

LaNotaria

Número 1 | 2010

Revista del Col·legi Notarial de Catalunya

Llei de modificacions estructurals de les societats mercantils

Per Francisco Vicent Chuliá

Entrevista a MONTSERRAT TURA
Consellera de Justícia Generalitat de Catalunya

Entrevista a MARÍA ÁNGELES ALCALÁ
Directora General dels Registres i del Notariat

EDITORIAL

A l'inici
d'un nou temps

INTERNACIONAL

La presidència espanyola a la UE
i l'aplicació del Tractat de Lisboa
i el Programa d'Estocolm

TRIBUNA

Joan Carles Ollé Favaró
Juan-José López Burniol

**Director:**

Ángel Serrano de Nicolás

Sotsdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consell de redacció:

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

Consell 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 Verdura 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*)

Coordinació:

Sandra Purroy Corbella

Diseny i producció: LA LEY

ISSN: En tràmit

D.L.: BI-2450-2010

Tots els drets reservats

Les opinions expressades pels nostres
col·laboradors en aquestes pàgines són
de la seva exclusiva responsabilitat i no
coincideixen necessàriament amb la línia
editorial de **LA NOTARIA**

© 2010 *Il·lustre Col·legi de Notaris
de Catalunya*

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edició online disponible www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

A l'inici d'un nou temps

Sembla un costum inveterat que, en nomenar-se un nou director en una revista jurídica, i amb ell un nou equip, es doni compte i raó no ja del passat, –que per si sol demostra la seva notorietat (en el nostre cas concret n'hi ha prou de repassar l'índex dels tres toms recopilatoris amb què es va celebrar el 150è aniversari per veure la magnitud del que ja s'ha fet)– sinó del que es pretén per al nou temps que comença. Respecte al director, simplement he de dir que em considero una mera baula més de la ja llarga cadena dels que brillantment m'han precedit i respecte dels quals només em caldria seguir-ne l'estela per, no només no perdre'm, sinó per sortir, com a mínim ben parat, de l'encàrrec que se m'ha encomanat.

Del Consell de redacció vull ressaltar la seva pluralitat i, a més, que juntament amb els que ja eren habituals, d'una manera o altra a les pàgines de la revista, s'incorpora una distingida representació del que és la nova generació de notaris de manera que es pot afirmar que hi estan representades totes les generacions i maneres de concebre el notariat. Tot i que es tracta d'un afany col·lectiu, i donant per descomptat l'entrega segura de tots i cadascun dels integrants, les diferents seccions tindran un responsable concret, la qual cosa permetrà, dins de l'objectiu comú, que cadascú pugui imprimir el seu segell personal a la seva secció.

Comença un nou temps, en què es mantindran les coses perennes del notariat i de la revista, per molt que s'adapti a les noves realitats, com són el disseny i preferències d'alguns continguts (bàsicament, dret comparat i de la Unió Europea, així com notícies corporatives), o la novetat de poder-la consultar íntegrament a través d'Internet, no només per als integrants del notariat, sinó per a qualsevol estudiós, sense perjudici que els índexs continuïn a les pàgines universitàries habituals (Compludoc, Dialnet o, més enllà dels mars, la UNAM).

A més de la part formal, s'ha volgut especialment que la revista tingui un Consell editorial complet i distingit, integrat per notaris destacats i professors universitaris eminents, no únicament catalans, sinó –perquè així s'ha volgut expressament– de diferents universitats espanyoles, a qui des d'aquí vull reiterar un cop més el meu profund agraïment i el de la Junta, per voler-nos honrar amb la seva presència i el seu saber.

En aquest nou temps, en què a partir de l'evolució sobre tot el que ja hi ha fet aniran naixent coses noves i, segurament, innovadores, **LA NOTARIA** pretén ser un punt de trobada del món notarial i universitari, així com de les últimes investigacions amb la praxi.

Des de les bases i pretensions que acabo d'exposar, comencem aquesta nova etapa, simplement un nou temps en aquesta ja més que centenària revista, amb el propòsit renovat d'acréixer la seva contribució al notariat i a la investigació jurídica.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Dret
Notari de Barcelona



Editorial

- A l'inici d'un nou temps. Per *Ángel Serrano de Nicolás*

3



Tribuna

- El futur i els seus reptes. Per *Joan Carles Ollé Favaró*
- Progrés, seguretat i mercat. Per *Juan-José López Burniol*

5

7



Doctrina

- Anàlisi crítica de la Llei de modificacions estructurals de les societats mercantils. Per *Francisco Vicent Chuliá*

9



Pràctica

- L'actuació de l'expert i l'auditor de comptes davant de la Llei de modificacions estructurals. Per *Donato Moreno González*

28



Entrevistes

- "La Compilació va salvar el nucli essencial del nostre patrimoni normatiu". *Montserrat Tura*, Consellera de Justícia Generalitat de Catalunya
- "Valoro molt positivament les iniciatives dels col·legis de notaris i de registradors de Catalunya per a la col·laboració mútua". *María Ángeles Alcalá*, Directora General dels Registres i del Notariat

39

44



Internacional

- Presidència espanyola a la Unió Europea i aplicació del Tractat de Lisboa i el Programa d'Estocolm. Ressenyes de Normativa, Jurisprudència i Dret Comparat. Per *Elisabeth García Cueto*

47



Sentències

- Ressenyes de les sentències del Tribunal Suprem i del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. Per *la redacció Editorial LA LEY* i per *Víctor Esquirol*

53



Resolucions

- Ressenyes de les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat i la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat. Per *Fernando Agustín Bonaga* i per *Víctor Esquirol*

58



Notícies

- Notícies corporatives i del món del Dret

76

El futur i els seus reptes



JOAN CARLES OLLÉ FAVARÓ

Notari de Barcelona. Llicenciat en Dret i en Filologia Hispànica per la Universitat de Barcelona. Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya des de 2008. És professor del Departament de Dret Civil de la Universitat Pompeu Fabra, i membre del Consell Rector de l'Observatori de Dret Privat de la Generalitat. També és membre del patronat de diverses fundacions de caire cultural, entre d'altres.

La Revista del Col·legi de Notaris de Catalunya, LA NOTARIA, una de les revistes jurídiques més antigues d'Espanya, fou creada el 1858 per l'aleshores Degà, Fèlix Falguera. Es fins i tot anterior, per tant, a la Llei del Notariat de 1862, i en la seva llarga trajectòria ha estat un testimoni fidel de la història del notariat modern i un destacat fòrum d'estudi d'alta qualitat científica en el si de la comunitat jurídica. En tot aquest temps han estat múltiples les Junes Directives, els Directors i Consells de Redacció, així com nombrosíssims els col·laboradors que amb el seu esforç han fet possible aquest èxit corporatiu. Particularment, es digne d'elogi el bon treball realitzat pel Director de la darrera etapa, Martín Garrido Melero, i tot el seu equip.

