado la facultad de disponer a título oneroso del bien donado implica que en realidad sí que es revocable, aunque sea de forma tácita. Esta facultad de revocación tácita, aunque el TSJC no lo dice ni la califica como tal, entendemos que puede tener acogida en el régimen legal catalán actual de las donaciones por causa de muerte gracias al art. 432-5, b) CCCat en el que se establece que las donaciones por causa de muerte quedan sin efecto si el donante aliena los bienes donados (en el mismo sentido, el art. 396 CS).

Ahora bien, en mi opinión, la diferencia esencial entre las donaciones *inter vivos* y *mortis causa* no es la revocabilidad de las segundas. Esta diferencia, aunque importante, es en realidad la consecuencia de otra que es de carácter subjetivo: la voluntad del testador de otorgar la donación *mortis causa* en consideración a su muerte. Así resulta de la tradición jurídica catalana y, aunque el CS no lo recogió adecuadamente porque no los definía, en el art. 432-1.1 CCCat se establece que "son donaciones por causa de muerte las disposiciones de bienes que el donante, en consideración con su muerte, otorga en forma de donación aceptada por el donatario en su vida, sin que el donante quede vinculado personalmente por la donación". Por lo tanto, el hecho determinante es que el donante haga la donación en consideración con su muerte, como una forma de planificación sucesoria.

De este modo, la donación con reserva de la facultad de disponer del art. 531-20 CCCat, aunque regulada en el Libro V (relativo a los derechos reales) y no al Libro IV (relativo a las sucesiones), tiene la naturaleza de donación *mortis causa* si el donante lo ha hecho en consideración con su muerte. Así resulta también del art. 432-5, b), el cual declara la ineficacia de la donación por causa de muerte si el donante aliena los bienes donados.

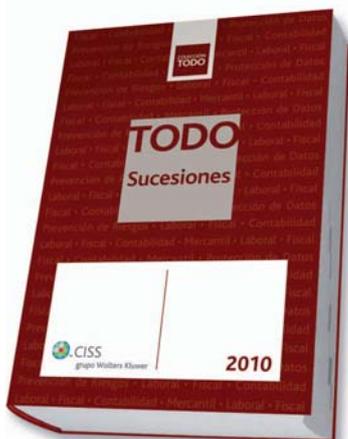
Ahora queda averiguar si en el caso que nos ocupa el donante tenía esta voluntad. Desgraciadamente, la sentencia no nos ofrece el texto completo y literal de la cláusula dispositiva, pero sí que cita que el donante había expresado que le otorgaba con el carácter de irrevocable e *inter vivos* y que solamente se había reservado la facultad de disponer a título oneroso. Estas precisiones son suficientes, en mi opinión, para entender que faltaba el elemento subjetivo inherente a las donaciones por causa de muerte, y por calificar la donación efectuada como *inter vivos*.

2) La segunda cuestión es la relativa a si las donaciones *mortis causa* son reducibles por cuarta falcidia aunque el causante no haya ordenado legados en el testamento. El criterio del TSJC de negar la reducción choca con lo dispuesto en el art. 278. 3 CS que, a efectos de la reducción por la cuarta falcidia, equipara las donaciones *mortis causa* a los legados. Ante la claridad de la norma legal, no me parece que pueda mantenerse la doctrina jurisprudencial, ni siquiera amparándose en la norma del art. 427-42 *in fine* CCCat, que no es aplicable en el caso que nos ocupa de acuerdo con la DT 1ª de la Ley 10/2008.

2) La segunda cuestión es la relativa a si las donaciones *mortis causa* son reducibles por cuarta falcidia aunque el causante no haya ordenado legados en el testamento. El criterio del TSJC de negar la reducción choca con lo dispuesto en el art. 278. 3 CS que, a efectos de la reducción por la cuarta falcidia, equipara las donaciones *mortis causa* a los legados. Ante la claridad de la norma legal, no me parece que pueda mantenerse la doctrina jurisprudencial, ni siquiera amparándose en la norma del art. 427-42 *in fine* CCCat, que no es aplicable en el caso que nos ocupa de acuerdo con la DT 1ª de la Ley 10/2008.

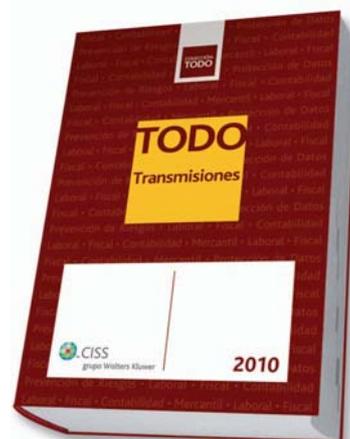
TODO Sucesiones 2010

Páginas: 956
Encuadernación: Flexbinder
ISBN: 978-84-8235-931-1



TODO Transmisiones 2010

Páginas: 984
Encuadernación: Flexbinder
ISBN: 978-84-8235-934-2



Todo lo que necesita para la gestión del Impuesto sobre Transmisiones y del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

Recogen toda la información actualizada desde un punto de vista muy práctico, para la gestión del Impuesto sobre Transmisiones.

Le ofrecen las claves para un conocimiento global de los impuestos, apoyándose para ello en la experiencia de autores especializados en la materia y añadiendo a cada punto tratado un amplio abanico de ejemplos y casos prácticos que facilitan al máximo su comprensión.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles

Publicadas en el primer semestre de 2010

Por Fernando Agustín Bonaga. Notario de Calatayud

1. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO

Resolución de 27 abril 2010 (BOE 150, de 21 de junio de 2010: 9827)

Admite la prórroga de una anotación preventiva de embargo que caducó en día inhábil y respecto de la cual se presentó el mandamiento de prórroga el día hábil siguiente. No se aplica la regla del art. 5 del Código civil, sino que el cómputo de los plazos establecidos por el Reglamento Hipotecario tiene su propia regulación en su art. 109; en particular, los fijados por meses o años se computan de fecha a fecha y si el último día es inhábil, se prorrogan hasta el primer día hábil siguiente.

Resolución de 22 abril 2010 (BOE 153, de 24 de junio de 2010: 10032)

Deniega la prórroga de una anotación preventiva de embargo, por haberse presentado el mandamiento una vez transcurrido el plazo de vigencia de la anotación de 4 años (art. 86 LH). Nada cambia el hecho de que el mandamiento se hubiese presentado en plazo, pero por error, en Registro incompetente; sin perjuicio de que, al concurrir razones de urgencia, podía haberse pedido al Registro del lugar del otorgamiento que solicitase el asiento de presentación en el Registro competente mediante la remisión de telecopia (art. 418-a RH).

Resolución de 11 marzo 2010 (BOE 99, de 24 abril de 2010: 6515)

Deniega la cancelación de una anotación preventiva de embargo a favor de la Agencia Tributaria por caducidad, al

haber pasado 6 meses desde la prórroga del embargo (art. 81 LGT), aportando certificado de la Agencia acreditativo de estar al corriente en sus obligaciones tributarias, pero a los solos efectos de obtener una subvención pública.

El plazo del art. 81 se refiere a la duración del embargo como medida cautelar, pero no a la duración de su anotación preventiva, al que se le aplica el plazo general de 4 años de duración de las anotaciones (art. 86 LH). Es decir, que el plazo de 6 meses es para ordenar la conversión del embargo preventivo en definitivo, y el de 4 años para presentar en el Registro el mandamiento. Además la certificación, expedida a los solos efectos de obtener una subvención, no acredita el pago de la concreta cantidad cuya reclamación motivó la anotación.

Resolución de 5 noviembre 2009 (BOE 7, de 8 de enero de 2010: 340)

Caducado el asiento de presentación de un mandamiento de embargo, el Registrador despacha una escritura posterior en la que el deudor vende a un tercero. Presentado de nuevo el mandamiento judicial de embargo, la Dirección deniega su anotación por aparecer el procedimiento enablado contra una persona, el deudor, distinta del titular registral (principio de tracto sucesivo). Aunque en el momento de adoptarse la resolución judicial la finca aún perteneciese al deudor, se ha dejado caducar el asiento, por lo cual procede despachar los títulos posteriores que cierran el Registro a los títulos incompatibles presentados después (principio de prioridad).



2. ARRENDAMIENTO

Resolución de 5 abril 2010 (BOE 126, de 24 de mayo de 2010: 8287)

Se refiere a la escritura de compraventa, otorgada el 18 de junio de 2009, de una finca rústica en cuyo folio registral consta un arrendamiento por nota marginal de 9 de septiembre de 1935 (vigente pues la LAR-1935). Los otorgantes de la escritura manifiestan la libertad de arrendamientos. La Dirección admite la inscripción de la compra-venta sin necesidad de cancelar o aclarar la subsistencia del arrendamiento, por estas razones:

- De la calificación impugnada sólo resulta la constancia del arrendamiento mediante la nota al margen de la inscripción de dominio del arrendador, que la LAR-1935 exigía a los meros efectos de coordinación; pero no consta la inscripción en sí del arrendamiento (la cual debería haberse practicado en un Libro especial).
- La LAR-1935 no condicionaba la inscripción de la transmisión a la notificación al arrendatario para garantizar su derecho de adquisición preferente (introducido en 1980).
- Aunque no consta su duración, sin duda el arrendamiento ya no estaba vigente al otorgarse la escritura calificada, pues en la Ley estatal 1/1992 de Arrendamientos Históricos la máxima prórroga posible no puede exceder de 2002 (y la Ley valenciana sobre la misma materia no resulta aplicable por falta de solicitud de reconocimiento en el plazo de 2 años desde su entrada en vigor).

3. BIENES PÚBLICOS Y DERECHOS DE LA ADMINISTRACIÓN

A) Concesiones Administrativas

Resolución de 6 abril 2010 (BOE 132, de 31 de mayo de 2010: 8660)

Declara inscribible, sin necesidad de autorización administrativa, la venta a cuatro compradores de sendas participaciones indivisas de una finca de propiedad privada, aunque accesoria a una concesión administrativa de ferrocarril de servicio particular. Ni de los antecedentes ni de la inscripción de la finca accesoria resulta su afectación a la concesión; tampoco en la inscripción de ésta hay nota marginal de incorporación de tal finca accesoria. Ya desde la Real Orden de 26 de febrero de 1867 este tipo de fincas quedan sometidas al régimen registral común, debiendo entenderse que no forman parte de la obra pública por no constar que se destine directa y exclusivamente a su servicio o explotación.

Tampoco es obstáculo que la determinación cuantitativa de la concreta cuota transmitida a tres de los cuatro adquirentes se altere posteriormente por acuerdo entre la parte vendedora y cada uno de los tres adquirentes afectados, sin intervención del cuarto. Se trata de cuatro ventas diferentes y la participación que ostenta la vendedora es muy superior a la que corresponde a la sociedad no compareciente.

B) Expropiación

Resolución de 19 abril 2010 (BOE 138, de 7 de junio de 2010: 9074)

Deniega la inscripción de una expropiación forzosa, porque al tiempo de presentarla, la finca está inscrita a nombre de persona que no ha intervenido en el procedimiento y que adquirió mediante subasta en ejecución de hipoteca que gravaba dicha finca.

Esta solución viene impuesta por el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y los principios registrales de legitimidad, tracto sucesivo, prioridad y protección del tercero hipotecario.

4. CANCELACIÓN DE ASIENTOS

(Ver también: «tracto sucesivo»; y el subepígrafe «cancelación» dentro de «hipotecas»)

Resolución de 3 marzo 2010 (BOE 82, de 5 de abril de 2010: 5442)

Deniega la cancelación de varios asientos solicitada mediante instancia privada acompañada de fotocopias de providencias judiciales, porque sólo puede acceder al Registro la documentación auténtica y pública. Pero además, hay otros obstáculos:

- Se pretende cancelar una anotación de embargo que motivó una adjudicación inscrita, que a su vez sirvió de tracto a transmisiones posteriores. La anotación ya fue cancelada en su día por mandamiento judicial; los otros asientos subsisten pero están bajo la salvaguarda de los Tribunales, por lo que sólo cabe rectificarlos por las vías del art. 40 LH.
- También se pretende la cancelación de una anotación de demanda del incidente de nulidad de actuaciones en un procedimiento judicial. La anotación no puede cancelarse porque nunca se practicó, al ser denegada en su día por falta de notificación a titulares posteriores.

5. CONDICIÓN RESOLUTORIA

Resolución de 9 marzo 2010 (BOE 99, de 24 de abril de 2010: 6513)

En su día se inscribió un derecho de superficie sujeto a la condición resolutoria de construir un centro que debería estar en funcionamiento en una fecha determinada, de modo que, sobrepasada ésta, bastase para hacer constar la reversión a favor del Ayuntamiento cedente, un acta notarial acreditativa de que, tras cuatro visitas notariales, no hubiese persona ni actividad en el local. Con posterioridad se inscribieron una hipoteca y dos embargos por deudas del superficiario.

La Dirección deniega ahora la reversión automática pretendida en virtud de un acta notarial autorizada en los términos previstos, pues esta enérgica forma de autotutela debe examinarse con todo tipo de cautelas. En este supuesto no concurre

ninguno de los medios aptos para la constancia registral del cumplimiento o incumplimiento de una condición (R. 8 mayo 1992); ni constancia fehaciente e incontestable de la realidad del hecho en qué consiste; ni consentimiento de los titulares registrales afectados; ni resolución judicial. Para la práctica de la reversión sería necesario al menos el conocimiento de todos los titulares registrales afectados, para que pudieran oponerse, o resolución judicial (art. 40 LH).

Resolución de 8 marzo 2010 (BOE 99, de 24 de abril de 2010: 6512)

En su día se transmitió una vivienda a cambio de una pensión, estableciéndose condición resolutoria en caso de impago de tres mensualidades. La condición causaría estado en el Registro de la Propiedad con la mera presentación del título y acta notarial de requerimiento de pago al deudor sin que éste justificase documentalmente el pago reclamado en plazo de doce días.

Ahora el Registrador deniega la resolución mediante acta de requerimiento en los términos pactados, pero que no fue entendida con el requerido, sino con quien dijo ser su esposa. La Dirección no obstante aplica el art. 202 RN y entiende que, para que un acta de requerimiento surta todos sus efectos no es imprescindible que se entienda directamente con el requerido. No entra en otras cuestiones no suscitadas, como la falta de advertencia a la receptora de la cédula de su obligación de hacerla llegar al destinatario.

6. DEPÓSITO DE CUENTAS Y CIERRE REGISTRAL

Resolución de 1 de marzo 2010 (BOE 82, de 5 de abril de 2010: 5440)

Deniega la inscripción de una escritura de cese y nombramiento de administrador de una sociedad limitada, la cual tiene su hoja registral mercantil cerrada por falta de depósito de cuentas, y además ha causado baja provisional en el Índice de Entidades de la Agencia Tributaria.