En la seva nova etapa, sota la direcció d'Ángel Serrano de Nicolás, tot aprofundint en el segell científic que caracteritza la nostra revista, es vol que aquesta obri el seu camp d'actuació en diverses direccions: recuperar la informa-

ció corporativa del Col·legi; convertir-la en una tribuna d'opinió en que es pugui tractar el més ampli ventall de temes notariaus del present i del futur i, en general, les matèries i les controvèrsies jurídiques que en cada moment siguin objecte de debat en el si de la comunitat jurídica catalana i espanyola. Però hi ha més prioritats: atenció preferent a l'àmbit europeu; especial cura de la versió on line de la revista; i edició per primer cop en doble versió, en català i castellà, d'acord amb la realitat bilingüe de Catalunya.

En la seva llarga trajectòria, LA NOTARIA ha estat un testimoni fidel de la història del notariat modern

La Junta Directiva que presideixo li ha demanat expressament al nou Di-

rector que siguin potenciades algunes de les característiques de sempre de LA NOTARIA: obertura al conjunt dels notaris espanyols i a altres professions jurídiques, en especial al món universitari, amb qui el notariat s'ha sentit des de sempre molt proper, motiu per el qual s'ha fet un esforç per reunir-ne una molt bona representació en el Consell Editorial; compromís amb la llibertat i la pluralitat, amb el límit del respecte degut a les persones i les institucions. Lògicament, la Revista es reserva la seva opinió i els seus punts de vista, que s'expressaran en les editorials, els articles del Director i el Degà i altres espais reservats a aquests efectes.

LA NOTARIA tindrà unes coordenades de fons que inspiraran la seva línia editorial: defensa de la funció notarial, que es considera útil i beneficiosa per a la societat pel control de legalitat que realitza el notari i per l'alt grau de seguretat jurídica que aporta als ciu-

tadans; defensa del vigent sistema de seguretat jurídica preventiva, un dels millors i més garantistes del món, amb l'escriptura pública en el centre de l'iter transmissiu, sens perjudici de la necessitat permanent d'actualització i modernització, preferentment a través del consens de les dues corporacions notarial i registral; i defensa de la unitat de cos de la corporació notarial, amb ple respecte a la Constitució, als Estatuts vigents i a les sentències del Tribunal Constitucional. En concret, la sentència de l'Alt Tribunal del passat 28 de Juny sobre l'Estatut de Catalunya ha declarat constitucional l'article 147 del mateix, que regula les competències de la Generalitat de Catalunya en matèria notarial i registral, fet que introdueix un element de tranquil·litat i seguretat que cal valorar positivament. D'altra banda, en els fonaments de la sentència es consagra la necessitat de coordinació i col·laboració, en aquesta matèria, entre les Administracions central i autonòmica, la qual cosa avala la línia seguida pels responsables polítics en els últims temps i el que sempre ha defensat i impulsat l'actual Junta Directiva del Col·legi Notarial de Catalunya.

La informació corporativa serà un eix narratiu en el futur. En l'àmbit del Col·legi, transcorregut més d'un any i

mig del mandat de l'actual Junta Directiva, penso sincerament que hem aconseguit bona part d'allò que havia estat el nucli essencial del nostre programa: donar un nou impuls al Col·legi i a les activitats col·legials, fent-lo a nivell intern més transparent, modern, eficaç i participatiu; i a nivell extern, incrementar la col·laboració amb la resta dels operadors jurídics i econòmics, tot recuperant i potenciant la presència i implicació del Col·legi en el conjunt de la societat catalana. Tenim també l'orgull d'haver assolit una relació propera i fluïda amb l'Administració, molt en especial amb la Conselleria de Justícia i la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En un context més general, d'anàlisi de la situació actual del conjunt del notariat espanyol, es poden fer algunes reflexions de caire general: el notariat viu una etapa, que es pot qualificar de transició, en que resten pendents algunes qüestions i problemes importants que es necessari resoldre aviat per clarificar el futur de la professió: la divisió interna, que ens desgasta i afebleix; l'erosió continuada i ja inassumible sobre l'aranzel, que està posant en perill la viabilitat de molts despatxos; els enfrontaments reiterats amb el col·lectiu de registradors, que qüestionen les bases del sistema de seguretat jurídica preventiva sense alternatives realistes; i la manca de mecanismes plenament representatius d'elecció de la cúpula corporativa, la qual cosa dificulta la permeabilitat i connexió d'aquesta amb les preocupacions i els problemes reals dels notaris.

El context de crisi econòmica i de valors de la conjuntura actual, fa necessaris i imprescindibles adaptacions i canvis en totes les professions, també en la notarial, sempre que no es desvirtui i es posi en perill allò que és essencial en la funció. Les situacions de canvi i de crisi, amb el risc que els és inherent, comporten també reptes, oportunitats per al futur: clarament és així en el camp de les noves tecnologies, en que el notariat ha estat i es capdavanter. Tanmateix hi ha alguns grans projectes corporatius reiteradament ajornats, que resulten

inevitables per als propers anys, si es vol sortir de l'impasse actual i encarar amb força les properes dècades: nou Aranzel, Llei de Seguretat Jurídica Preventiva, nova reforma del Reglament Notarial amb elecció directa i universal del President del CGN i el seu equip directiu, i Llei de Jurisdicció Voluntària.

La manca de mecanismes plenament representatius d'elecció de la cúpula corporativa dificulta la permeabilitat i connexió d'aquesta amb les preocupacions i els problemes reals dels notaris

Ara bé, tots aquest projectes i altres que puguin sorgir del notariat, no reeixiran si prèviament no es fa un esforç intel·lectual en combatre alguns falsos axiomes fortament arrelats en el si de l'opinió pública: un és l'apriorisme que el servei públic notarial és un servei car. Aquesta és una afirmació molt estesa que els juristes sabem que és totalment equivocada: el document públic notarial aporta un plus de seguretat jurídica a un preu molt raonable, clarament inferior al dels països del nostre entorn. I amb un índex de litigiositat baixíssim, que no admet comparació amb altres sistemes que de vegades es postulen. Però potser tot plegat els notaris no ho hem sabut explicar.

I el segon fals axioma que hem de posar a sobre la taula és aquell que afirma categòricament la bondat de la desregulació que, d'una manera certament sorprenent, segueix avançant poderosament a la nostra societat, fins i tot amb iniciatives legislatives quan, precisament, les teories neoliberals que la sustenten ara han quedat totalment desacreditades. Aquest és un debat de molt calat però que està clarament desenfocat: si alguna cosa ha demostrat l'actual crisi financera internacional és que la desregulació implica una gran inseguretat jurídica i que el que exigeixen els nous temps és més seguretat jurídica, més regulació i més controls de l'Estat. I els notaris formem part de l'Estat, exercim una funció de l'Estat.



Progrés, seguretat i mercat

Hi ha progrés econòmic perquè hi ha mercat; i hi ha mercat perquè hi ha seguretat jurídica



JUAN-JOSÉ LÓPEZ BURNIOL

Notari de Barcelona. Llicenciat en dret per la Universitat de Navarra. Ex degà del Col·legi Notarial de Catalunya (1987-1989), actualment col·labora en diversos medis de comunicació. Ha presidit Tribuna Barcelona durant deu anys i ha format part de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya. Actualment és conseller de «La Caixa» i vocal del Cercle d'Economia.