Ambos tipos de cierre registral tienen diferente alcance. El debido a falta de depósito de cuentas tiene como excepción el cese de administrador (aunque no así el nombramiento de uno nuevo). Sin embargo, las únicas excepciones al cierre por baja provisional en el Índice de Hacienda son: la certificación de alta en dicho Índice; y los asientos ordenados judicialmente; pero no el nombramiento de administradores, ni su cese (porque el cierre es precisamente consecuencia del incumplimiento de obligaciones fiscales, de las que puede responder el administrador).

Resolución de 8 febrero 2010 (BOE 82, de 5 de abril de 2010: 5439)

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una SL, por falta de depósito de cuentas (en concreto de los 3 últimos años, por remisión a la R. 3 octubre 2005). Dado que el cierre afecta a los documentos presentados una vez transcurrido un año desde el fin del ejer-

cicio, y dado que el título calificado se presentó en diciembre de 2008, las cuentas cuyo depósito se precisa para levantar el cierre serían las de 2004, 2005 y 2006 (si la presentación se hubiese hecho unos días después, en enero de 2009, las cuentas hubiesen sido las de 2005, 2006 y 2007).

7. EMBARGO Y APREMIO

(Ver también «anotación preventiva» y «registro de bienes muebles»)

Resolución de 2 marzo 2010 (BOE 82, de 5 de abril de 2010: 5441)

Para poder extender la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas en un procedimiento de ejecución, es necesaria la previa constancia registral del derecho del ejecutante. Esta constancia sólo puede tener lugar mediante anotación preventiva de embargo o inscripción de hipoteca (art. 143 RH; arts. 659 y 674 Lec).

Por ello, la Dirección deniega la práctica de la nota ordenada en un procedimiento de ejecución de una sentencia de división de cosa común. Es cierto que la ausencia de nota genera el peligro de que surja un tercero hipotecario antes de la presentación del auto de adjudicación [es lo que ocurrió en la R. 19 febrero 2009; infra.]. Pero lo procedente hubiese sido haber pedido anotación preventiva de demanda de ejercicio de acción de división.

8. EXCESO/DISMINUCIÓN DE CABIDA

Resolución de 10 marzo 2010 (BOE 99, de 24 de abril de 2010: 6514)

Inmatriculada una finca lindante por el Norte con acequia y por el sur con propiedad privada y brazal, conforme a certificación catastral descriptiva y gráfica totalmente coincidente, se deniega ahora la registración de un exceso de cabida, justificado mediante certificación técnica, en el que se describen lo que antes eran los linderos acequia y brazal, como parte integrante de la finca.

La certificación técnica no es medio incontestable para hacer constar un exceso de cabida, sino que también hace falta que el Registrador no albergue dudas sobre la identidad de la finca (art. 298-3-5 RH), que en este caso están justificadas.

Resolución de 2 febrero 2010 (BOE 82, de 5 de abril de 2010: 5437)

En relación con un acta de presencia y notoriedad para inscribir un exceso de cabida, la Dirección resuelve:

- No están fundadas las dudas del Registrador sobre la identidad de la finca, pues ésta no procede de segregación (al revés, es resto tras restar la superficie objeto de dos segregaciones para ampliar las calles colindantes); además, el exceso aparece en certificación catastral descriptiva y gráfica.



- Siendo colindante la finca con dos vías públicas, debería haberse notificado el acta al Ayuntamiento de Madrid, pues el art. 38 Ley Patrimonio AAPP así lo exige cuando se trata de inscribir excesos de cabida de fincas colindantes con las de la Administración.

9. HIPOTECA

A) Cambiaria

Resolución de 12 febrero 2010 (BOE 99, de 24 de abril de 2010: 6510)

Declara inscribible una cancelación de hipoteca cambiaria, en la cual no se acredita la inutilización de las letras (como en general exige el art. 156 LH), pero se hace constar la exhibición al notario del certificado previsto en el art. 45 Ley Cambiaria (cuando la portadora de la letra sea una entidad de crédito, podrá entregar al librado que pague, en lugar de la letra original, un documento acreditativo del pago en el que se identifique suficientemente la letra, que «tendrá pleno valor liberatorio para el librado frente a cualquier acreedor cambiario»). Confirma la doctrina de la Resolución de 31 mayo 2003.

B) Cancelación

Resolución de 15 febrero 2010 (BOE 120, de 17 de mayo de 2010: 7922)

Deniega la cancelación de dos hipotecas en garantía de obligaciones al portador, pretendida en virtud del art. 82-5 LH, porque en la escritura de constitución, de día 5 de noviembre de 1987, se estipuló como fecha de cumplimiento el 5 de noviembre de 1988, pero estableciendo que, llegado tal día sin pago ni reclamación del tenedor, se prorrogaría el plazo hasta un máximo de 10 años. Por tanto, el plazo de 20 años (más el año siguiente sin constancia registral en contra) para la prescripción de la acción hipotecaria, debe contarse desde el 5 de noviembre de 1998.

Resolución de 23 marzo 2010 (BOE 114, de 10 de mayo de 2010: 7481)

Accedieron al Registro sucesivamente: una cesión de finca con condición resolutoria; una constitución de hipoteca por el cesionario en garantía de una deuda suya; la resolución de la cesión y la recuperación del bien por los cedentes (pero sin cancelación de la hipoteca; cuestión sobre la cual la Dirección no entra por tratarse de un asiento ya practicado); y el embargo del crédito hipotecario por deudas del acreedor con la Agencia Tributaria.

Ahora la Dirección deniega la inscripción de una escritura de cancelación de hipoteca en la que sólo consta el consentimiento del acreedor hipotecario, pero sin conferir carta de pago de la deuda garantizada. La cancelación de la hipoteca llevaría consigo la cancelación de la anotación de embargo, y por ello requiere el consentimiento expreso de la Agencia Tributaria, o resolución judicial firme. Además en este caso, como el acreedor nada ha cobrado, el embargante afectado ni siquiera puede contar con el depósito de cantidad alguna.

Resolución de 17 febrero 2010 (BOE 99, de 24 de abril de 2010: 6511)

Aplica los arts. 688-2 Lec y 131 final LH: si consta en el Registro la nota marginal de expedición de certificación de cargas en procedimiento de ejecución, en tanto no se cancele por mandamiento judicial, el Registrador no puede cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución. Así, deniega la cancelación de hipoteca en garantía de letras de cambio, pretendida en virtud de acta de exhibición de las mismas acreditativa de su pago, por haberse emitido en su día tal nota marginal.

No procede equiparar tal nota con la anotación preventiva de embargo y aplicar al plazo de caducidad de cuatro años propio de ésta.

De cara a la posible cancelación por caducidad ex art. 82 párrafo quinto LH: la nota marginal interrumpe la prescripción de la acción hipotecaria (R. 8 marzo 2005), pero procede reiniciar el cómputo de los plazos de este párrafo desde la fecha en que la nota se extendió (R. 4 junio 2005).

C) Novación

Resolución de 6 mayo 2010 (BOE 150, de 21 de junio de 2010: 9829)

Declara inscribible una escritura de prórroga del plazo de un préstamo hipotecario otorgada después de haber vencido el plazo inicial (aunque la Dirección no lo considera trascendente, en este caso incluso hay un documento privado de fecha no fehaciente anterior al vencimiento en el que las partes acuerdan la prórroga). La prórroga del plazo no supone la constitución de una nueva obligación y no exige constituir una nueva hipoteca. El carácter extintivo de la novación no se presume, salvo terminante declaración de las partes, o que la obligación resultante de la modificación sea incompatible con la antigua (art. 1204 Cc), cosa que aquí no ocurre, ya que la alteración del plazo se pacta precisamente para facilitar el cumplimiento de la obligación inicial. El vencimiento del plazo no tiene como efecto la extinción de la obligación, sino la efectividad de la hipoteca en caso de incumplimiento. El art. 144 LH admite la posibilidad de modificaciones de la obligación hipotecaria (entre ellas la espera), que no surtirán efectos contra tercero si no se hacen constar en el Registro. Además, la ampliación del plazo del préstamo es un supuesto de novación modificativa para el art. 4 de la Ley 2/1994.

Por otro lado la Dirección recuerda que las Leyes 24/2001 y 24/2005 han introducido en el procedimiento registral las garantías propias del procedimiento administrativo reglado, lo cual implica que las calificaciones deben ser escritas, no pueden ser sucesivas ni cabe trasladarlas a un momento posterior (en la calificación del supuesto, el Registrador dice que cuando se subsane el defecto a que se refiere el párrafo anterior, comunicará otros defectos), deben estructurarse como un acto administrativo (con expresión ordenada de hechos y fundamentos de derecho; con y pie de recurso), y si son negativas deben motivarse.

Resolución de 24 noviembre 2009 (BOE 7, de 8 de enero de 2010: 352)

Declara inscribible una escritura de prórroga del plazo de un préstamo hipotecario otorgada después de haber vencido el plazo inicial, sin que esto suponga la constitución de una nueva obligación y una nueva hipoteca (dado el carácter accesorio de ésta). El carácter extintivo de la novación no se presume, salvo terminante declaración de las partes, o que la obligación resultante de la modificación sea incompatible con la antigua (art. 1204 Cc), cosa que aquí no ocurre, ya que la alteración del plazo se pacta precisamente para facilitar el cumplimiento de la obligación inicial. El vencimiento del plazo no tiene como efecto la extinción de la obligación, sino la efectividad de la hipoteca en caso de incumplimiento.

D) Unilateral

Resolución de 4 marzo 2010 (BOE 82, de 5 de abril de 2010: 5443)

Primero se inscribió una hipoteca unilateral cuya aceptación quedó pendiente; dos años después se extendió nota marginal de expedición de certificación de cargas en procedimiento de ejecución de dicha hipoteca; y dos años después se presenta escritura en que la parte hipotecante solicita la cancelación de la hipoteca (aportando acta que acredita la práctica de la notificación al acreedor y el transcurso del plazo de 2 meses, en la forma prevista en art. 141 LH).

La Dirección deniega la cancelación. La hipoteca unilateral, una vez inscrita, existe y recoge todos los elementos requeridos para su constitución, sin perjuicio de los efectos de una posible no aceptación, de modo que la inscripción crea un derecho potestativo para el acreedor y una oferta vinculante para el constituyente (R. 16 mayo 2005). Además, en este caso al constar en el Registro la expedición de la certificación de cargas en procedimiento ejecutivo, el Registrador no puede cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución (art. 688-2 Lec).

10. INMATRICULACIÓN

A) Por título público adquisitivo

Resolución de 16 noviembre 2009 (BOE 7, de 8 de enero de 2010: 347)

Se pretende una inmatriculación por la vía del art. 205 LH: como documento fehaciente anterior, se aportan unas capitulaciones matrimoniales con pacto de separación de bienes y liquidación de gananciales (en la que la finca se adjudica por mitades indivisas a los cónyuges); y como título inmatriculable, una escritura de aportación a la nueva sociedad de gananciales que ambos han creado entre medio (8 días después de haber disuelto los primeros gananciales).

Las simples sospechas del Registrador acerca de la realidad del negocio jurídico no bastan para suspender la inscripción, pero en este caso la Dirección considera que estamos ante transmisiones instrumentales, títulos aparentes otorgados pa-

ra conseguir la inmatriculación, pues la situación al final del proceso inmatriculador es la misma que existía al iniciarlo.

Cita en los vistos la R. 21 mayo 2007 (BOE 15 de junio de 2007) y se remite expresamente a la R. 11 marzo 2006 (BOE 92, de 18 de abril de 2006: 6913).

B) Por título judicial

Resolución de 8 abril 2010 (BOE 126, de 24 de mayo de 2010: 8288)

Deniega la inmatriculación de una finca por expediente de dominio, porque el auto no concreta la participación indivisa en que adquiere cada condueño, ni el carácter ganancial, privativo o presuntivamente ganancial con que adquirió el condueño casado, y sin que tales extremos puedan deducirse al no resultar del auto cuál fue el título de adquisición. Todos estos extremos entran indudablemente en el ámbito de la calificación registral de los documentos judiciales.

Resolución de 10 noviembre 2009 (BOE 7, de 8 de enero de 2010: 343)

Declara inscribible una sentencia recaída en juicio declarativo ordinario, que ordena cancelar una previa inscripción inmatriculadora, y proceder a la inscripción a favor del actor. No procede exigir los requisitos de las inmatriculaciones pues al inscribirse la sentencia no queda desinmatriculada la finca, sino que formalmente estaremos ante una inscripción segunda.

Pero aunque hubiese inmatriculación, la obtenida mediante procedimiento declarativo ordinario no precisa de las garantías que los arts. 205 LH y 298 RH exigen para los títulos notariales (doble título público, publicación de edictos y suspensión de los efectos de la inscripción durante 2 años). Tampoco son precisas tales garantías en las inmatriculaciones por expedientes de dominio, o certificaciones y reparcelaciones administrativas. Lo que sí se exige en toda inmatriculación es la certificación catastral descriptiva y gráfica de la Ley 13/1996.

C) Legados

Resolución de 18 enero 2010 (BOE 58, de 8 de marzo de 2010: 3802)

El testamento del causante, además de instituir heredera, ordenaba dos legados: el de unos inmuebles a una fundación «en constitución»; y el de fondos de inversión «a favor de la Iglesia Católica». En la escritura de aceptación y partición de herencia, sobre cuya calificación se discute, la heredera alegó que la fundación no se llegó a constituir y, por tanto, el legado ordenado en su favor quedó nulo por atribuirse a persona inexistente; a continuación acordó con el representante de la Archidiócesis de Burgos, transformar el legado de fondos por el legado de cuatro fincas de las inicialmente legadas a la fundación.

La Dirección no descarta que efectivamente el legado a la fundación haya quedado ineficaz (la voluntad del testador es la ley de la sucesión; y el testador ni constituyó la fundación en vida, ni ha expresado una voluntad constitutiva que incluya elementos esenciales, como los fines fundacionales); sin em-



bargo, aun cuando a falta de albacea compete al heredero interpretar y ejecutar el testamento, no puede por sí mismo declarar ineficaz una disposición como la presente, sino que hace falta resolución judicial. En cuanto a la modificación del objeto de legado a la Iglesia, hasta que no se declare judicialmente la ineficacia del legado a la fundación, los bienes legados a ésta no son disponibles por la heredera.

11. MEDIOS DE PAGO

Resolución de 12 noviembre 2009 (BOE 7, de 8 de enero de 2010: 345)

Resolución de 5 marzo 2010 (BOE 82, de 5 de abril de 2010: 5444)

Ambas resoluciones reiteran la doctrina general de la Dirección sobre interpretación de los arts. 24 LN (redactado por Ley 36/2006, 29 noviembre) y 177 RN (cuya redacción por RD 1804/2008 3 noviembre, es aún más rigurosa), en materia de acreditación de los medios de pago en los actos sobre inmuebles.

- Los importes en metálico, sean anteriores o coetáneos a la escritura, han de ser manifestados en ella por los comparecientes.
- En caso de pago por transferencia o domiciliación, sea anterior o coetánea a la escritura, los comparecientes deben manifestar en ella los códigos de las cuentas de cargo y abono.
- En caso de pago por cheque u otro instrumento de giro:
 - Si es simultáneo a la escritura, el Notario incorporará testimonio; además, si es cheque bancario o similar, el compareciente debe manifestar el código de la cuenta contra la que se aportaron los fondos.
 - Si es anterior a la escritura los comparecientes, además de los datos exigidos por el art. 24 LN [cuantía y clase de cada medio de pago; en su caso, si es nominativo o al portador], deben manifestar la numeración y el código de cuenta de cargo; y en caso de cheque bancario o similar, el código de la cuenta con cargo a la cual se aportaron los fondos.
- Si los comparecientes se negasen a aportar alguno de los anteriores datos o documentos, el Notario lo hará constar en la escritura, la cual no se inscribirá en el Registro de la Propiedad (art. 254-3 RH).
- La forma y corrección de la constancia notarial de los medios de pago queda bajo la competencia registral (sin que quepa alegar: ni la analogía con el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas; ni la interpretación literal del art. 254-3 que parece limitar la calificación registral al único caso de negativa de los comparecientes a identificar los medios de pago).
- El art. 177 RN no tiene por objeto regular la forma de los pagos, sino la forma de su constancia en los instrumentos públicos, por lo tanto las sucesivas redacciones dadas al mismo serán de aplicación a los documentos otorgados

durante sus respectivos períodos de vigencia, aunque los pagos hubiesen sido anteriores.

- Las normas vigentes no exigen la constancia de la persona a cuyo favor se libra el instrumento de giro cuando éste sea nominativo, por ello resulta admisible a efectos registrales (sin perjuicio de las normas fiscales y sobre blanqueo de capitales), que un instrumento de cobro integrante del precio pueda estar librado a nombre de quien no sea el acreedor.

Además y en particular,

La R. 12 noviembre 2009 (BOE 7, de 8 de enero de 2010: 345) afirma que el régimen sobre obligación de acreditar los medios de pago se refiere a pagos anteriores o coetáneos el otorgamiento de la escritura, pero no a pagos aplazados (sin perjuicio del deber de hacer constar la forma en que se ha convenido el pago ex art. 10 LH). Confirma la R. 9 julio 2009 (BOE 213, de 3 de septiembre de 2009: 14198).

La R. 5 marzo 2010 (BOE 82, de 5 de abril de 2010: 5444) no considera acreditados los medios de pago por la mera remisión a un documento unido, del que resulta que los importes fueron ingresados en cuenta en cada fecha, pero sin precisar si en metálico, o por cheque, transferencia o domiciliación.

12. MENCIONES

Resoluciones de 1 febrero 2010 (BOE 82, de 5 de abril de 2010: 5436)

Se solicita por instancia la cancelación de una expresión contenida en la inscripción de una finca, relativa a una disminución de cabida como consecuencia de una expropiación. Esa expresión es una verdadera mención, referida a un derecho —el demanio— que debería ser objeto de inscripción separada y especial (supuesto similar al de R. 26 julio 2007).

Como mención que es, no debería haber tenido acceso al Registro en su día. Sin embargo, la Dirección deniega ahora su cancelación, porque con posterioridad a la inscripción que contiene la mención, la porción expropiada fue inmatriculada como finca independiente. Así, de cancelarse ahora la referencia a la disminución de cabida, se estaría produciendo una doble inmatriculación.

13. NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL Y NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN DE EXTRANJERO

Resolución de 25 marzo 2010 (BOE 114, de 10 de mayo de 2010: 7483)

* A los efectos de cumplir la obligación legal de acreditación del NIF en actos de trascendencia inmobiliaria y tributaria (arts. 23 LN y 254 LH), recapitula la normativa aplicable:

- En general, el NIF se puede acreditar mediante exhibición de: documento expedido a tal fin por la Administración tributaria; documento nacional de identidad; o documento

oficial de asignación de número personal de identificación de extranjero (art. 18-2 RD 1065/2007, de 27 julio).

- Para las personas físicas extranjeras, el NIF será el número de identidad de extranjero (art. 20-1 mismo RD). Todo extranjero a quien se le haya expedido autorización para permanecer en España más de 6 meses, obtendrá tarjeta de identidad de extranjero (art. 4-2 LO 4/2000, de 11 enero).
- Los ciudadanos comunitarios residentes en España por más de 3 meses deben inscribirse en el Registro Central de Extranjeros y obtener un certificado de registro que incorpore su número de identidad de extranjero (RD 240/2007, de 16 de febrero). El Notario los identificará mediante su documento de identidad o pasaporte, documentos que deberán ser convenientemente reseñados en la escritura en unión del NIF cuando proceda [No obstante, conviene recordar que el art. 23 c) LN exige que el documento de identidad tenga, además de foto, firma; lo cual no ocurre en el documento rumano o el francés].
- El número de identidad de extranjero está formado por nueve caracteres: letra X, siete números y una letra de control (OMI 7 febrero 2007, modificada por Orden INT/2058/2008 de 14 de julio).

* En el supuesto resuelto, la Dirección considera que el número de tarjeta de residencia de la otorgante (francesa) consignado en la escritura, es su número personal de identificación de extranjero y, consecuentemente, su NIF. Remite a las dos Resoluciones. 3 diciembre 2007 (BOE de 15 de enero de 2008: 684 y 685) sobre supuestos similares, misma Notaria y mismo Registrador.

Resolución de 5 marzo 2010 (BOE 82, de 5 de abril de 2010: 5444)

Es preciso hacer constar el NIF de las dos sociedades administradoras de la sociedad vendedora, en representación de las cuales comparecen sus propios administradores personas físicas (los arts. 254-2 Lh y 156-5 RN exigen que se indiquen los NIF de los comparecientes y de las personas o entidades en cuya representación actúan, y el hecho de que actúen representando a quien, a su vez representa a la entidad vendedora, no supone una excepción).

14. OBRA NUEVA

A) En general

Resolución de 15 enero 2010 (BOE 44, de 19 de febrero de 2010: 2712)

No cabe acreditar una licencia municipal de obras por oficio del Concejal de Urbanismo. Sí sería posible que el Alcalde comunicase directamente la licencia al Notario. Pero en general corresponde al Secretario del Ayuntamiento el control del acto administrativo, lo que supone no sólo dar fe del mismo, sino también de su validez, legalidad y vigencia.

No impide la inscripción el hecho de que la superficie total construida de la obra que se declara exceda de la superficie computable urbanísticamente, pues hay superficies construidas que no se computan a estos efectos, como por ejemplo las construidas bajo rasante. Además la certificación del Arquitecto expresa la conformidad de lo construido con el proyecto.

B) Libro del edificio (y demás requisitos del art. 19 ls)

Resolución de 9 enero 2010 (BOE 44, de 19 de febrero de 2010: 2710)

Continuando la sucesión de resoluciones que últimamente vienen sentando la doctrina de la Dirección en esta materia, confirma e interpreta la prohibición de autorizar e inscribir declaraciones de obra nueva terminada o actas de fin de obra sin la acreditación documental de los extremos exigidos por el art. 19-1 LS, que según la Resolución-Circular de 26 de julio de 2007, son el seguro decenal y el Libro del Edificio, debiendo hacer constar el Notario en la escritura la existencia de éste y la disponibilidad del promotor para cumplir con su obligación de entregar un ejemplar del mismo a cada uno de los usuarios del edificio.

La Dirección resuelve que no es preciso acreditar en la declaración de obra requisitos de los que no depende la adquisición de la propiedad sobre lo edificado según la legislación común y la autonómica. Por tanto, en la declaración de obra no es preciso acreditar la obtención de la licencia de ocupación. La Dirección entiende constantemente que la referencia del art. 19-1 LS a la acreditación documental de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística, «no puede entenderse sino como relativa a la licencia de edificación».

Además, esta resolución afirma que el art. 19 de la Ley del Suelo de 2007 (así como las anteriores normas sobre esta materia) no tiene por objeto regular los requisitos de ejecución de las obras, sino los de su documentación e inscripción. Por lo tanto, las sucesivas redacciones legales en la materia serán de aplicación a los documentos otorgados durante su vigencia aunque las obras se hayan ejecutado en un momento anterior.

C) Obra antigua (art. 52 RD de 4 de julio de 1997)

Resolución de 26 marzo 2010 (BOE 114, de 10 de mayo de 2010: 7484)

Se refiere a una escritura de declaración de vivienda unifamiliar, cuya descripción y antigüedad (superior a 15 años) se acreditan mediante certificado de perito judicial inmobiliario. La Dirección no considera defectos que impidan la inscripción: ni las diferencias de cabida entre el Registro, el título y el catastro, pero de modo que la obra «cabe» sobradamente en cualquiera de las tres cabidas (eso sí, hasta que la diferencia no se justifique debidamente, se mantendrá la cabida registrada); ni el hecho de que la certificación



catastral incluya un almacén no recogido en la declaración de obra (en este momento interesa sólo la inscripción de la vivienda); ni el hecho de que la escritura diga que la superficie de parcela ocupada por la edificación es de 126'75 metros cuadrados, mientras que el certificado técnico alude a una «superficie ocupada» de 2531 metros cuadrados (este segundo dato es sin duda una expresión defectuosa del técnico, pues tal cifra corresponde a la cabida total de la parcela; y sin embargo el resto del certificado confirma que la superficie ocupada en planta por la edificación es de 126'75 metros cuadrados).

Sí existe defecto en la falta de certificado del Colegio oficial al que pertenece el técnico certificante, acreditativo de las facultades de éste a efectos del art. 50 RD 1093/1997.

Resolución de 4 diciembre 2009 (BOE 16, de 19 de enero de 2010: 857)

En una declaración de obra referida a una edificación antigua, la descripción de la edificación y su antigüedad pueden acreditarse por el mismo, o por diferentes medios siempre que no exista duda fundada de que uno y otro medio se refieren a la misma edificación. Por ello, la Dirección deniega la inscripción de una declaración de obra, basada en una certificación de Arquitecto que no identifica suficientemente la finca, pues se limita a citar los titulares colindantes según el Registro, divergiendo en cuanto al nombre del paraje, que tampoco coincide con la certificación catastral. Además, se han interpuesto denuncias por autoridades de la zona contra declaraciones de obra basadas en certificaciones falsas de prescripción de infracciones urbanísticas, seguidas de ventas a terceros de buena fe.

Resoluciones de 21 noviembre 2009 (BOE 7, de 8 de enero de 2010: 351)

En su día se inscribió una escritura de obra nueva que incorporaba certificado técnico acreditativo de una antigüedad superior a 5 años. Ahora la Dirección entiende inscribible una subsanación que incorpora certificado técnico acreditativo de una antigüedad anterior al año 2000. No hay incompatibilidad entre ambas afirmaciones. Tampoco es obstáculo que la obra no figure en el Catastro, pues la declaración se hace en virtud de otro medio legalmente admitido.

15. PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

A) Tracto sucesivo

Resolución de 19 abril 2010 (BOE 138, de 7 de junio de 2010: 9074)

Deniega la inscripción de una expropiación forzosa, porque al tiempo de presentarla, la finca está inscrita a nombre de persona que no ha intervenido en el procedimiento y que adquirió mediante subasta en ejecución de hipoteca que gravaba dicha finca.

Esta solución viene impuesta por el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y los principios registrales de

legitimidad, tracto sucesivo, prioridad y protección del tercero hipotecario.

Resolución de 12 marzo 2010 (BOE 99, de 24 de abril de 2010: 6516)

Se refiere a una sentencia firme que ordena elevar a público un acuerdo privado por el que los miembros de una familia acuerdan partir y adjudicar bienes comunes, unos procedentes de la herencia de su madre y otros no. La Dirección resuelve, entre otras cosas (ver «documentos judiciales») que no sería necesaria la previa partición de herencia para inscribir la disolución de comunidad, ya que nada impide una disolución parcial de comunidad (referida a los bienes no procedentes de herencia). Pero es que además en el procedimiento se han debatido aspectos que implican aceptación tácita de la herencia (valoración de las fincas, validez del consentimiento prestado por los herederos, validez del título sucesorio...). Tampoco impide la disposición de bienes concretos de la herencia, la falta de liquidación previa de los gananciales (supuesto de tracto abreviado del art. 20-5º LH).

Resolución de 13 enero 2010 (BOE 52, de 1 de marzo de 2010: 3300)

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de cesión onerosa de uso de plazas de aparcamiento subterráneo en régimen de concesión, otorgada judicialmente en rebeldía del demandado, porque la inscripción se solicita cuando la concesión figura ya inscrita a nombre de persona distinta del transmitente y del condenado en la sentencia que se ejecuta. Tampoco se solicitó anotación preventiva de demanda.

Resolución de 8 enero 2010 (BOE 52, de 1 de marzo de 2010: 3298)

Deniega la inscripción de un auto recaído en expediente de dominio para reanudación de tracto interrumpido, por tres defectos. Primero, no constan algunas de las circunstancias personales del promotor exigidas en el art. 51-9 RH (DNI, estado civil y en su caso, régimen económico y nombre y apellidos de la esposa). Segundo, no consta si la citación a los titulares de asientos contradictorios de menos de 30 años y sus causahabientes se ha hecho al menos una vez personalmente, ni si han comparecido o no en el expediente (extremos cuya exigencia resulta del art. 202 LH, derivan del principio de tracto sucesivo como aplicación del principio de tutela judicial efectiva, y entran dentro del ámbito de calificación registral). Tercero, como el expediente se refiere sólo a una parte de la finca registral, la inscripción exige licencia de segregación o declaración de innecesidad.

16. PROCEDIMIENTO REGISTRAL

A) En general

Resolución de 6 mayo 2010 (BOE 150, de 21 de junio de 2010: 9829)

La Dirección recuerda que las Leyes 24/2001 y 24/2005 han introducido en el procedimiento registral las garantías

propias del procedimiento administrativo reglado, lo cual implica que las calificaciones deben ser escritas, no pueden ser sucesivas ni cabe trasladarlas a un momento posterior (en la calificación del supuesto, el Registrador dice que cuando se subsane el defecto que inicialmente apreciado, comunicará otros defectos), deben estructurarse como un acto administrativo (con expresión ordenada de hechos y fundamentos de derecho; con y pie de recurso), y si son negativas deben motivarse.

Resolución de 27 abril 2010 (BOE 150, de 21 de junio de 2010: 9827)

Al cómputo de los plazos establecidos por el Reglamento Hipotecario no se le aplica el art. 5 del Código civil, sino que tiene su propia regulación en el art. 109 RH, en el cual, entre otras reglas, se dice que los plazos fijados por meses o años se computan de fecha a fecha y si el último día es inhábil, se prorrogan hasta el primer día hábil siguiente.