La primera aproximació dels ciutadans a la seguretat se ceneix a l'ordre públic en sentit estricte, que engloba la protecció de vides i hisendes per part de l'Estat, únic detentor de la violència legítima. Però —com ha escrit José-Luís Mezquita— el concepte de seguretat té una dimensió més profunda, l'origen de la qual rau en l'afany de cada home de disposar d'un repertori de certes que li permetin, a més de viure en llibertat, autorregular els seus interessos i autogestionar els seus recursos. Aquesta dimensió de la seguretat fa possible un espai de lliure acció en què els ciutadans poden desenvolupar la seva iniciativa. Una iniciativa que —com matisava Ihering— és egoista en el seu impuls íntim, però els resultats de la qual són la causa

principal del progrés de les comunitats polítiques. En aquesta línia, els historiadors s'han preguntat perquè Europa occidental es va desenvolupar abans que la resta de les civilitzacions euroasiàtiques entre 1400 i 1800. La seva resposta és concloent. A partir d'un moment, les famílies que integraven els pobles europeus occidentals van començar a limitar el seu autoconsum i a destinar al mercat una part de la seva producció. Ara bé, no n'hi ha prou de produir un excedent, ja que cal tenir la seguretat que és preferible canviar-lo abans que consumir-lo. I aquella seguretat fou possible perquè a Europa es va formar un sistema descentralitzat de poder polític, integrat per estats incipients en equilibri inestable i competència constant, més interessats

a protegir el comerç dels seus súbdits que a acaparar la riquesa per destinar-la, com van fer altres imperis coetanis, a finançar una política d'expansió territorial i consum sumptuari. En resum: hi va haver progrés perquè hi va haver mercat; i va ser possible el mercat perquè hi va haver seguretat jurídica.

No és estrany, per tant, que la seguretat jurídica s'hagi convertit en un principi bàsic del constitucionalisme. Així, la Constitució espanyola de 1978 el consagra com a principi fonamental de l'ordenament amb una doble vessant: 1. Dotar de fermesa la titularitat dels drets, així com d'eficàcia la lliure negociació d'aquests. 2. Garantir als més dèbils que no quedaran a l'atzar dels creixents desequilibris econòmics.

La seguretat jurídica es fa efectiva, en cada vessant, a través d'institucions diverses. L'Administració de Justícia té cura de la protecció dels drets pel que fa a les titularitats –seguretat estàtica–; i el sistema de seguretat jurídica preventiva té cura de la negociació lliure i eficaç dels drets –seguretat dinàmica–, controlant el joc de la llibertat a les convencions privades, per corregir els excessos que deriven –al mercat– del fet que aquella llibertat no opera gairebé mai entre subjectes iguals en recursos i circumstàncies.

En qualsevol Estat de Dret existeix un sistema de seguretat jurídica preventiva, fruit de la seva evolució històrica. Als països llatins, la peça mestra del sistema és el document públic notarial.

En qualsevol Estat de Dret existeix un sistema de seguretat jurídica preventiva, fruit de la seva evolució històrica. Als països llatins, la peça mestra del sistema és el document públic notarial. En efecte, la història hi ha configurat el notariat com a clau del sistema de seguretat jurídica preventiva, perquè estigui present –«*estigui allà*»– en el moment de la perfecció del contracte –en el «*moment de la veritat*»: quan, per exemple, el comprador paga el preu i el venedor lliura la cosa–, «*donant forma*» al negoci en benefici de les parts, dels tercers i de l'interès públic; és a dir, posant els pressupostos necessaris (assessorament, control de legalitat i redacció) perquè «*l'escriptura*» gaudeixi, no només d'«*autenticitat formal*» – data i identitat dels atorgants –, sinó que en «*faci fe*» del contingut i pugui assolir, per aquesta «*autenticitat de fons*», plena eficàcia davant de tercers, mitjançant la seva inscripció en un registre públic de seguretat jurídica. De la qual cosa resulta:

1. Que l'essència de la funció notarial radica a posar els pressupostos necessaris –assessorament, control de legalitat i redacció– perquè l'escriptura en «*faci fe*» del contingut (eficàcia substantiva).



2. Que l'escriptura assoleix plena eficàcia davant de tercers, mitjançant la seva inscripció en un registre públic de seguretat jurídica.
3. Que l'escriptura i la inscripció són dues peces complementàries i indissociables d'un mateix sistema.
4. Que no és pensable, en una societat de masses, la plena eficàcia d'una escriptura sense inscriure-la en un registre públic de seguretat jurídica.
5. I que tampoc és pensable l'existència d'un registre públic de seguretat que no s'articuli fonamentalment

sobre la base d'inscripció de títols –escriptures– dotats d'autenticitat de fons.

Aquest sistema, té virtualitat de futur? Tota, mentre sigui *eficaç* (que ho és, ja que respon amb ínfima conflictivitat de la titularitat del dret i de l'estat de càrregues, i no només de la indemnització que garantiria una assegurança) i sigui més *econòmic* que la seva alternativa (la qual cosa està acreditada, si se'n compara el cost amb el previsible de les primes de les assegurances que, si s'escau, el substituïrien).

Anàlisi crítica de la Llei de modificacions estructurals de les societats mercantils^(*)

La Llei 3/2009, de 3 d'abril, sobre modificacions estructurals de les societats mercantils constitueix una fita històrica, però planteja nombrosos dubtes i presenta llacunes. Aquesta anàlisi té com a objectiu facilitar-ne l'aplicació pràctica.



FRANCISCO VICENT CHULIÀ
*Catedràtic de dret mercantil
de la Universitat de València
Soci d'honor de Cuatrecasas,
Gonçalves Pereira*

1. Modificacions estructurals i principis de bona regulació

La Llei 3/2009, de 3 d'abril (BOE del 4), sobre modificacions estructurals de les societats mercantils (LME), regula aquesta matèria i algunes modificacions de la Llei de societats anònimes, especialment el règim de l'autocartera i de les aportacions socials no dinerà-

ries (en transposició de la Directiva 2006/68/CE, de 6 de setembre de 2006, que modifica la segona directiva sobre societats). Constitueix una **fita històrica** i, en part, **una ocasió perduda per a la regulació completa i més perfecta** per a **totes les** nostres empreses, perquè només s'aplica a les societats mercantils, planteja nombrosos dubtes i presenta llacunes. Pe-

rò l'anàlisi crítica de la Llei ha de ser constructiva, i **facilitar-ne l'aplicació pràctica**.⁽¹⁾

Segons l'art. 1 LME «aquesta Llei té per objecte la regulació de les modificacions estructurals de les societats mercantils, consistents en la transformació, fusió, escissió o cessió global d'actiu i passiu, inclòs el trasllat internacional del domicili social.»⁽²⁾ Inclou dos grups de modificacions: el canvi de règim legal aplicable (transformació i trasllat internacional de domicili quan canvia la llei nacional), i operacions típiques de transmissió patrimonial amb successió universal (fusió, escissió, segregació i cessió global d'actiu i passiu).