Resolución de 14 abril 2010 (BOE 126, de 24 de mayo de 2010: 8291)

La calificación negativa debe motivar suficientemente cada defecto, sin que baste la mera cita rutinaria de un precepto legal o resolución DGRN, sino que es preciso justificar la razón por la que este precepto es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse (R. 25 octubre 2007).

Por ello, la Dirección estima el recurso sin entrar a resolver el fondo del caso resuelto. El Registrador se había limitado a denegar la inscripción, por falta de licencia municipal, de una escritura de segregación de finca rústica, dando como único motivo la remisión a una resolución (referida por cierto a suelo urbano). No se entra a valorar otros datos relevantes, como por ejemplo, que la escritura es de fecha anterior a la norma autonómica que exige ahora tal licencia.

Resolución de 18 enero 2010 (BOE 58, de 8 de marzo de 2010: 3802)

El deber del art. 254 LH se entiende cumplido si el documento presentado contiene: nota firmada por el Liquidador del impuesto que acredite su pago, prescripción o exención; o nota al pie del título expresiva de la presentación de la autoliquidación correspondiente (y si el Registrador cree que la autoliquidación es incorrecta, siempre puede ponerlo en conocimiento de Hacienda). Reitera la doctrina de 2 resoluciones de 13 marzo 2009 (BOE 89, de 11 de abril de 2009: 6095 y 6096).

Resolución de 17 noviembre 2009 (BOE 7, de 8 de enero de 2010: 348)

Para entender cumplidos los requisitos fiscales exigidos por los arts. 254 y 255 LH, no hace falta acreditar la liquidación, sino sólo la mera presentación a Hacienda, a quien el Registrador, si lo estimase procedente, podría comunicar la no liquidación de un concepto que él entendiase liquidable. Se remite a Rs 5 y 16 febrero 2008.

B) Información y publicidad registral

Resolución de 23 noviembre 2009 (BOE 16, de 19 de enero de 2010: 855)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo sobre unas fincas inscritas a nombre de una persona con el mismo nombre que el demandado, pero con diferentes número de DNI y nombre de esposa. La confusión se debe a que en la nota simple obtenida por internet (FLOTI) las fincas aparecen a nombre del demandado y con el mismo DNI.

Independientemente de la razón por la que el sistema asignó al titular en la nota un DNI diferente del que aparece en el Registro, los asientos prevalecen sobre la publicidad formal, incluso aunque se tratase de certificaciones (art. 226 LH); sin perjuicio de la eventual responsabilidad civil del Registrador por los gastos ocasionados por su error.

C) Recursos y calificación sustitutoria

Resolución de 21 noviembre 2009 (BOE 7, de 8 de enero de 2010: 351)

Si se solicita calificación sustitutoria, el plazo para interponer el recurso no se cuenta desde la notificación de la primera calificación, sino desde la del sustituto, ya que la calificación sustitutoria no es propiamente un recurso, sino que se asemeja a una reposición previa, con los consiguientes efectos suspensivos (R. 9 octubre 2006).

17. PROPIEDAD HORIZONTAL

A) Estatutos, título constitutivo y sus modificaciones

Resolución de 12 abril 2010 (BOE 126, de 24 de mayo de 2010: 8290)

Existiendo en estatutos autorización expresa para subdividir sin consentimiento de la Junta, se admite la inscripción de una escritura por la que, sin contar con dicho consentimiento, el dueño de un local en sótano al que corresponde el uso privativo de una zona común del edificio, segrega de él otro local, atribuyendo al resto de finca dicho uso privativo y estableciendo unos estatutos del local segregado con la previsión de ir segregando de él plazas de garaje con atribución de cuotas en los elementos comunes del departamento.

Resolución de 12 enero 2010 (BOE 52, de 1 de marzo de 2010: 3299)

Deniega la inscripción de una división horizontal cuyos departamentos se identifican así: en sótano, garajes 1 al 18 y trasteros 1 al 7; en planta baja, vivienda bajo A y local comercial; en planta primera, viviendas A a F; planta segunda, viviendas A a E. La finalidad de la norma que obliga a numerar correlativamente (arts. 5 LPH y 8-4 LH) es permitir identificar separadamente cada departamento sin confusión entre ellos, lo cual no se consigue en el título califica-



do, donde a la letra o número hay que agregar otros datos, como la planta.

Remite a R. 9 octubre 2006 (BOE de 10 de septiembre de 2006: 19566)

Resolución de 14 enero 2010 (BOE 44, de 19 de febrero de 2010: 2711)

Se pretende dividir una vivienda en otras dos. El Registrador aplica el art. 53 RD 1093/1997 y exige licencia municipal por entender que se quieren constituir más elementos susceptibles de aprovechamiento independiente que los recogidos en la obra nueva.

Dado que las limitaciones del dominio han de ser interpretadas restrictivamente, la Dirección resuelve que sólo será exigible tal licencia si hay norma con rango de Ley que lo haga expresamente. Es cierto que el art. 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía exige licencia para las parcelaciones y presume que las hay, entre otros supuestos cuando, mediante divisiones horizontales, se asigna el uso individualizado de partes a titulares diferentes. Pero la Dirección cree que este precepto no se refiere a edificaciones, sino a terrenos. La propiedad horizontal propiamente dicha, aunque sea tumbada, no supone parcelación porque mantiene la unidad jurídica del suelo.

B) Gastos comunes

Resolución de 15 abril 2010 (BOE 138, de 7 de junio de 2010: 9071)

Resolución de 15 abril 2010 (BOE 138, de 7 de junio de 2010: 9072)

Deniegan la inscripción de sendas cláusulas estatutarias por las que el propietario único del edificio excluye del pago de los gastos comunes durante tres años a los elementos privativos inscritos a su nombre, mientras las fincas sigan en su poder y en intención de venta.

Es cierto que la jurisprudencia ha pasado de declarar inválido el pacto de exención en gastos (S TS 18 junio 1970), a permitir, sobre la base del actual art. 9-5 LPH, un régimen de gastos basado en módulos diferentes a la cuota (S TS 22 mayo 2008). Pero en todo caso la exención total en el gasto debe justificarse en una causa proporcionada (por ejemplo, exención que los propietarios de planta baja no paguen ascensor; o los dueños de los locales no paguen gastos de portal y escalera), la cual no concurre en el supuesto resuelto, donde resulta incongruente tal exención con la conservación por la promotora de su derecho de voto y de su participación en el solar proporcionales a su cuota. La exclusión en los gastos generales supondría una exclusión de la ley aplicable (art. 6-2 Cc) en perjuicio de tercero, pues los demás propietarios deberían soportar una cuota muy superior a la que les correspondería por ley.

C) Libros de actas y certificaciones

Resolución de 30 marzo 2010 (BOE 126, de 24 de mayo de 2010: 8286)

Corresponde a los Registradores de la Propiedad (arts. 17 LPH y 415 RH) el diligenciado de los libros de actas y el control

sucesivo del número de orden de los libros de comunidades y subcomunidades de propietarios y conjuntos inmobiliarios, lo cual incluye situaciones fácticas análogas sin el adecuado reflejo registral pero cuyos libros claramente conste que está llamado a reflejar los acuerdos de un órgano colectivo de tal índole que recoja intereses específicos:

- Si estuvieren inscritos tales regímenes, el Registrador extenderá una nota marginal en el libro del edificio o conjunto sometido a propiedad horizontal.
- Si se trata de situaciones fácticas análogas (como la del supuesto resuelto: una comunidad ordinaria sobre un localgaraje incluido en la propiedad horizontal de un edificio), el Registrador deberá consignar los datos del libro diligenciado en un libro fichero previsto al efecto.

Reproduce la doctrina de R. 22 mayo 2008 (BOE 143, de 13 de junio de 2008: 10184).

D) Complejo inmobiliario y propiedad horizontal tumbada

Resolución de 3 febrero 2010 (BOE 82, de 5 de abril de 2010: 5438)

Considera inscribible una propiedad horizontal tumbada que incluye, además de elementos comunes, tres parcelas como elementos privativos: sobre dos de ellas se proyectan actualmente sendas construcciones; y sobre la tercera se afirma que la construcción aún no se realiza y se hacen constar los límites de edificabilidad previstos por la ordenación urbanística.

No hay obstáculo para la inscripción, pues tanto la Dirección como la doctrina vienen admitiendo no sólo la propiedad horizontal tumbada y la prehorizontalidad, sino también la construcción por fases de los elementos privativos, de modo que la descripción precisa de éstos se hará constar en un momento posterior por el propietario correspondiente, sin necesidad del concurso de los demás (como los dueños de los otros dos elementos pueden hacer constar por sí alteraciones sobre lo proyectado), siempre que lo construido esté dentro de la legislación urbanística y los pactos de la propiedad horizontal.

Resolución de 3 diciembre 2009 (BOE 16, de 19 de enero de 2010: 856)

Aunque el art. 24 LPH unifique su régimen, hay que distinguir entre:

- Complejos inmobiliarios, que incluyen: parcelas y/o edificaciones objeto de propiedad separada, destinados principalmente a vivienda o locales; y cuyos titulares participan además, como derecho vinculado «ob rem» a sus fincas privativas, en una copropiedad indivisible sobre otros inmuebles: viales, instalaciones o servicios. El suelo no es elemento común, sino privativo y por ello la segre-

gación o parcelación requiere licencia o declaración de innecesaridad.

- Propiedad horizontal («tumbada» o no): el suelo es un elemento común cuya unidad jurídica se mantiene, aunque se asigne el uso privativo de determinadas porciones. Así, no supone parcelación y no requiere licencia.

En el caso resuelto, aunque la figura inscrita es denominada «propiedad horizontal tumbada», el suelo no es elemento común, por lo que realmente se trata de un complejo inmobiliario. En relación con el mismo, se presenta una escritura en la que, de un elemento formado por vivienda y zona deportiva, se segrega la vivienda. La Dirección entiende necesaria la licencia municipal, exigida tanto por el RD 1093/1997 sobre inscripción de actos urbanísticos, como por la norma sustantiva aplicable (art. 166-1 Decreto Legislativo 1/2000 de Ley del Suelo de Canarias).

18. PROTOCOLO FAMILIAR

Resolución de 24 marzo 2010 (BOE 114, de 10 de mayo de 2010: 7482)

Se refiere a una escritura que formaliza acuerdos unánimes de todos los socios de una sociedad limitada, sobre nombramiento de determinados administradores. En concreto, deniega la inscripción del pacto por el cual estos determinados administradores podrán ser separados de sus cargos por acuerdo de los socios que representen los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

La escritura no detalla cuál es la naturaleza de tal pacto. Si se pretende que forme parte de los estatutos sociales (en la vía de los arts. 53-3 y 68-2 LSRL), habría que realizar la correspondiente modificación estatutaria. Si por el contrario se pretende que sea un pacto parasocial, que vincule obligacionalmente a los socios pero sin modificar el régimen societario, tampoco podría acceder al Registro Mercantil, porque tal acceso sólo está previsto mediante mera reseña o depósito en los concretos supuestos de los arts. 5 y 6 RD 171/2007 sobre publicidad de los protocolos familiares.

19. RECTIFICACIÓN Y SUBSANACIÓN

Resolución de 7 mayo 2010 (BOE 153, de 24 de junio de 2010: 10033)

Deniega la cancelación de una anotación preventiva de embargo pretendida por entender el recurrente que fue practicada en su día indebidamente (el procedimiento se dirigió inicialmente contra una finca que después se agrupó con otra; se subsanó el mandamiento inicial para dirigirlo contra la finca resultante de la agrupación; posteriormente se produjo la desagrupación, arrastrándose el embargo también a la finca respecto de la que al principio no se había pedido el embargo y que es la que ahora se pretende liberar). La Dirección reitera

que los asientos practicados están bajo la salvaguarda de los Tribunales. Para la cancelación pretendida haría falta consentimiento de todos los titulares o resolución judicial en procedimiento dirigido contra todos ellos.

Resolución de 16 enero 2010 (BOE 58, de 8 de marzo de 2010: 3801)

Cabe rectificación de inexactitudes registrales sin necesidad de acudir a los procedimientos establecidos en el art. 40 LH, en aquellos supuestos en que es posible comprobar plenamente los errores producidos en los títulos mediante documentos auténticos independientes de la voluntad de las partes, lo cual no ocurre en el supuesto resuelto, donde la rectificación de los linderos y paraje inscritos se pretende sobre la base de otro título otorgado el siglo XIX, teniendo además el Registrador dudas fundadas sobre la identidad entre la finca inscrita y la resultante de la rectificación que se pretende, y sin que se haya aportado certificación catastral descriptiva y gráfica.

Resolución de 5 enero 2010 (BOE 34, de 8 de febrero de 2010: 2008)

Deniega la inscripción de una instancia privada de rectificación de varios asientos referidos a diversas fincas (agrupaciones y segregaciones de hace más de veinte años), alguna de las cuales figura hoy inscrita a favor de terceras personas que no han prestado su consentimiento, si bien la parte rectificante considera que la rectificación no les perjudica.

Resolución de 19 noviembre 2009 (BOE 7, de 8 de enero de 2010: 350)

Consta inscrita una venta con reserva de usufructo vitalicio a favor de la vendedora hasta el fallecimiento de ella misma y una hermana cuya no compareciente, de modo que se inscribió el usufructo conjunto y sucesivo a favor de ambas.

Ahora la Dirección deniega la rectificación consistente en cancelar el usufructo a favor de la hermana no vendedora, mediante diligencia añadida a la escritura inicial con comparecencia de todos los interesados, incluso la citada hermana no vendedora. Aunque en general no puede realizarse ninguna inscripción a favor de quien no presta su consentimiento, tampoco cabe inscribir por vía de rectificación lo que no podría haberse inscrito por vía directa: en su día la única interpretación coherente fue el usufructo conjunto de ambas hermanas, pues si se hubiese excluido a la hermana no vendedora y ésta llegase a sobrevivir, el usufructo hubiese subsistido sin determinación de titular (a falta de previsión clara que permitiera entenderlo incluido en la herencia de la premuerta).

Resolución de 9 noviembre 2009 (BOE 7, de 8 de enero de 2010: 342)

Resolución de 11 noviembre 2009 (BOE 7, de 8 de enero de 2010: 344)

Supuestos idénticos.

Se inscribió una compraventa con condición resolutoria en garantía de la parte de precio que quedó aplazada: el 80%.



En escritura posterior el vendedor reconoció percibido otro 10%, pero en la correspondiente nota marginal se canceló por error la condición resolutoria.

La Dirección entiende que el error padecido al extender la nota no es material, sino de concepto, pues varía el verdadero sentido del título. En particular es el tipo de error conceptual del art. 327 RH: el debido a la apreciación equivocada de los datos obrantes en el Registro.

Hay dos vías para subsanarlo: o acuerdo unánime de los interesados y del Registrador (o en su defecto, resolución judicial); o rectificación de oficio por el Registrador sin necesidad de consentimiento de los interesados, siempre que el error resulte claramente de los asientos practicados o –como ocurre en el presente supuesto–, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal baste para darlo a conocer (art. 217 LH y STS 28 febrero 1999). Eso sí, la rectificación no afecta a terceros sino desde la fecha en que se verifique.

20. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

A) En general

Resolución de 5 marzo 2010 (BOE 82, de 5 de abril de 2010: 5444)

Deniega la inscripción de una escritura de compraventa porque, aunque los otorgantes tienen vecindad común y la escritura se otorgó en territorio de Derecho común, al afirmarse que están casados en régimen de gananciales, hay que especificar si tal régimen es legal o convencional (remite a R. 15 junio 2009, que así interpreta el art. 159 RN; infra.).

B) Aportación a gananciales

Resolución de 29 marzo 2010 (BOE 132, de 31 de mayo de 2010: 8658)

Resolución de 31 marzo 2010 (BOE 132, de 31 de mayo de 2010: 8659)

Mediante documento privado suscrito el 18 de abril de 2007 un adquirente entonces divorciado compró dos viviendas y una participación indivisa de local de garaje, con pago de parte del precio y aplazamiento del resto. No consta que se tratase de la vivienda habitual, ni que hubiese «traditio». El día 13 de febrero de 2009 se otorga escritura de venta que «ratifica y eleva a público» el documento privado; en ella, compran el mismo adquirente y su actual esposa para su sociedad de gananciales «al amparo de lo dispuesto en el art. 1355 del Código civil». La Dirección declara inscribible la escritura:

- Es cierto que el art. 1357 Cc considera privativos los bienes «comprados» (no dice «adquiridos») a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar los gananciales, aunque el precio aplazado se pague con dinero ganancial. Pero, en aras del principio de libertad de pacto (art. 1323 Cc), debe considerarse prevalente la facultad pre-

vista en el art. 1355 que permite a los cónyuges atribuir carácter ganancial a los bienes que «adquieran» a título oneroso durante el matrimonio (en este caso el Código no dice compra, sino adquisición, y ésta se produce con la «traditio» al otorgar la escritura). Es doctrina reiterada de la Dirección extender la posibilidad de atribuir carácter ganancial, no sólo a los bienes adquiridos a título oneroso, sino también a cualquier desplazamiento patrimonial entre los patrimonios privativos y el consorcial, siempre que consten todos los elementos constitutivos de la aportación y, entre ellos, que se exprese o deduzca del título la causa, bastando mencionar su onerosidad o gratuidad.

- En el concreto supuesto resuelto no se ha hecho constar expresamente la causa, pero no es necesario, pues se trata del supuesto literal del art. 1355; es decir, adquisición con acuerdo simultáneo de atribución de ganancialidad, acuerdo cuya finalidad es ampliar el patrimonio consorcial para la mejor satisfacción de los intereses familiares y, salvo pacto en contra, produce el derecho de reembolso previsto en el art. 1358 Cc.
- El hecho de que el documento privado referido en la resolución 8658 aludiera, sin concretar, a «una cuota indivisa» del local que da derecho al aparcamiento de un vehículo, mientras que la escritura concretase matemáticamente dicha cuota (un ciento cincuenta y cinco avo), no supone discordancia que impida la inscripción, sino que precisamente cumple con la exigencia del art. 54 RH.

C) Carácter de los bienes (privativos o gananciales)

Resolución de 5 diciembre 2009 (BOE 16, de 19 de enero de 2010: 858)

Declara registrable, por nota marginal, la confesión de privatividad del cónyuge del adquirente, la cual no constaba en la copia que en su día causó inscripción, pero sí en una adición al pie de la copia (tercera) ahora presentada. La falta de constancia inicial de la confesión y el tiempo transcurrido no afectan «per se» a su eficacia, sin que tampoco se hayan cuestionado en el recurso las formalidades extrínsecas de tal adición. La privatividad no se considerará acreditada por documento público (art. 95-2 RH), sino que resulta de mera confesión (ex art. 95-4 RH).

Resolución de 17 noviembre 2009 (BOE 7, de 8 de enero de 2010: 348)

Se halla inscrita una mitad indivisa de una finca a nombre de un cónyuge, como bien privativo por confesión del otro. Ahora se presenta una escritura de disolución de condominio con el otro condueño, por la cual el cónyuge beneficiado por la primera confesión adquiere el pleno dominio con nueva confesión de privatividad de su consorte, referida ahora a la totalidad del bien. Ambas manifestaciones no son contradictorias, sino complementarias.

D) Embargo de gananciales (ver también rem de extranjeros)

Resolución de 6 noviembre 2009 (BOE 7, de 8 de enero de 2010: 341)

En materia de embargo de bienes de la sociedad ganancial en liquidación, distingue 3 supuestos:

- Embargo de bienes concretos de la sociedad de gananciales en liquidación: exige que las actuaciones procesales se sigan contra todos los titulares (art. 20LH), que en su caso serían los herederos del cónyuge premuerto (art. 144-4º RH).
- Embargo de la cuota global que corresponde a un cónyuge en la total masa patrimonial: las actuaciones pueden seguirse sólo contra el cónyuge deudor y se resolverán en anotación sólo sobre los bienes que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor (166-1 «in fine» RH): si luego esos bienes no se le adjudican a él, quedaría estéril la anotación, pero no la traba, pues el embargo se proyectaría sobre los bienes adjudicados efectivamente.
- Embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal: las actuaciones pueden dirigirse sólo contra el cónyuge deudor, pero si luego ese bien no se le adjudica a él, la traba quedaría estéril. Por ello, debe rechazarse su reflejo registral.

Reitera la doctrina de: R. 4 julio 2009 (BOE 213, de 3 de septiembre de 2009: 14194) y R. 17 enero 2007 (BOE de 23 de febrero de 2007: 3889).

En el concreto supuesto resuelto, la Dirección deniega la inscripción de la adjudicación resultante del embargo, cuyo objeto es una mitad indivisa de un bien ganancial. Aunque la sociedad de gananciales está disuelta por fallecimiento del cónyuge no deudor, hasta la liquidación no hay atribución de cuotas indivisas sobre bienes concretos.

E) Disolución y liquidación de gananciales

Resolución de 22 marzo 2010 (BOE 114, de 10 de mayo de 2010: 7480)

En una liquidación de sociedad de gananciales contenida en convenio regulador aprobado judicialmente, la Dirección aprecia tres defectos:

- Deben constar el nombre y apellidos del Secretario judicial autorizante del testimonio que se presenta.
- Hace falta acreditar (por certificación, Libro de Familia o nota al pie del documento) la inscripción del título en el Registro Civil.
- En el convenio se incluyen bienes que pertenecen privativamente por mitad a ambos cónyuges. La DGRN entiende

aplicable el art. 1323 Cc y admite la transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título, incluso el intercambio de bienes privativos con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal. Pero exige que tal operación tenga su adecuado reflejo documental; en este caso, escritura pública y no un convenio regulador, cuya efectividad meramente liquidatoria presupone siempre el carácter ganancial de los bienes. Reitera la doctrina de R. 3 junio 2006 y R. 31 marzo 2008.

La Dirección considera esta doctrina compatible con la R. 29 octubre 2008 (BOE 279, de 19 de noviembre de 2008: 18667), cuyo supuesto de hecho es distinto: admite la inclusión en un convenio regulador, junto con un bien propio de su anterior sociedad de gananciales, de varios bienes privativos de los cónyuges adquiridos constante un segundo régimen de separación, sin que sea precisa escritura pública de disolución de condominio, ya que: la regulación legal del convenio regulador se refiere en general al régimen económico matrimonial, no sólo a los gananciales; en el régimen de separación será necesaria la liquidación cuando no se desee seguir compartiendo un patrimonio activo común o una deuda común; es doctrina reiterada la inscribibilidad de las sentencias que aprueban convenios reguladores sin necesidad de escritura pública (v. gr. R.21 enero 2006).

F) Vivienda familiar

Resolución de 18 noviembre 2009 (BOE 7, de 8 de enero de 2010: 349)

Un convenio regulador establece que las hijas tendrán su domicilio familiar en una vivienda privativa del padre mientras no sean independientes patrimonialmente.

La Dirección reitera su doctrina sobre la naturaleza del derecho de uso de la vivienda, como derecho familiar y no real, que por tanto puede ser de duración variable y permite disociar entre titular (sólo el cónyuge que tiene la custodia de los hijos) y beneficiarios (hijos y cónyuge, cuya convivencia se quiere facilitar en interés de la familia).

Pero resuelve que lo constituido en este supuesto no es el derecho de uso de vivienda familiar tipificado legalmente e inscribible en el Registro, sino una mera intención u obligación sin repercusión para terceros, pues sus efectos son dudosos y no resulta atribuido al cónyuge, verdadero titular del derecho de uso tipificado en el Código civil. Se remite a R. 27 agosto 2008 (BOE 224, de 16 de septiembre de 2008: 15065) y R. 5 junio 2008 (BOE 159, de 2 de julio de 2008: 11262).

21. REGISTRO DE BIENES MUEBLES

Resolución de 4 febrero 2010 (BOE 99, de 24 de abril de 2010: 6508)

Resolución de 5 febrero 2010 (BOE 99, de 24 de abril de 2010: 6509)

Admiten la inscripción de sendos mandamientos que ordenan el embargo de la posición jurídica que los demanda-



dos, como arrendatarios financieros, tienen sobre sendos vehículos. Es cierto que, según el art. 15-3 de la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, se sobreseerá el procedimiento de apremio sobre bienes muebles inscritos cuando por certificación registral consten derechos a favor de personas distintas del deudor embargado; y en los supuestos de ambas resoluciones, el dominio corresponde aún al arrendador financiero. Pero no obstante, la regla 15 de la Instrucción DGRN de 3 de diciembre de 2002, permite anotar el embargo que tenga por objeto la posición jurídica del comprador a plazos o del arrendatario financiero, si bien la anotación será cancelable en caso de que el arrendatario no ejercite la opción de compra, o el vendedor con pacto de reserva de dominio recupere los bienes por impago del comprador. No es obstáculo el hecho de que el ordenante del embargo sea el propio arrendador.

22. SOCIEDAD CIVIL

Resolución de 20 abril 2010 (BOE 138, de 7 de junio de 2010: 9075)

Deniega la inscripción de una compra hecha por una sociedad civil constituida en documento privado y con objeto mercantil (comercio de ropa y representación de marcas comerciales). Es doctrina reiterada que el objeto de una sociedad determina su calificación como mercantil (R. 13 diciembre 1985, R. 20 marzo 1986, R. 1 abril 1997, R. 30 abril 1997, R. 11 diciembre 1997), sin que la voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil sea suficiente para eludir la aplicación de las normas mercantiles, muchas de ellas imperativas por proteger el interés de terceros o del tráfico. La sociedad del supuesto es mercantil por su objeto y, al conceptuarla como civil, el título introduce una confusión sobre el titular registral suficiente para denegar la inscripción (arts. 9-4 LH y 51-9 RH).

Para el caso de que se otorgase escritura de constitución de la sociedad y se inscribiese en el Registro Mercantil (con la consiguiente rectificación de la compraventa), la Dirección no se pronuncia sobre la forma en que antes de la inscripción de la sociedad, podría acceder al Registro de la Propiedad la mutación jurídico-real producida por la compraventa. Se remite a las Rs. De 22 abril 2000 y 14 febrero 2001.

23. SOCIEDAD PROFESIONAL

Resolución de 14 noviembre 2009 (BOE 7, de 8 de enero de 2010: 346)

Declara inscribible una escritura de adaptación a la LSP en cuyos nuevos estatutos se establece una remisión inicial y general a los preceptos imperativos de dicha Ley, aunque después se diga que para ser administrador no será necesaria la condición de socio (reiterando que sin perjuicio de lo establecido para los socios profesionales); y se regule la delegación de facultades dentro del Consejo de Administración sin expresa mención de que todos los consejeros delegados hayan de ser socios profesionales.

Es doctrina reiterada de la Dirección que la calificación de las disposiciones estatutarias debe realizarse no sólo literalmente, sino también según la intención de los otorgantes y valorándolas globalmente en el sentido más adecuado para que produzcan efecto (arts. 1281, 1284 y 1285 Cc); y que cuando los estatutos se remitan a la Ley no es necesario que reproduzcan reglas idénticas a las legales (ej.: Rs. 4 marzo 1981, 3 febrero 1986). Resulta obvio que en la sociedad calificada registrará preferentemente el art. 4-3 LSP: sólo podrá ser administrador quien no sea socio profesional cuando sea legalmente posible, y todos los consejeros delegados deberán ser socios profesionales.

24. TÍTULOS INSCRIBIBLES

A) Documentos administrativos

Resolución de 16 abril 2010 (BOE 138, de 7 de junio de 2010: 9073)

Deniega la inscripción de un derecho de superficie, pretendida en virtud de certificación del Ayuntamiento concedente.

El art. 40-2 LS exige para la válida constitución del derecho de superficie, que se formalice en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad. La doctrina entiende que este precepto se aplica tanto al derecho de superficie pactado entre particulares, como al nacido de una actuación urbanística. No es admisible la inscripción de un derecho sin que conste el consentimiento de su titular y con mayor razón en el caso resuelto, donde el superficiario asume también obligaciones frente al Ayuntamiento.

Por todo lo cual, este supuesto es diferente del de la R. 29 enero 2009, que declaró inscribible por mera certificación administrativa, no ya un contrato, sino la resolución unilateral por un Ayuntamiento de un derecho de superficie por incumplimiento de las condiciones resolutorias establecidas en el pliego de condiciones.

B) Documentos judiciales

Ver también «inmatriculación», «tracto sucesivo» y «cancelación de asientos».

Resolución de 4 mayo 2010 (BOE 151, de 22 de junio de 2010: 9935)

Se refiere a una escritura en la que vende el Juez, por rebeldía del demandado. La Dirección entiende que cuando la sentencia es de condena no dineraria (en este caso impone una obligación de hacer consistente en otorgar una venta) no es ella misma título inscribible en el Registro, sino que lo serán los actos que en su ejecución se lleven a cabo. En consecuencia, para inscribir la venta, no es necesario acompañar la sentencia, sino que basta con que el Notario testimonie en relación los particulares de los trámites esenciales del procedimiento y de la sentencia.

Resolución de 21 abril 2010 (BOE 150, de 21 de junio de 2010: 9826)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo en virtud de mandamiento judicial por dos defectos: como el procedimiento se sigue contra la heredera del titular registral por deudas de éste último, hace falta acompañar certificado de defunción del titular y título sucesorio a favor de la heredera (principio de tracto sucesivo, ex art. 20 LH); además, el mandamiento sólo expresa el NIF del titular registral, y debe expresar también el NIF de la heredera contra la que se sigue el procedimiento (art. 254 LH).