Són els arts. 1 i 2 de la LME els encarregats d'establir el seu àmbit objectiu i subjectiu d'aplicació

L'art. 2 LME («àmbit subjectiu») estableix que «aquesta Llei és aplicable a totes les societats que tinguin la consideració de mercantils, o bé per la naturalesa del seu objecte, o bé per la forma de la seva constitució. Les modificacions estructurals de les societats cooperatives, així com el trasllat internacional del seu domicili social, es regeixen pel seu específic règim legal». La norma sembla ociosa o buida perquè la normativa vigent ja determina que és una societat mercantil i perquè les cooperatives no són societats mercantils (en congruència amb l'EM i l'art. 124 del CdeCo, la legislació cooperativa històrica posterior de forma ininterrompuda i els estatuts d'autonomia i legislació cooperativa vigents, més la jurisprudència del Tribunal Constitucional). No són admissibles els dubtes d'alguns autors a la vista de la LME, que tornen a plantejar la pretesa mercantilitat de les cooperatives.⁽³⁾

Encara que sembli estrany, la funció de legislar, la més excelsa dels poders públics, presenta deficiències freqüents (ja ho explicava PUIG BRUTAU, quan recollia l'opinió dels autors anglosaxons, amb una referència es-

pecial a la legislació en dret privat), i d'aquí que la doctrina hagi postulat una ciència de la legislació i una tècnica legislativa; i, recentment, la denominada **anàlisi d'impacte normatiu** (RAI: *Regulatory Impact Assessment*). Del mateix s'ocupen, a Espanya, els art. 22 i 24 de la Llei de govern 50/1997, de 27 de novembre (amb les modificacions de la Llei 30/2003, de 13 d'octubre, i la seva reafirmació per la Llei orgànica 3/2009, de 22 de març, en relació amb l'impacte de gènere, una de les mencions que s'incorpora al projecte de fusió a la LME, pel que fa als òrgans d'administració: LME, art. 31.11ª). El RD 1083/2009, de 3 de juliol (BOE del 18), regula la **memòria de l'anàlisi de l'impacte normatiu**. La seva E. de M. diu que «la millora de la qualitat de les normes s'ha constituït en una prioritat per al conjunt dels països del nostre entorn al llarg dels últims anys...».⁽⁴⁾

L'art. 4 del Projecte de Llei d'economia sostenible defineix els **principis de bona regulació**, i els dona caràcter normatiu, encara que es puguin incloure a la categoria de les normes anomenades «desideratives» o programàtiques.⁽⁵⁾ És cert que aquests principis són eminentment jurídico-formals, sense cap exigència de justícia material.

1. **Principi de necessitat:** la iniciativa normativa ha d'estar justificada per una raó d'interès general (aplicable també a cada norma: evitar les «normes buides», que el *Conseil Constitutionnel* francès en algun cas ha declarat inconstitucionals).
2. **Principi de proporcionalitat:** «...ha de ser l'instrument més adequat per a l'objectiu que es persegueix».
3. **Principi de seguretat jurídica:** «s'ha d'exercir (la iniciativa normativa) de manera coherent amb la resta de l'ordenament per generar un marc normatiu estable i previsible, creant un entorn de certitud que faciliti l'actuació dels ciutadans i l'adopció de les seves decisions econòmiques».
4. **Principi de transparència:** «els objectius de la regulació i la seva justifica-

ció (=cada norma) s'han de definir clarament».

5. **Principi d'accessibilitat:** «s'han d'establir els mecanismes de consulta amb els agents implicats, així com instruments d'accés senzill i universal a la regulació vigent».
6. **Principi de simplicitat:** «un marc normatiu senzill, clar i poc dispers, que en faciliti el coneixement i comprensió».
7. **Principi d'eficàcia:** «identificació clara dels fins perseguits, per establir uns objectius directes i evitar càrregues innecessàries i accessòries».

L'art. 4 del **Projecte de Llei d'economia sostenible** conclou que «en tot cas els poders públics han de procurar el manteniment d'un marc normatiu estable, transparent i el més simplificat possible». Tenint en compte aquests **principis**, podem examinar la LME des de diferents punts de vista, formulant diverses **observacions**.

2. Observacions crítiques a la Llei de modificacions estructurals

A) Una llei mercantil, per a societats mercantils

En primer lloc, la LME és una **Llei mercantil, per a societats mercantils**, que respon en aquest aspecte a un pla de política legislativa, que el professor Alberto BERCOVITZ, president de la Secció de Dret Mercantil de l'esmentada Comissió, va anunciar el 2007, limitant-lo al dret de contractes,⁽⁶⁾ si bé el problema s'amplia al dret de les entitats jurídiques que no són societats mercantils i la regulació de les quals, segons alguns estatuts d'autonomia, és competència de les comunitats autònomes: societats civils, associacions, fundacions, especialment, les caixes d'estalvi, i societats d'assegurances i mutualitats de prevenció social (excepte en els aspectes que constitueixen bases de l'ordenació de crèdit, banca i assegurances: art. 149.1.11ª CE).

Partint del plantejament exposat pel professor Alberto BERCOVITZ, un



sector de la doctrina mercantilista s'oposa a la unificació del dret privat de l'Estat per conservar la legislació mercantil com a fortalesa davant del risc de la fragmentació d'aquest per la legislació autonòmica –per exemple, la catalana, amb la promulgació del seu Codi civil. Un risc que el Tribunal Constitucional ha d'impedir, aplicant la Constitució i els estatuts d'autonomia, i per tant la seva distribució de competències legislatives, tenint en compte el contingut que el 1978 el legislador contribuent va poder atribuir als conceptes de legislació mercantil i legislació sobre les entitats esmentades, però sense congelar ni petrificar el nostre ordenament jurídic, que la Constitució reconeix com a territorialment plural.⁽⁷⁾

La LME és una llei mercantil, per a societats mercantils, i respon en aquest aspecte a un pla de política legislativa

El Ministeri de Justícia, per Ordre de 7 de novembre de 2006, va encarregar a la Secció de Dret Mercantil de la Comissió General de Codificació la redacció d'una proposta d'un nou «Codi mercantil» (sic) «en què s'integrarà i es delimitarà (sic) la legislació mercantil existent, i es modernitzarà i completarà», amb la qual cosa es posarà remei, especialment, al buidament que ha patit des que es va promulgar, el 22 d'agost de 1885, «fins quedar reduït en una espècie d'esquelet jurídic, prim i esgarriat».⁽⁸⁾ És a dir, es veu que aquest Codi podria assumir com a missió «reinventar» la «legislació mercantil» que la Constitució va tenir en compte.

Amb aquesta perspectiva sembla que la LME no s'ha volgut sortir de la «legislació mercantil», de competència exclusiva de l'Estat, per evitar conflictes amb les comunitats autònomes. Però creiem que hi ha títols que són competència de l'Estat que podrien haver servit de suport a una Llei de modificacions estructurals general i transversal; especialment, la competència legislativa estatal sobre «les bases de les obligacions contrac-

tuals» (art. 149.1.8ª de la Constitució), en relació amb els negocis jurídics de modificació estructural; i la necessitat d'una Llei transversal de modificacions estructurals, exigida per la unitat de mercat a tot el territori de l'Estat, reconeguda pel Tribunal Constitucional com a principi inspirador de la Constitució. El legislador estatal podria haver seguit, a més, la via d'una «lleï marc», en relació amb les modificacions que afectessin les entitats jurídiques sotmeses a la competència legislativa de les comunitats autònomes, com al seu dia es va elaborar la Llei 16/1987, de 30 de juliol (BOE del 31), d'ordenació de transports terrestres, els quals són matèria de competència de les comunitats autònomes al seu respectiu territori, per la qual cosa un altre procediment de regulació podria haver conduït al caos.⁽⁹⁾ O, millor, podria haver seguit la via d'una «lleï d'harmonització» (art. 150, ap. 1 i 3, de la Constitució), poc utilitzada a la pràctica, tenint en compte que les lleis autonòmiques contenen ja normes sobre modificacions estructurals en relació amb les esmentades entitats, que seria convenient harmonitzar i sistematitzar. Per ex., el Codi civil de Catalunya, llibre sobre persones jurídiques, regula la fusió i escissió de les associacions, matèria que no regula el dret estatal. Hagués estat útil una norma com el par. 1, apart. 2, de la *UmwG* alemanya, que atén a les exigències d'una pluralitat normativa territorial: «Podrà haver-hi modificacions estructurals en el sentit de l'ap. 1, a més de en els casos regulats en aquesta Llei, només quan així ho prevegi expressament una altra llei federal o una llei d'un estat federat» (o *Land*).

Com a resultat d'aquesta **opció autolimitativa, la LME deixa sense regular:** (a) D'una banda, **per pur dogmatisme mercantilista**, algunes de les modificacions estructurals de les societats civils, associacions i fundacions, sotmeses a la legislació estatal, ja sigui entre elles o amb societats mercantils («modificacions heterogènies»);⁽¹⁰⁾ (b) D'altra banda, **per temor a incórrer en incompetència legislativa**, les modificacions estructurals d'entitats regulades per la legislació de les comunitats autònomes, ja sigui entre si o amb les de regulació estatal, i tant

homogènies com heterogènies. Des d'ambdues perspectives la LME s'autoexcloïa de la regulació de fenòmens, com la molt urgent reestructuració del sector financer, que no requereix només disposicions de dret administratiu sobre supervisió i intervenció, sinó també de dret privat societari, en sentit ampli.⁽¹¹⁾

B) Una llei de transposició de directives

La LME és –com moltes altres– essencialment una **Llei de transposició de directives**, amb les servituds que això comporta, que no va poder superar del tot l'Avantprojecte de Llei de 14 de juny de 2007, concebuda com una llei mercantil general al marge de la LSA i de la SRL.⁽¹²⁾ Aquest mètode de legislar –de «legislador de guàrdia»– ja es va demostrar que no era satisfactori en l'elaboració de la important Llei de bases 19/1989, de 25 de juliol, de reforma parcial i adaptació de la legislació mercantil a les directives de la comunitat econòmica europea en matèria de societats, que va deixar plantejats problemes que encara patim.

Una observació important és que les normes no clares de la LME s'han d'interpretar sempre de conformitat amb les directives: per ex., si la LME omet l'exigència de l'informe d'expert en la regulació de la fusió transfronterera, cal integrar-la mitjançant l'esmentada interpretació, i a més, gràcies a la remissió de l'art. 55 LME al règim general de la fusió. En el cas de normes clares, però errònies, com l'art. 34.1 LME, que exigeix l'informe d'experts sobre l'informe de fusió només quan la societat resultant sigui societat anònima o comanditària per accions, és evident que no es compleix aquesta exigència de la tercera directiva en protecció dels accionistes, especialment pel que fa a la valoració de la relació de bescanvi. Però és difícil interpretar aquesta norma «de conformitat», de manera que la Comissió de Qualificació Registral Mercantil s'ha de limitar a dir que «aquestes fundades raons haurien de portar a una interpretació correctora de la lletra de la Llei (art. 34.1 LME)».

C) La Llei no presta prou atenció al dret comparat

La LME **no presta prou atenció al dret comparat**, en especial la Llei alemanya de 28 d'octubre de 1994 (*UmwG*) i les que segueixen el seu model de regulació, de totes les modificacions estructurals i per a tots el subjectes de dret. Especialment, el Codi civil d'Holanda (llibre segon, persones jurídiques), la Llei suïssa de 3 d'octubre de 2003 sobre fusió i el Codi civil italià, després de la seva reforma pel Decret legislatiu núm. 6, de 17 de gener de 2003.

L'atenció a la **legislació comparada** i al **marc normatiu complet d'aquestes operacions** a la nostra legislació –dret comptable, fiscal, de defensa de la competència laboral i concursal⁽¹³⁾, fonamentalment– era necessària per **incorporar-ne tots els aspectes estratègics** establint una normativa general i completa i aprofitant totes les oportunitats de simplificació i agilització ofertes per les directives, per superar el model, d'un temps molt lent i de sotmetiment a la junta de socis, que inspira el règim de la fusió als països europeus (davant del model dels EUA) i tenint en compte l'anàlisi econòmica de la competència de la nostra legislació amb les de l'entorn en l'atracció d'inversions.⁽¹⁴⁾

La intervenció del legislador en la regulació de les modificacions estructurals de les societats va resultar necessària en dret comparat, amb una doble finalitat: 1ª) permetre que la societat es modifiqui per acord majoritari, com a contracte incomplet que és, per adaptar-se al mercat (sense haver de dissoldre i constituir una nova entitat); i 2ª) protegir els interessos dels socis dissidents i titulars de drets especials actuals o eventuais sobre els fons propis i els interessos dels tercers creditors no exigibles ni garantits encara. La intervenció del legislador s'ha produït en **tres fases històriques**: al principi, amb petites referències legals aïllades; després, mitjançant regles importants, amb tantes regulacions d'una modificació social com tipus socials; i, per últim, amb la seva codificació general, amb lleis comple-

tes sobre el tema amb una perspectiva supratípica, seguint l'arquetip de la Llei alemanya de 28 d'octubre de 1994, que, com diu el professor Antonio MENEZES CORDEIRO, «dóna lloc a una veritable branca del dret de societats, amb especialistes i publicacions de la major densitat».⁽¹⁵⁾

El dret comparat ofereix **tres grans models de regulació**: 1ª) regulació de les modificacions estructurals en lleis o codis generals de societats mercantils, tributaris encara que de la divisió de dret mercantil/dret civil (França i Portugal); 2ª) regulació general de les modificacions estructurals per a tots els subjectes jurídics en una llei transversal (Alemanya i Suïssa), i 3ª) la seva regulació en un Codi civil que unifica tot el dret privat (Holanda i Itàlia).