Por el contrario la Dirección no considera defecto el no detallar expresamente a qué concepto de responsabilidad corresponde una determinada cantidad, porque una interpretación integradora del documento lleva necesariamente a concluir que se trata del principal. Tampoco existen dudas sobre la identidad de la finca, porque si bien no concuerdan portal, superficie y datos catastrales, sí que concuerdan los datos de inscripción registral, incluso el número de finca (eso sí, la descripción que se anotará será la resultante del Registro; quedando la resolución de posibles discrepancias para el momento de inscribir la adjudicación derivada del embargo).

Resolución de 22 marzo 2010 (BOE 114, de 10 de mayo de 2010: 7480)

En una liquidación de sociedad de gananciales contenida en convenio regulador aprobado judicialmente, deben constar el nombre y apellidos del Secretario judicial autorizante del testimonio que se presenta (existen otros defectos expuestos en el resumen más amplio que se contiene en la parte de régimen económico matrimonial).

Resolución de 12 marzo 2010 (BOE 99, de 24 de abril de 2010: 6516)

Se refiere a una sentencia firme que ordena elevar a público un acuerdo privado por el que los miembros de una familia acuerdan partir y adjudicar bienes comunes, unos procedentes de la herencia de su madre y otros no. La Dirección resuelve:

- La sentencia no es directamente inscribible, sino que el título inscribible será la escritura pública otorgada en fase de ejecución, bien por el condenado o, en rebeldía de éste, por el Juez. Pasados 20 días sin que el condenado haya emitido su declaración de voluntad, el tribunal resolverá tenerla por emitida, si los elementos esenciales del negocio están pre-determinados (art. 708 en relación con el 548 Lec).
- No sería necesaria la previa partición de herencia para inscribir la disolución de comunidad, ya que nada impide una disolución parcial de comunidad (referida a los bienes no procedentes de herencia). Pero es que además en el procedimiento se han debatido aspectos que implican aceptación tácita de la herencia (valoración de las fincas, validez del consentimiento prestado por los herederos, validez del título sucesorio...).

- Tampoco impide la disposición de bienes concretos de la herencia, la falta de liquidación previa de los gananciales (supuesto de tracto abreviado del art. 20-5º LH).

Resolución de 20 noviembre 2009 (BOE 16, de 19 de enero de 2010: 854)

Se refiere a un mandamiento judicial firme que declara nula una escritura de división y ordena la cancelación de las inscripciones correspondientes a las nuevas fincas, conservándose como única inscripción válida la de la finca matriz.

La Dirección entiende que no es inscribible en cuanto a las fincas cuyos titulares son ahora personas distintas de aquéllas contra las que se ha dirigido el procedimiento (principio de tracto sucesivo del art. 20 LH). Pero respecto de las demás fincas sí que procede la cancelación ordenada, puesto que: en el documento presentado se solicita expresamente la inscripción parcial; ya se había anotado preventivamente la demanda respecto de tales fincas; y de la propia anotación resultan las circunstancias personales (ex art. 9 LH y 51 RH) que ahora no recoge en su totalidad el mandamiento.

Resolución de 20 octubre 2009 (BOE 7, de 8 de enero de 2010: 339)

Trata de la inscripción de un auto recaído en expediente de dominio para reanudación de tracto interrumpido, referido a varias fincas surgidas en su día por división de otra primitiva. El Registrador deniega la inscripción respecto de una de las fincas, por incongruencia: a su juicio, de los hechos narrados en el auto, debe seguirse una solución distinta sobre titularidad dominical actual de esa finca. Por el contrario la Dirección cree que el Registrador se extralimita e interfiere en el fundamento de la resolución judicial.

C) Elevación a público de documento privado

Resolución de 9 abril 2010 (BOE 126, de 24 de mayo de 2010: 8289)

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de un documento privado de compraventa. En el texto del documento aparecen como compradores dos cónyuges, pero sólo firma el esposo. En la escritura firma como único comprador el esposo, quien alega tener régimen de separación pactado en capitulaciones, de las cuales sólo se aporta al Registro mera fotocopia, si bien se incorpora una certificación del Registro Civil en que consta la indicación marginal de su existencia pero sin expresar el régimen pactado.

La Dirección aprecia varios defectos. Sólo la documentación auténtica puede acceder al Registro; y no las meras fotocopias. La evidente discordancia entre el documento y la escritura —ya se deba a error o novación— exige el consentimiento del vendedor y del cónyuge no compareciente. No hay acreditación fehaciente del régimen de separación, ni de la privatividad del precio pagado por el esposo, que podría haber tenido origen ganancial.



Reseñas de las principales resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Publicadas en el primer trimestre de 2010

Por Victor Esquirol. Notario de El Masnou

LICENCIA DE PARCELACIÓN

La licencia de parcelación es exigible no sólo para las segregaciones realizadas en escritura pública sino también para las realizadas en documento judicial

Resolución de 18 de diciembre de 2009 (DOGC 1 de febrero de 2010)

Resumen: Así lo deduce la DGDEJ de la literalidad del art. 185 TR de la Ley de Urbanismo, que habla de escrituras y otros documentos públicos, quedando englobados en éstos los documentos judiciales. En el mismo sentido, cita las Resoluciones de la DGRN de 16 de marzo de 2006 y de 22 de junio de 2007.

MANIFESTACIÓN DE SI LA VIVIENDA HIPOTECADA ES EL DOMICILIO FAMILIAR

El usufructuario casado que hipoteca una vivienda debe manifestar expresamente si constituye su domicilio familiar, sin que le exonere de tal manifestación el hecho de que el nudo propietario así lo haya hecho constar

Resolución de 20 de diciembre de 2009 (DOGC 3 de febrero de 2010)

Resumen: El nudo propietario y el usufructuario de una vivienda constituyen un préstamo hipotecario a favor de una entidad financiera. El nudo propietario manifiesta que está casado y que la vivienda es su domicilio familiar, razón por la cual su cónyuge consiente en la hipoteca; el usufructuario manifiesta que está casado pero no hace ninguna manifestación acerca de si la vivienda hipotecada es su domicilio familiar, aunque en la comparecencia figura como domiciliado en otro lugar.

La registradora considera que es necesaria esta manifestación, a efectos de lo dispuesto en el art. 9 CF. El notario presenta recurso argumentando que la manifestación efectuada por el nudo propietario conforme a que la finca constituye su vivienda familiar excluye la necesidad de que el usufructuario realice tal manifestación.

La DGDEJ desestima el recurso. Por un lado porque el art. 569-31.2 CCCat, en aplicación de lo dispuesto en el art. 9 CF, exige la manifestación expresa en este sentido, sin distinguir el derecho que ostenta el hipotecante; por el otro, porque el hecho de que el nudo propietario tenga su domicilio familiar en la mencionada vivienda no excluye que el usufructuario también pueda tenerlo allí, derecho que le corresponde además *ex lege*.

Comentario: Creo que la doctrina de esta resolución es acertada, ya que, teniendo en cuenta la finalidad de la ley, la manifestación debe correr a cargo de quien dispone de un derecho cuya pérdida puede comportar la pérdida del uso de la vivienda del cónyuge no titular. De acuerdo con este criterio, no sería necesaria la manifestación realizada por el nudo propietario, como ya declaró la DGRN en R. de 22 de mayo de 2006, en relación con el art. 1320 CC, doctrina que puede entenderse extensible a la protección exigida por el legislador catalán. Otras resoluciones interesantes de la DGRN sobre la materia son la de 10 de noviembre de 1987, que exige la manifestación expresa, sin que sea suficiente la consignación de un domicilio diferente en la comparecencia de la escritura; la de 17 de diciembre de 1987, que exige la manifestación al que vende por poder, sin que sea necesaria ni suficiente la realizada por el poderdante al otorgar el poder (ya que la situación puede haber cambiado entretanto); la de 27 de junio de 1994, que no la exige en un caso de venta de los titulares proindiviso de una vivienda; y la de 22 de mayo de 2006, que tampoco la exige cuando la hipoteca se constituye en el mismo acto de la compra.

Finalmente, aprovecho para recordar las resoluciones de la DGDEJ sobre el tema. En R. de 22 de mayo de 2006 resolvió que no era necesario que una viuda y un divorciado manifestaran que no formaban una unión estable de pareja. Y en R. de 19 de febrero de 2007 declaró que tampoco era exigible en el caso de la división de una vivienda en dos seguida de la adjudicación a los comuneros de las fincas resultantes, si quedaba claro que éstas reunían condiciones de habitabilidad.

CENSOS. CANCELACIÓN

Resoluciones de 5 de febrero y 8 de febrero de 2010 (DOGC 18 y 22 de marzo de 2010).

Resumen: Una finca está gravada con un derecho de riego a favor de otras fincas, que se constituyó "a cambio de una en-

trada de cinco sueldos barceloneses y por el censo anual irredimible de tres cuarteras de trigo fácil de mezclar". El propietario de la finca gravada con el derecho de riego pide la cancelación del censo, pero mantiene como carga el derecho de riego. El interesado interpone recurso gubernativo alegando que, una vez cancelado el censo, no se puede mantener como carga el derecho de riego, que era su contraprestación. El registrador entiende que son derechos independientes.

La DGDEJ interpreta que los términos jurídicos empleados en la constitución de los derechos que se discuten son confusos, ya que en realidad no estamos ante un derecho real de censo sino ante una servidumbre (de derecho de riego), constituida a cambio de un canon anual (el mal llamado censo). Por tanto, no se puede considerar que el derecho de riego forme parte de un censo y se deba cancelar juntamente con éste, ya que no se puede confundir la contraprestación con el derecho de riego constituido. En consecuencia, la cancelación del derecho de riego no se puede llevar a término amparándose en la ley de censos, sino que habrá que aplicar las normas generales de la Ley Hipotecaria y las especiales relativas a la extinción de las servidumbres previstas en el art. 566-11 CCCat.

Comentario: Comparto el criterio de esta resolución, ya que la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa se aviene más con una servidumbre (derecho real que grava parcialmente una finca en beneficio de otra) que con un censo (que implica más bien la división del dominio de una finca). Por tanto, es preciso aplicar las normas generales de los derechos reales sobre su extinción y cancelación registral. Queda pendiente, sin embargo, la cuestión de la subsistencia de una servidumbre cuya contraprestación ha sido registralmente cancelada, pero su resolución no puede ser objeto de recurso gubernativo.

FIDEICOMISO TÁCITO

El fideicomiso tácito requiere que no haya dudas sobre la voluntad del testador de establecer un llamamiento sucesivo

Resolución de 9 de febrero de 2010 (DOGC 22 de marzo de 2010).

Resumen: El testador, muerto el año 1906, instituyó heredero a su hijo, si bien con la siguiente cláusula: "Si muere sin que le sobrevivan hijos legítimos y naturales lo sustituye y nombra herederos a su hijo X y a su nieto Y, a partes iguales." El propietario de la finca, que califica la mentada institución como un fideicomiso condicional, solicita su cancelación por prescripción o caducidad. El registrador niega la cancelación en base a que: a) no puede apreciar la prescripción; b) no está prevista legalmente la cancelación por caducidad en este supuesto; y c) se ha cumplido la condición de haber muerto el fiduciario sin hijos, en virtud de lo cual la finca debería haber pasado a los fideicomisarios, cosa que no ocurrió.

La DGDEJ estima el recurso y, por tanto, resuelve a favor de la cancelación registral, ya que interpreta que la institución dispuesta por el testador no es una sustitución fideicomisaria, sino vulgar. Se basa en el principio *contra fideicomissum semper*

est in dubio iudicandum, que implica que si existe duda acerca de si una sustitución es vulgar o fideicomisaria, se entiende que es vulgar, regla que forma parte de la tradición jurídica catalana y que han recogido la Compilación, el CS y el CCCat. La DG considera que la duda está justificada, ya que la cláusula testamentaria no emplea el término fideicomiso y aun cuando la ley permita los fideicomisos tácitos, éstos deben desprenderse claramente de la voluntad del testador. En cambio, en la cláusula comentada el testador no prohíbe a su heredero la alienación de los bienes hereditarios, ni prevé que la sustitución deba subsistir aun cuando el sustituido llegue a ser heredero, ni emplea la expresión de que el heredero muera "en cualquier tiempo". Por tanto, entiende que la llamada a favor de X e Y sólo será efectiva si el primer heredero premuere al causante sin dejar hijos, como es propio de las sustituciones vulgares, y que el simple hecho acreditado de que el heredero haya sobrevivido al testador es suficiente para practicar la cancelación.

Comentario: La presente resolución me parece valiente y acertada, aunque encuentro en falta la reproducción de la cláusula completa de la institución de heredero, que confirme la brevedad de la fórmula empleada. Valiente, porque a primera vista parece que se pretende establecer un fideicomiso, y no descarto que esta fuese la intención del redactor del testamento. Me baso en la literalidad del inicio de la cláusula "si (el heredero) muere sin que le sobrevivan hijos": no es normal que se emplee esta fórmula si lo que se pretende es disponer una sustitución vulgar; un hecho excepcional como es prever que el heredero premuere al testador y además sin hijos acostumbra a requerir fórmulas diferentes como "si premuere" o "si no llega a heredar". Ahora bien, en mi opinión, el hecho determinante para calificar la sustitución de vulgar es la falta de limitaciones a las facultades dispositivas del heredero. No es razonable concluir que la expresión "si muere sin que le sobrevivan hijos", sin más, implica que el heredero no pueda hacer uso de una de las facultades primordiales inherentes al derecho de dominio como es la disposición de los bienes, en contra del criterio legal de reducir al mínimo las limitaciones dispositivas de los propietarios.

LICENCIA DE DIVISIÓN

No es necesaria licencia urbanística ni declaración de que no hace falta para dividir un edificio en régimen de propiedad horizontal, si no se incrementa el número de departamentos privados en relación con los que consten en la inscripción de obra nueva y en la licencia de obras

Resolución de 10 de febrero de 2010 (DOGC de 22 de marzo de 2010).