La LME espanyola segueix un quart model: el de conceptuar-se com a Llei especial de modificacions estructurals de les societats mercantils

Creiem que els principis de bona regulació aconsellen seguir el tercer camí, **el de la unificació del dret privat**, mitjançant la fórmula de codis únics, i quan aquest objectiu total no es pugui assolir, **la unificació de la regulació en matèries concretes**, com el dret concursal o el dret de les modificacions estructurals (com a Alemanya).⁽¹⁶⁾ Ara bé, la LME espanyola en realitat segueix **un quart model**, el d'una **Llei especial de modificacions estructurals de les societats mercantils**.

Convé fer una breu **referència a la legislació comparada** més interessant en aquesta matèria, **sense pretendre ara incorporar la valuosa doctrina dels seus comentaristes**:

El *Código das Sociedades Comerciais* portuguès de 1986 (CSC) regula les modificacions estatutàries i estructurals per a totes les societats mercantils a la *Part General*, capítol VIII: *Alterações do contrato*: en general; augment del capital; i reducció del capital; capítol IX. Fusió; capítol X, escissió; i capítol XI, transforma-

ció de societats. Totes aquestes modificacions exigeixen l'acord dels socis (art. 85.1) i l'atorgament d'escriptura pública (el CSC portuguès no esmenta la inscripció al registre). Cap a aquest model apuntaria la legislació espanyola.⁽¹⁷⁾

La Llei alemanya de 28 d'octubre de 1994 sobre **perfeccionament del dret de les modificacions estructurals** (*UmwG*),⁽¹⁸⁾ elaborada a partir d'un extens i complex Avantprojecte de Llei de 1988, objecte d'un ampli estudi doctrinal, que va contribuir a millorar-la i simplificar-la. No obstant això, segueix sent una llei extensa i complexa (si la comparem amb la regulació de la Llei suïssa i dels codis civils holandes i italià). Regula totes les possibles modificacions estructurals (que han estat recollides íntegrament a la LME), entre (gairebé) tots els «subjectes de dret» (de dret privat), incloses, segons l'art. 3, les societats mercantils, personalistes i de capital, societats cooperatives inscrites, associacions inscrites, societats cooperatives de revisió o auditoria i mutualitats d'assegurances i, fins i tot, associacions amb finalitat econòmica i persones físiques, socis únics de societats unipersonals de capital que assumeixen el patrimoni d'aquestes, encara que no inclou les fundacions.⁽¹⁹⁾

La *UmwG* va ser modificada per la «Segona Llei de reforma de la Llei de modificacions estructurals de 24 d'abril de 2007» (*BGBl.* 24-4-2007, núm. 15, Teil 1, S. 543 ff.), que va entrar en vigor el dia següent, el 25 d'abril de 2007 (el projecte era de 13 de febrer de 2006). La «Primera» havia introduït el règim de la fusió com a mitjà de creació d'una societat anònima europea domiciliada a Alemanya. La Llei alemanya de 24 d'abril de 2007, que afegeix un capítol 10 a la *UmwG* (& 122-a fins a 122-l, sense perjudici de la modificació d'altres normes disperses), té interès perquè Alemanya es va haver d'anticipar a altres estats membres per donar compliment a la sentència TJCE de 13 de desembre de 2005 *SEVIC Systems, A.G. i Security Vision Concept, S.A.*⁽²⁰⁾, que va declarar contrari a la llibertat d'establiment reconeguda als art. 43 i 48 TCE (de la societat alemanya absorbent i de la societat luxemburguesa absorbida),



el rebuig de la fusió transfronterera recolzat en la interpretació «a contrari» de l'expressió «Rechtsträger mit Sitz im Inland können umgewandelt werden», amb la finalitat d'impedir la fugida de la «Mitbestimmung». Tanmateix, la nova Llei no ha considerat necessari modificar aquesta expressió. El mateix va passar amb el Codi civil holandès, que també s'interpretava com a contrari a les fusions transfrontereres. Alemanya va transposar la Directiva 2005/56, dins de termini, abans del 15 de desembre de 2007, insertant-la en la seva complexa *UmwG*, amb dues peces importants de normativa interna.

La regulació de la matèria al **Codi civil holandès (CcH)**, llibre 2ⁿ, sobre les persones jurídiques, presenta un interès especial per la seva senzillesa modèlica («principi de simplicitat») i per facilitar molt les modificacions estructurals:

A la transformació només dedica 3 normes (davant dels 12 articles de la LME): l'art. 18 admet un ampli perímetre de transformacions: la de SA i SRL en fundació o en associació requereix autorització judicial. L'art. 71 equipara SA i SRL a efectes de transformació. Admet la de SA en associació, cooperativa o SGR, convertint l'accionista en soci o membre d'aquestes, llevat que demani la compensació del dany per la pèrdua de les seves accions (equivalent al dret de separació) i si no hi ha acord sobre l'import, el fixen experts. L'art. 72 regula la de SRL en SA i la de cooperativa o SGR en SA, convertint els socis en accionistes, llevat que se separin en la forma prevista per l'art. 36.4.

Els arts. 308 i seg. CcH regulen la fusió i escissió: les seves normes s'apliquen a totes les entitats citades anteriorment. Es poden fusionar entre si persones jurídiques amb la mateixa forma. Una associació cooperativa, SGR o fundació pot absorbir una SA o SRL de què posseeixi totes les accions. En tal cas no pot haver-hi socis externs: què se'ls dona en bescanvi?: res; no es lliuren accions. Una fundació, SA o SRL pot absorbir una associació, cooperativa o SGR de què sigui l'únic membre (tampoc lliura accions). Art. 311.2 els

membres o accionistes de les persones que s'extingeixen es fan membres o accionistes de l'adquirent, llevat: (1) a les heterogènies (art. 310.4); 2) a la societat que té totes les accions de l'absorbida (art. 333 i 334) i quan el soci rep accions d'una societat del grup, no de l'absorbent i 3) quan en virtut de la relació de bescanvi no es té dret a rebre cap acció.

Eficàcia de la fusió: segons l'art. 318.1, la fusió s'atorga en escriptura pública i és eficaç a partir del dia després d'aquell en què es va atorgar (no des de la inscripció registral, a diferència de la *UmwG* i de la LME), dins dels 6 mesos des del dipòsit del projecte de fusió o, si hi ha oposició, d'un mes després de la seva retirada. La persona absorbent ha d'inscriure la fusió dins dels 8 dies següents.

Drets especials: a repartiment de guanys o d'accions: el seu titular ha d'obtenir un dret equivalent o una compensació del dany, que fixen experts independents (davant de la regulació inadmissible de la LME).

Contractes pendents: art. 322: si un contracte per equitat no ha de continuar, el jutge modifica o resol a instància d'una de les parts, i pot fer-ho amb caràcter retroactiu. L'acció caduca als 6 mesos. Si es produeix dany al tercer, la persona jurídica està obligada a indemnitzar-lo.

Nul·litat de la fusió: art. 323. 1) El jutge només pot anul·lar-la: per nul·litat de l'escriptura; perquè no compleix els art. 310.5 i 6, art. 316.4 o 318.2; per nul·litat de l'acord de la junta o del patronat de la fundació, perquè no compleix l'art. 317.5. L'acció caduca per reparació de l'omissió o pel transcurs de 6 mesos des de la inscripció de l'escriptura. 2) La fusió no es pot anul·lar: si la persona jurídica va reparar l'omissió dins del termini fixat pel jutge i si els efectes ja produïts no es poden desfer sense trastorns.

L'art. 323.5 estableix que quan el demandant d'anul·lació hagi patit un dany per una omisió que podria haver conduït a l'anul·lació i el jutge no l'anul·la, aquest pot condemnar la persona jurídica a indemnitzar el dany i la persona jurídica té acció de

repetició contra els culpables, i contra els que s'hagin aprofitat fins al límit de l'aprofitament. La sentència d'anul·lació, si s'escau, s'inscriu al Registre Mercantil. La persona jurídica respon solidàriament de les obligacions que s'originin després de la fusió i abans que s'hagi inscrit l'anul·lació. La sentència de declaració irrevocable d'anul·lació és vinculant per a tots, i no està permesa l'oposició de tercers ni el recurs civil.

El llibre 2n del Codi civil holandès pot considerar-se modèlic en la regulació de les modificacions estructurals

Fusió de fundacions: els art. 314, 315, 317 estableixen algunes normes especials.

Art. 325.2: *El bescanvi* es pot fer amb accions o amb diners o crèdits fins al 10% del valor nominal d'aquelles. L'art. 327 és molt minuciós pel que fa als mètodes de valoració per al bescanvi.

L'art. 331 permet l'absorció per acord del consell d'administració de l'absorbent, en tots els supòsits d'absorció, sempre que s'hagi indicat al projecte de fusió i que no exigeixin convocatòria de junta l'1/20 dels vots (= 5%, igual que a la LME), o percentatge menor si ho preveuen els estatuts.

Escissió: repeteix les normes de la fusió, distingeix entre total i parcial. L'art. 334.b.4 permet la fusió d'associacions, cooperatives, SGR i fundacions. L'art. 334.d exigeix que «el valor de la part patrimonial segregada sigui com a mínim zero» (gran diferència pel que fa a flexibilitat amb l'exigència d'«unitat econòmica» de l'art. 70 LME). Els art. 334.j i 334.r regulen l'adaptació o resolució dels contractes pendents per resolució judicial quan no sigui equitativa la seva continuació com estaven formalitzats, especialment pel que fa a la divisió del patrimoni de l'entitat.

La redacció del Codi civil italià que resulta de la reforma introduïda mitjançant el Decret legislatiu de 17 de gener de 2003, núm. 6, conté

una regulació senzilla de les modificacions estructurals al seu capítol VIII: transformació, art. 2498-2500; fusió, art. 2501-2503-bis i 2504-2504 sexties, i escissió, art. 2504 septies a 2504 decies. Sempre amb dret de separació del soci disconforme. En canvi, el Cc italià no regula la cessió global d'actiu o passiu o transmissió del patrimoni social (a diferència de la Llei alemanya), segurament perquè considera que els seus fins s'han de realitzar mitjançant la fusió.⁽²¹⁾ L'art. 2501-bis regula la *fusió palanquejada*, sota la inspiració, recollida al Codi en aquesta reforma, dels *finançaments de projecte*, que segurament ha servit de model, al seu torn, tot i que amb greus distorsions, al discutit art. 35 de la LME espanyola.

La Llei suïssa de 3 d'octubre de 2003 sobre fusió, escissió, transformació i cessió d'actiu i passiu segueix el model de la Llei alemanya, amb una regulació molt clara i senzilla i amb solucions originals: per ex. admissió d'escissió subjectiva per acord unànimе consistent en una distribució asimètrica de les accions.

La Llei suïssa de 3 d'octubre de 2003 encara que segueix el model alemà, presenta també solucions originals

La *Companies Act 2006* del Regne Unit (*Chapter 46*), aprovada el 8 de novembre de 2006, amb les seves 1.300 *Sections*, i 16 *Schedules* o annexos, dedica la *Part 27* (*Sections 902 a 941*) a les fusions i escissions de *public companies* (seguida per les normes sobre OPA (*Part 28, Chapter 1: The Takeover Panel*)). Mentre que la *Part 7* regula la «re-registration», versió molt simplificada de transformació, de «private co.» a «public co.» i a la inversa; de «private p.l.c.» a «unlimited» i a la inversa, i de «public co.» a «private and unlimited».

Als EUA el «Model of Business Corporation Act», revisat el 2002 (hi ha una revisió de 2008), seguit per les lleis de societats dels estats de la unió, regula les «mergers» al seu Chapter

11, on enumera les entitats nacionals o estrangeres que poden participar en un «plan of merger», que inclou el bescanvi d'accions; i la «action of plan» o procediment, *sent-ne l'òrgan competent el Consell d'Administració* (llevat que es condicioni a l'aprovació de la junta d'accionistes), i regula també la possibilitat d'«abandonment» de pla. El Chapter 12 regula la «disposition of assets», que *no requereix acord de junta general en una sèrie de casos, llevat que els estatuts estableixin el contrari*; tot i que sí que ho requereix en cas que la societat conseqüència de la transmissió no pugui continuar la seva activitat de manera significativa. El Chapter 13 regula l'«appraisal right» o *dret de separació*, en protecció del soci disconforme.

Podem destacar, pels seus importants efectes sistemàtics, que a les lleis europees trobem *dos models normatius diferents de fusió*: 1) *el de la Llei alemanya*, basat en un «contracte de fusió» atorgat, perquè sigui vàlid, en escriptura pública, pels òrgans d'administració de les societats que es fusionen, amb ratificació posterior de les juntes generals (Alemanya, Holanda, tot i que amb un règim diferent d'eficàcia); i 2) *el model de les altres legislacions*, seguit per les directives, que parteix d'un *conveni* entre els òrgans d'administració, que només és vinculant per a la societat quan l'aproven les juntes generals, amb les úniques cauteles que aquestes han de decidir dins d'un període de sis mesos i que els òrgans d'administració no poden realitzar actuacions que alterin la relació de bescanvi o substancialment l'actiu o passiu de la respectiva societat (és el model de la LME, però a la pràctica també de la *UmwG*, perquè el contracte de fusió l'ha de ratificar, lliurement, la junta).