Resumen: Se declara en régimen de propiedad horizontal un edificio que consta inscrito en el Registro de la Propiedad y descrito como una casa compuesta de planta baja, destinada a almacén, y dos pisos en altura, en cada uno de los cuales hay una vivienda. La misma descripción se desprende de la certificación catastral. La división horizontal tiene lugar mediante la



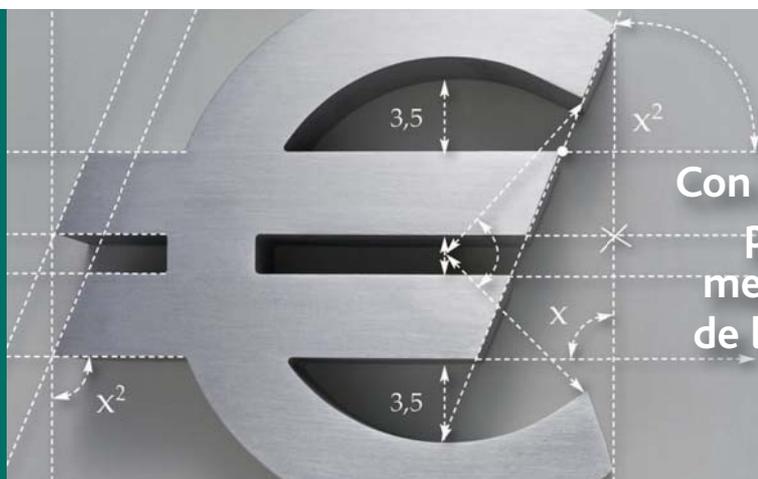
creación de tres entidades: el almacén en planta baja y las dos viviendas. El notario autorizante hace constar en la escritura que no procede la licencia ni la declaración municipal de innecesariedad porque ya consta en el Registro el destino de la edificación y el número de viviendas que incluye, sin que se haya producido un aumento de los establecimientos. El registrador considera que la licencia o la declaración de innecesariedad son imprescindibles y se remite a un escrito municipal de alegaciones que informa de que no se ha aumentado el número de establecimientos en relación con los que constan en la licencia de obras que se concedió en su día, pero que entiende que hay que aportar al Registro la declaración de innecesariedad de la división.

La DGDEJ resuelve que no hace falta licencia ni declaración en este sentido para otorgar la escritura de división horizontal, ya que no se incrementa el número de establecimientos en relación con los que constan en la escritura de obra nueva. Así resulta del art. 179.2 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo, y del art. 238 del Decreto 305/2006, de

18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo. Y en relación con el escrito del Ayuntamiento que declara que no hace falta licencia, pero que es preciso obtener la declaración de innecesariedad, considera que este escrito ya cumple con esta finalidad y declara inadmisibles que se obligue al interesado a pedir una nueva declaración municipal de innecesariedad, en base a los principios de tutela judicial efectiva y eficacia de la administración proclamados en los arts. 24 y 103 de la Constitución, y el derecho a una buena Administración Pública contenido en el art. 30 del Estatut de Autonomía.

Comentario: Parece increíble que se haya debido llegar hasta la DG para resolver un tema tan evidente. En descargo de la institución registral, debo decir que el criterio defendido por este registrador de la propiedad no es asumido por muchos compañeros suyos, según me consta por mi experiencia profesional. Más asombroso aún es el informe municipal que declara no ser necesaria la licencia, pero obliga a obtener del propio Ayuntamiento una nueva declaración de innecesariedad.

VADEMÉCUM FISCAL 2010



NUEVO

Con útiles esquemas para comprender mejor la estructura de las disposiciones tributarias e impuestos



Autor:

JULIO BANACLOCHE PÉREZ

Estamos ante un libro de consulta inmediata de nociones o informaciones fundamentales para todos los que se relacionan con el Derecho Tributario, desde maestros a estudiantes, desde jueces a empleados públicos, desde asesores fiscales a contribuyentes. Contiene esquemas que facilitan la comprensión de la estructura de las disposiciones reguladoras de la tributación en general y de los impuestos estatales y su rápida localización sistemática; y la reseña de muchísimas sentencias y resoluciones de los Tribunales de Justicia y administrativos.

- Los «**esquemas**» son el instrumento básico para una primera aproximación a la materia que en ellos se resume y el fácil medio para ordenar una exposición o para situar sistemáticamente una cuestión que ocupa a un docente o a un asesor.

- La «**doctrina de los Tribunales**», es el mejor método conocido para formar criterio, para construir una argumentación sólida y para conocer mejor el contenido práctico de la tributación.

Vademécum Fiscal incluye la reseña de veinte años de doctrina judicial y administrativa. Su sistematización permite seguir ordenadamente la estructura normativa de cada impuesto constituyendo, de este modo, un novedoso método de conocer las normas tributarias en su contenido, interpretación y aplicación.

El contenido de esta obra es fruto de la experiencia adquirida por su autor en sus veinte años como inspector de los tributos (1966-1986), treinta y nueve años de docencia universitaria (1968-2007) y casi veinticinco años de ejercicio profesional de la abogacía.

Páginas: 1.664 • Encuadernación: Tapa dura • ISBN: 978-84-8126-354-1

El Colegio recibe la Cruz de Sant Jordi 2010

La Generalitat de Cataluña ha concedido este año la Cruz de Sant Jordi, uno de los máximos reconocimientos que otorga esta institución, al Colegio de Notarios de Cataluña. Un total de 32 personalidades y 13 entidades que han destacado por los servicios prestados a Cataluña en el plano cívico y cultural recibieron el galardón de manos del presidente de la Generalitat. El acto de entrega tuvo lugar el pasado 21 de abril, a las 19 horas, en el [Salón Sant Jordi del Palacio de la Generalitat](#), con la asistencia de más de 500 personas y representantes del Gobierno, instituciones y miembros destacados de la sociedad civil catalana. Joan Carles Ollé, Decano del Colegio, recogió el galardón, en presencia de todos los miembros de la Junta de Gobierno y de una destacada representación de colaboradores.

El Ejecutivo catalán acordó conceder la Cruz de Sant Jordi al Colegio «en reconocimiento de su valiosa implicación, desde el siglo XIX, en la defensa y el desarrollo del derecho civil catalán. La tarea de ilustres colegiados en su compilación de hace medio siglo fue decisiva, del mismo modo que es muy relevante la participación de nuestro notariado en la elaboración de la legislación civil posterior al Estatut de Autonomía».

Esta distinción pretende reconocer la función de los notarios a lo largo de la historia, un colectivo que siempre ha mantenido un importante peso específico en Cataluña, realizando importantes aportaciones científicas al campo del Derecho Civil. Hay que recordar que precisamente este año se conmemora el 50 aniversario de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña.

En su discurso, el presidente de la Generalitat, José Montilla, destacó que las personalidades y entidades galardonadas «dan continuidad y enriquecen el legado social, cultural, intelectual y cívico de Cataluña», afirmando que «constituyen referentes en sentidos muy diversos, como la valía científica y académica, desde la física y la geología a la antropología y el derecho».

La distinción fue creada en 1981 con la finalidad de distinguir a las personas naturales o jurídicas que por sus méritos hubieran prestado servicios destacados a Cataluña. Cualquier ciudadano, grupo de ciudadanos o entidad puede pedir que se otorgue este galardón a alguna persona, ya sea física o jurídica.

El diseño de la cruz, del orfebre Joaquim Capdevila, está inspirado en la cruz del escudo de San Jordi, patrón de Cataluña, y dentro del ámbito del simbolismo religioso se interpreta como un símbolo de victoria.



Joan Carles Ollé, Decano del Colegio de Notarios de Cataluña, recibió el galardón de manos del Presidente de la Generalitat.



**La Cruz de Sant Jordi
es uno de los máximos
reconocimientos
que otorga la Generalitat
de Cataluña
a una institución**

Cruces de Sant Jordi 2010

Treinta y dos personalidades

Jaume Alsina Calvet. Empresario. Fundador del Grupo Alimentario Guissona.
Alberto Aza Arias. Diplomático. Jefe de la Casa de Su Majestad el Rey.
Agustí Maria Bassols i Parés. Abogado y político. Presidente del Consejo Consultivo de la Generalitat de Cataluña.
Joan Botam i Casal. Religioso capuchino. Fundador del Centro Ecuménico de Cataluña.
Helena Cambó i Mallol. Mecenaz. Presidenta del Instituto Cambó.
Montserrat Carulla i Font. Empresaria y mecenaz. Presidenta del Patronato Fundación Lluís Carulla.
Teresa Maria Castanyer i Bachs. Lingüista. Asesora Lingüística de Televisión de Cataluña.
Josep Maria Codina i Vidal. Físico. Director del Observatorio Fabra.
Joaquim Díaz i Muntané. Actor y director de doblaje.
Isidre Fainé i Casas. Economista y financiero. Presidente de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona.
Maria Àngels Falquès Avril. Activista cultural, política y editora. Fundadora de Edicions del Trabucaire.
Maria Lluïsa Ferrer i Martínez. Educadora y directiva de servicios sociales. Fundadora y presidenta de la Fundación Síndrome de Down de Gerona y Comarcas Astrid-21.
Josep Fornas i Martínez. Asesor fiscal, editor y político.
Salvador Gabarró Serra. Ingeniero industrial y directivo. Presidente del grupo Gas Natural – Unión Fenosa.
Tomàs Gil i Membrado. Músico.
José Antonio González Casanova. Político, jurista y escritor.
Francesc González Ledesma. Periodista, abogado y escritor. Ex presidente del Consejo de la Información de Cataluña.
Jordi Gumí i Cardona. Fotógrafo. Docente en la Escuela Massana de Barcelona y en el Instituto de Estudios Fotográficos de Cataluña.
Carlos Jiménez Villarejo. Fiscal. Presidente del Comité de Ética de la Policía de Cataluña.
María Dolores Juliano Corregido. Antropóloga social.
Teresa Juvé Acero. Pedagoga y escritora.
Manuel López Lozano. Jurista y político.
José María de Mena Álvarez. Jefe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
David Moner Codina. Abogado y dirigente deportivo. Presidente de la Unión de Federaciones Deportivas de Cataluña.
Manuel Oltra i Ferrer. Compositor.
Maria Pàrraga Escolà. Educadora y experta en trastornos del aprendizaje. Directora de la Fundación Pedagógica El Brot.
Manuel Pérez Bonfill. Escritor y profesor de lengua y literatura.
Jordi Porta Ribalta. Promotor cultural. Presidente de Òmnium Cultural y Director de la Fundación Jaume Bofill.
Joan Rosell Sanuy. Geólogo.
Carles Sumarroca Coixet. Périto industrial y empresario. Presidente de Honor de Comsa Emte.
Maria Tersa Miralles. Locutora de radio.
Joan Vila Grau. Pintor y vitralero. Fundador de la revista *Qüestions d'Art*.

Trece entidades

Asociación de Maestros Rosa Sensat.
Asociación del Via Crucis Viviente.
Casa Catalana de Zaragoza.
Casino Unión Comercial.

Esbart Català de Dansaires.
Escuela Valenciana – Federación de Asociaciones por la Lengua.
Federación de Grupos Amateurs de Teatro de Cataluña.
[Ilustre Colegio de Notarios de Cataluña](#)
Lonja de Reus.
Memorial Democrático de los Trabajadores y Trabajadoras de Seat.
Orden de la Mercè. Provincia de Cataluña-Aragón.
Sociedad Coral La Badalonense.
Unión Catalana de Hospitales. Asociación de Entidades Sanitarias y Sociales.



Conmemoración del 50 Aniversario de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña

En el marco de los actos previstos para conmemorar el 50 aniversario de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, el Colegio ha organizado en los últimos meses, a cargo de diversos colegiados, un [ciclo de conferencias](#) por todo el territorio catalán.

El primer acto tuvo lugar en [Lérida](#) el pasado 27 de abril, y contó con la presencia del alcalde de la ciudad, Ángel Ros. La conferencia corrió a cargo de Juan José López Burniol y, bajo el título «El impulso político de la Compilación», el ponente disertó sobre el largo proceso cultural, político y jurídico que llevó al texto de 1960. Durante el mes de mayo, concretamente el día 5 en [Tarragona](#) y el 26 en [Gerona](#), tuvieron lugar las conferencias de Martín Garrido Melero sobre «El nuevo Derecho Sucesorio catalán: de la Compilación a la actualidad», materia sobre la que el conferenciante es un reconocido especialista; y de Manuel Faus Pujol, titulada «de la Compilación a la innovación», respectivamente: el conferenciante, familiar de uno de los compiladores, hizo una gran defensa del legado de la Compilación, y a su vez ofreció un contrapunto crítico a parte de la legislación civil catalana posterior.

También [Tortosa](#) acogió una Jornada en el mes de junio, organizada conjuntamente con el Colegio de Abogados de Tortosa, y que contó con la presencia del alcalde de la ciudad, Ferran Bel, centrada en las especialidades locales del derecho tortosino, en la que participaron Elías Campo Villegas, que disertó sobre «Los regímenes económicos matrimoniales en el Derecho Especial de Tortosa»; Miguel Ángel Campo Güerri, sobre «El testamento sin institución de heredero en el Derecho Especial de Tortosa»; Pedro Carpena Sofio, quien centró su exposición en el «Engaño a medias, o la renuncia anticipada a la acción de rescisión por lesión. Su pacto al instrumento público»; y finalmente Antonio Carril Pan, el único ponente que no era notario sino Magistrado y ex presidente de la Audiencia Provincial de Tarragona, que se centró en «Los vicios del consentimiento en la renuncia de la acción de rescisión por lesión, el tratamiento jurisprudencial».



Las conferencias en Lleida (página anterior), Tarragona, Girona y Tortosa precedieron al acto central en Barcelona

El acto final de conmemoración tuvo lugar en [Barcelona](#), en la sede del Colegio, el pasado 21 de julio, exactamente 50 años después de la fecha en que fue promulgada la compilación. Robert Follia Camps, destacado continuador de la labor de la generación compiladora, dictó una conferencia sobre «Significado e importancia de la Compilación». Con la presencia de la Consejera de Justicia, Montserrat Tura, y de diversas autoridades en el ámbito jurídico y económico, este acto cerró oficialmente el amplio programa diseñado para conmemorar la compilación del Derecho Civil de Cataluña, en la que los notarios tuvieron una contribución muy destacada, y que sigue siendo hoy un documento de referencia útil y diaria para todo el notariado (*más información en el próximo número*).

Hay que agradecer, una vez más, la labor realizada por todos los miembros de la Comisión creada a tal efecto en el seno del Colegio, integrada por Joan Bernà i Xirgo, Jordi Figa López-Palop, Josep Rodríguez Calvo, Gabriel Suau Roselló i Josep M. Villafraña Mercé y presidida por el Decano, Joan Carles Ollé.

LA INESTIMABLE CONTRIBUCIÓN DEL NOTARIADO

La afirmación de Josep Pla de que todo el paisaje que se divisa desde el Pedró de Pals ha sido configurado por los notarios de la Bisbal, es sólo una figura literaria; pero es una realidad constatable, como escribía Duran y Bas, que la organización social de un pueblo se encuentra reflejada en sus leyes civiles, que modelan los rasgos característicos de sus relaciones personales y patrimoniales.

La Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960 es un punto de llegada, final exitoso de un largo proceso de conservación y defensa del derecho civil propio que se inicia en el siglo XVIII y toma impulso en el siglo XIX con el inicio de los trabajos preparatorios del *Código Civil*, consiguiendo introducir el artículo 12 de este texto legal, que preservaba los entonces llamados derechos forales, y continúa después hasta la plasmación legal de estos derechos civiles peninsulares en las Compilaciones, fundamentalmente a raíz del Congreso de Derecho Civil de Zaragoza de 1946.

La Compilación, un texto de extraordinaria calidad jurídica, es una obra colectiva, impulsada por el conjunto de la sociedad civil y de la comunidad jurídica catalana. En su elaboración destacan fundamentalmente, sin embargo, los juristas prácticos, los abogados y los notarios sobre todo. Es justo recordar en las tareas de redacción fue decisiva la contribución del notariado y de algunos de sus miembros más ilustres, como Ramón Maria Roca Sastre, Ramón Faus, José Ma de Porcioles y Lluís Figa Faura, que incorporaron muchas de las instituciones propias de Cataluña pero también, tal como dice su artículo 2, de las peculiares de algunas poblaciones o comarcas como la de Barcelona, la de Tortosa y sus términos, la del Campo de Tarragona, la del Obispado de Gerona, la Vall de Aran, el Pallars Sobirà y la Conca de Tremp, que a pesar del paso del tiempo se habían conservado vigentes, depuradas y actualizadas en sus protocolos.

Esta implicación del notariado en el Derecho Civil de Cataluña es de hecho muy anterior a la Compilación. Ha continuado después de la Constitución de 1978 a través de figuras tan relevantes como Josep Maria Puig Salellas, y continúa en la actualidad, con una participación numerosa y cualificada de colegiados, en el seno del Observatorio de Derecho Privado de la Generalitat, en colaboración con el conjunto de los colectivos jurídicos, catedráticos, profesores universitarios, abogados y registradores, principalmente en la elaboración del Código Civil de Cataluña.



La Directora General estuvo acompañada de diversos miembros de la Junta de Gobierno

El Derecho de Sociedades, visto por la Directora General de los Registros y del Notariado

El Colegio contó con la presencia, el pasado 27 de mayo, de la Directora General de los Registros y del Notariado, [María Ángeles Alcalá](#), quien pronunció la conferencia "Presente y futuro del Derecho de Sociedades en un marco económico cambiante."

En su presentación, el Decano del Colegio agradeció a la Directora General su defensa constante de la función notarial y del actual sistema de seguridad jurídica preventiva, así como la búsqueda permanente del consenso entre notarios y registradores. Aun así, también le transmitió el descontento del colectivo notarial ante las recientes medidas económicas adoptadas por el Gobierno, recogidas en el Real Decreto 8/2008, de 20 de mayo, en la medida que afectan a un Arancel que ya ha sido objeto de múltiples rebajas y que, desde su aprobación en 1989, no ha sido actualizado. En referencia a la conferencia, afirmó que "fenómenos como la globalización, la mundialización de los mercados, la inmigración o la crisis económica actual implican cambios vertiginosos en la propia sociedad y en las iniciativas por parte de los poderes públicos y de los organismos legislativos a los que es necesario estar muy atentos". En este sentido, afirmó que "el notariado siempre ha sabido adaptarse a todos los cambios sociales" y destacó que en el año largo de mandato de la nueva Directora se observa un fuerte impulso de renovación y modernización dignos de elogio.

Cambios de tendencia

En el transcurso de la conferencia, María Ángeles Alcalá hizo un [breve repaso a la historia y la evolución del Derecho de Sociedades](#) y analizó determinados [cambios de tendencia](#) así como los [retos](#) que ha de asumir España para abordar la necesidad de [modificaciones legales](#) que vienen impuestas desde Europa. A continuación, publicamos un resumen de su exposición.

En los últimos años, se ha producido un [replanteamiento](#) respecto a las tradicionales relaciones tipológicas de las sociedades de capital y en relación a los modelos empíricos. Ya no se habla de Sociedad Anónima y de Sociedad de Responsabilidad Limitada, sino de Sociedad cotizada y Sociedad cerrada. Se han hecho numerosas reformas normativas en la última década tanto en Estados miembros de la Unión Europea como en Derecho Comunitario, tomando a menudo como base el debate sobre "*corporate governance*".

En el Derecho de Sociedades Cotizadas han influido especialmente los escándalos financieros, debates sobre el funcionamiento de mercados, las diferencias entre el modelo anglosajón y el europeo continental y la necesidad de protección de los inversores. Entre las [reformas más destacadas](#) encontramos la Ley de Control y Transparencia de 1998 y la Ley sobre Acciones y Flexibilización del Ejercicio de los Derechos de Socio de 2001, o la Ley de Transparencia y Publicidad de 2002, todas ellas en Alemania. En Italia, el texto único financiero de 1998 y la reforma del Código Civil de 2003 han marcado un nuevo marco de referencia. En Francia se ha desarrollado una nueva regulación económica en 2001 y la nueva regulación de los mercados financieros de 2002, además de modificaciones profundas en relación al Derecho de Sociedades



Desde el año 2000 hasta la actualidad, el 95% de sociedades constituidas en España lo han hecho como Sociedad de Responsabilidad Limitada

de Capital y las consiguientes reformas del Código Civil y de los Códigos de Comercio. En Reino Unido, en el año 2001 se modificó la "Company Act". En España se incorporó la Ley financiera de 2000 y, sobre todo, la Ley de Transparencia de 17 de julio de 2003. En el contexto europeo, encontramos las propuestas de la comisión del año 2003, que recogía las recomendaciones que el informe Winter había ido incorporando. También la modificación de la primera directiva comunitaria fue significativa como mecanismo de protección. En Estados Unidos, se han intentado incrementar los niveles de seguridad, confianza y transparencia con la Ley Sarbanes-Oxley de 2002 de ámbito federal.

En cuanto a la **protección del inversor**, se han abierto dos caminos: por un lado, incrementar instrumentos de transparencia e información para garantizar que el inversor tenga suficientes elementos de valoración y el control sobre la administración societaria. En este sentido, se incorporan nuevas tecnologías en el funcionamiento societario, como medio de protección del inversor, haciendo que la divulgación de la información relevante se haga de manera no costosa para el socio y que pueda divulgarse a los mercados, no a destinatarios concretos. Por otro lado, se pretende que los inversores se impliquen en la gestión societaria a través de su participación en la Junta General. Con este fin se introducen instrumentos de potenciación de la Junta, por un lado y de abaratamiento y flexibilización de los instrumentos de participación del socio, por otro.

Los mercados anglonorteamericanos poco tienen que ver con el mercado de Europa occidental, como tampoco la sociología de la cotizada es comparable. Por ello en el contexto de los debates y reformas en Europa, se opta por una doble vía: mantener instrumentos tradicionales del Derecho de la Europa Continental, e incrementar los mecanismos orientados a los mercados más propios de los modelos anglonorteamericanos. En relación a la cotizada, se ha intentado hacer un sistema coordinado donde no se abandonen los aspectos societarios y se refuercen los aspectos financieros.

Por otro lado, en Europa occidental se abre un **debate entre modelo dualista y modelo monista**, apreciándose una expansión del modelo dualista de administración societaria, al que los países latinos eran inicialmente reacios. La teórica asociación entre el modelo dualista y la representación de los trabajadores en la estructura societaria se ha disuelto y países como Francia e Italia han incorporado este modelo a sus legislaciones nacionales. En este momento España, es uno de los pocos países que no tienen una alternativa al sistema monista, a excepción de la incorporación del reglamento de Estatuto de Sociedad en la Unión Europea, que sí lo prevé.

Preponderancia de la Sociedad de Responsabilidad Limitada

En España, las Sociedades de Responsabilidad Limitada se han consolidado como el modelo de sociedad preferente para las pequeñas y medianas empresas (pymes). Así, desde el año 2000 hasta la actualidad, el 95% de sociedades constituidas en España lo han hecho como Sociedad de Responsabilidad Limitada y un 1% desde 2008 y con tendencia decreciente, como Sociedades Anónimas. Los trabajos de los legisladores españoles, como lo han sido los de los europeos, van en la línea de mejorar, simplificar y abaratar costes en el proceso de creación de pymes, intentando que la intervención estatal se centre más en fomentar y ayudar que no en controlar la constitución de sociedades. Por otro lado, se pretende simplificar y abaratar los costes constitutivos. En 2008 se publicó el documento "Small Business Act" en el que se reconoce el papel fundamental de las pymes en la economía comunitaria, en la creación de puestos de trabajo y en el PIB, así como la idea de que su constitución ha de responder normativamente a una forma abierta, flexible, barata y rápida. El objetivo es crear un marco económico de competencia entre las pymes en el seno del mercado interior y mejorar el entorno jurídico y administrativo relativo a su constitución y funcionamiento.

La idea que ya se ha incorporado en algunas reformas del Derecho Español de Sociedades ha sido la **adaptación de los tipos societarios a los modelos sociológicos de empresa**. También se ha creado un nuevo tipo societario: la Sociedad Limitada Nueva Empresa, cuya singularidad reside en prever un proceso constitutivo diferente. Otros países, como Alemania o Portugal, lo que han hecho ha sido adaptar o reformar la



María Ángeles Alcalá afirmó que vivimos un momento crucial marcado por profundos cambios

“Defendemos la modernización del modelo sin alterar su esencia. Notarios y registradores sois observadores privilegiados”

legislación sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada introduciendo modificaciones en referencia a su constitución, simplificando y abaratando costes. Debe señalarse, en este contexto, el Reglamento de Sociedad Privada Europea que se está debatiendo en la actualidad y que tiene como idea orientadora la conformación de un tipo societario nuevo para las pymes. Si ve la luz, supondrá un importante cambio de tendencia ya que su planteamiento gira en torno a un tipo societario de capital, con la traslación de los mecanismos de control a los mercados y la inoperancia de instrumentos tradicionales de control propios del derecho de Europa continental. La flexibilidad organizativa y el reconocimiento de un amplio margen de autonomía de voluntad marcan un cambio de orientación del Derecho Comunitario en materia societaria.

El futuro próximo: modernizar el sistema sin alterar su esencia

Según la Directora General, los próximos años serán de **reformas del Derecho de Sociedades** en nuestro país. El nuevo contexto regulatorio europeo intenta armonizar el Derecho de Sociedades para establecer marcos reguladores muy flexibles pero imponiendo modelos específicos a las legislaciones nacionales, lo que puede cambiar la manera de legislar de los Estados miembros. Se puede crear un contexto de regulación en el cual exista competencia entre legislaciones y en el que las empresas opten por ubicar la sede social en aquellos países en que la legislación societaria les sea más favorable. Por lo tanto, la legislación societaria puede convertirse en un elemento de creación de tejido productivo y de creación de puestos de trabajo, y resulta fundamental en el diseño de los sistemas económicos europeos.

En España, se ha aprobado la ponencia de la Comisión General de Codificación sobre el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital –materia hasta ahora poco ordenada y asistemática– y, por otro lado, estamos pendientes de la transposición de la Directiva comunitaria sobre derechos de los accionistas. Hay que considerar al accionista desde la doble condición de inversor y de accionista, incluso en las cotizadas, y hay que afrontar la incorporación de instrumentos de manera adaptada y singularizada según las particularidades propias de la cotizada, pero sin renunciar a instrumentos societarios.

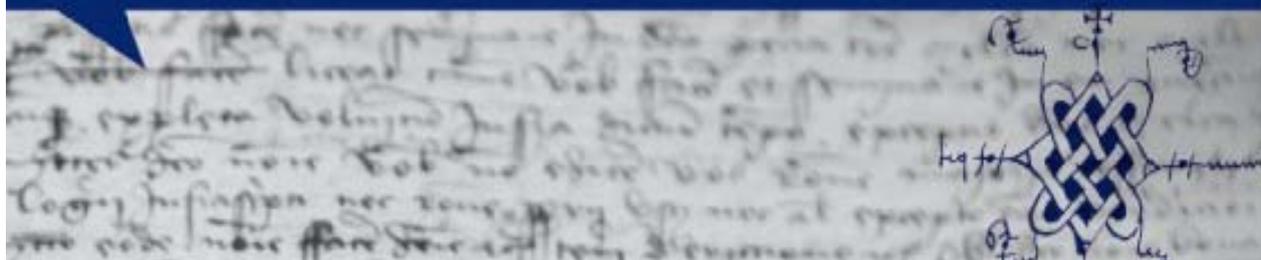
En cuanto a la regulación del Derecho de Sociedades como medio para incrementar la competitividad del sistema económico y de las empresas, el objetivo de la simplificación y de la reducción de costes constitutivos se ha conseguido en España creando un tipo societario nuevo. Pero la Sociedad Nueva Empresa no ha calado entre los operadores jurídicos y económicos. Ahora se ha cambiado la tendencia para abordar un proceso de simplificación, agilización de trámites y abaratamiento de costes para las pymes. El proyecto de Ley de Economía Sostenible, en sus artículos 38 y 42, configura un sistema constitutivo de sociedades que pretende ser ágil, flexible, rápido y barato. En Alemania, por ejemplo, se ha suprimido la escritura pública para las microempresas, o Portugal la ha suprimido para la constitución de pequeñas sociedades. Aquí, aun suponiendo un sacrificio, se ha conseguido alcanzar la idea de la simplificación y flexibilización sin tener que renunciar a nuestro modelo. Agilizar el procedimiento mediante la generalización de métodos telemáticos, reducir los tiempos de respuesta de los funcionarios públicos intervinientes y aligerar la carga administrativa de los ciudadanos son algunos de los objetivos de esta Ley.

Como conclusión, María Ángeles Alcalá afirmó que vivimos un momento crucial, marcado por profundos cambios económicos, sociales y tecnológicos que tendrán gran trascendencia en cuanto al marco jurídico general y al Derecho de Sociedades. Serán necesarios cambios hechos con coherencia y seriedad y teniendo siempre en cuenta el entorno económico. Para ello, será necesario, en su opinión, contar con la colaboración de todos los operadores económicos y, sobre todo, con los operadores jurídicos y todos aquellos que tradicionalmente han hecho realidad el proceso de constitución de sociedades: “Es necesaria una reflexión sobre el papel a desarrollar en el nuevo marco normativo y económico. Lo que defendemos es la modernización del modelo sin alterar su esencia. Notarios y registradores sois observadores privilegiados y vuestras consideraciones profesionales son de extraordinario valor en este proceso que iniciamos, que supondrán un proceso de transformación y de modernización del Derecho Sociedades de nuestro país.”

cnoti- cias

SEPTIEMBRE
2010

Boletín Informativo del Colegio de Notarios de Cataluña



[Para acceder al Boletín informativo del Colegio Notarial de Cataluña haga clic aquí.](#)

DictaLaw[®]

USTED HABLA Y EL ORDENADOR LO TRANSCRIBE TODO



El primer y único sistema integrado de reconocimiento de voz para juristas

Con **DictaLaw** multiplicará por cuatro su productividad frente al uso del teclado, por no hablar de su comodidad y facilidad de uso.

La incorporación de un extenso vocabulario jurídico en castellano y latín así como un conjunto de herramientas de lenguaje natural son la clave de la extraordinaria precisión de **DictaLaw**.

Hablar y escribir ahora es lo mismo.

DictaLaw. Dígalo por escrito.

Solicite ahora más información sin compromiso llamando al
902 250 500



LA LEY

grupo Wolters Kluwer