D) La Llei va tenir una elaboració pacífica

La LME va tenir una elaboració pacífica, a partir de l'Avantprojecte de Llei de 14 de juny de 2007, elaborat per la Comissió General de Codificació, Secció de Dret Mercantil, que el va revestir de l'autoritat doctrinal necessària. El Projecte de Llei amb propu-

feines va incorporar novetats, algunes intrascendents, con el pretensió «títol preliminar» integrat per les dues normes buides, els art. 1 i 2 LME. El Ministeri de Justícia va encarregar a l'inici de 2006 a la Comissió General de Codificació una norma de transposició de la **Directiva 2005/56/CE, de 26 d'octubre de 2005, relativa a les fusions transfrontereres**, el termini de transposició de la qual expirava el 15 de desembre de 2007 (que es va incomplir). La ponència inicial, integrada pels professors Fernando Sánchez Calero, president, i Alberto Bercovitz (fins que aquest va assumir la presidència de la Secció de Dret Mercantil), Rojo Fernández-Río, Vérguez Sánchez, Beltrán Sánchez i Esteban Velasco, va optar, entre diverses alternatives (per ex., incloure-la a la LSA), **per redactar una «Llei horitzontal» o general** de modificacions estructurals per a totes les societats mercantils; però no per a totes les formes jurídiques d'empresa (com a la legislació comparada a què ens hem referit). Quan ja s'havia aprovat l'Avantprojecte, la Comissió General de Codificació va rebre l'encàrrec d'una nova norma de transposició de la **Directiva 2006/68/CE, de 6 de setembre de 2006**, de modificació de la segona directiva, 77/91/CE, del Consell, relativa a la constitució de la societat anònima així com al manteniment i modificacions del capital, l'esborrany d'avantprojecte de la qual es va integrar com a disposicions addicionals del primer.

El Dictamen del Consell d'Estat

(1) considerava preferible incorporar aquesta regulació al TR de la LSA (seguint la proposta expressada abans pel Consell General del Notariat), (2) dubtava que el trasllat del domicili social a l'estranger fos una modificació estructural i (3) considerava preferible l'encàrrec d'una Llei de bases de societats de capital en lloc d'un mer text refós per a la unificació i la «regularització, aclariment i harmonització» (en la qual cosa, sens dubte, tenia raó), (4) a més de pronunciar-se sobre altres punts amb un especial rigor tècnic.⁽²²⁾

El maig de 2008 el Govern va remetre el Projecte de Llei a les Corts Generals. L'aprovació de la **Directiva 2007/63/CE, de 13 de novembre de**



2007, que modificava les directives tercera i sisena, sobre fusió i escissió de societats anònimes respectivament, permetia suprimir els informes dels administradors i dels experts quan així ho acordessin tots els accionistes de totes les societats. A la Llei només s'ha suprimit l'informe d'experts, al tràmit parlamentari: no obstant això, el criteri dels registradors és que l'informe d'expert sempre és necessari en cas de fusió amb augment de capital social, en aplicació de l'art. 38.1 LSA quan ho exigeix per a l'augment de capital amb aportacions no dineràries.⁽²³⁾ Al Projecte de Llei es van presentar 107 esmenes de tots els grups parlamentaris (54 del grup popular), de les quals se'n van acceptar 42 i se'n van transaccionar 37⁽²⁴⁾. Al Senat es van presentar 25 esmenes, de les quals 7 del grup popular i 13 del grup socialista.⁽²⁵⁾

El debat parlamentari va ser motiu d'autosatisfacció per a tots els grups parlamentaris, per l'alt grau de consens assolit i en la votació final en el Ple del Congrés van votar a favor els 331 diputats presents.

En aquest resultat tan favorable van influir, segurament, (1) el caràcter tècnic de la Llei, en no regular les modificacions d'entitats no mercantils; (2) el procediment seguit de competència legislativa plena de la Comissió del Congrés dels Diputats (tot i que sostrau el debat a la ponència a tota publicitat, ja que ni tan sols consta en acta, de manera que pot passar que no se sàpiga la justificació d'algunes de les normes introduïdes per la ponència), i (3) la voluntat de consens i de transacció entre els grups, fins i tot en temes delicats, de vegades confusos de tractar.⁽²⁶⁾

Com a **fruit del tràmit parlamentari** amb prou feines es van introduir modificacions al Projecte, (1) algunes de poc relleu, com l'exigència d'informar en el projecte comú de fusió sobre l'impacte de gènere als òrgans socials i la incidència sobre responsabilitat social de l'empresa i (2) altres de més transcendència, *tot i que de dubtós encert*, com l'opció per mantenir la prohibició absoluta de l'assistència financera per a l'adquisició de

les pròpies accions i participacions socials, la redacció final de l'art. 35 (fusió palanquejada), la incorporació del procediment de revisió de la relació de bescanvi a la fusió, l'equiparació de la «titularitat indirecta» a la directa a les fusions simplificades dels art. 49 i 50.

El debat parlamentari va ser motiu d'autosatisfacció per l'alt grau de consens assolit entre tots el grups

Mitjançant una esmena al Senat es va donar **compliment a la STJ de 18 de desembre de 2008** (TJCE, 2008, 322), que modifica els art. 158 i 293 LSA, a fi de limitar el reconeixement del dret de subscripció preferent sobre accions i obligacions convertibles als accionistes, suprimint-lo als titulars d'obligacions convertibles (a més, *com a reforma no exigida per la sentència*, l'art. 158 LSA ordena que l'augment de capital s'ha de fer *amb càrrec a aportacions dineràries*, basant-se en la discutible idea que si hi ha aportacions no dineràries no hi ha dret de subscripció preferent, la qual cosa legitima acords d'«opressió» de la minoria, difícils d'impugnar davant dels tribunals).

Al debat parlamentari es va produir el consens en punts sorprenents, especialment els següents. (1r) La prohibició legal absoluta de l'assistència financera per a l'adquisició de les pròpies accions i participacions (l'opció més dràstica permesa per la Directiva 2006/68/CE, de 6 de setembre de 2006)⁽²⁷⁾. (2n) En un tema de transformació heterogènia (no en «un tipus social diferent», com disposa l'art. 3 LME) l'admissió de **la conversió del fons de reserva obligatòria de les cooperatives de crèdit** —de naturalesa irrepartible entre els socis— no en reserva indisponible —com preveia el projecte de llei—, sinó **en capital social de l'«entitat de crèdit»** (cal entendre la societat anònima bancària resultant) i, per tant, **repartible entre els socis** (disposició addicional 4ª LME, que modifica l'art. 10 de la Llei 13/1989, de cooperati-

ves de crèdit). Només tres diputats van defensar el patrimoni cooperatiu irrepartible, amb la seva necessària assignació a fins cooperativistes. Segons el Sr. DE LA ROCHA RUBÍ, ponent del grup socialista, aquesta norma «implica, sens dubte, un enfortiment del caràcter indisponible d'aquest fons i de l'increment de la garantia de la seva solvència patrimonial»⁽²⁸⁾ «En contradicció amb la legislació vigent —ressalta un altre diputat—,⁽²⁹⁾ que permet que vagi destinat a una altra cooperativa designada als estatuts, a la Confederació Estatal de Cooperatives de la seva mateixa classe o, si no és el cas, al Tresor Públic. De forma que el soci capitalista de la cooperativa transformada (ja SA) no pugui participar, ni tan sols indirectament, d'un fons constituït al llarg del temps pels beneficis obtinguts per altres cooperativistes que van deixar de ser-ho, bé per mort o per altres causes, i que ha rebut, a més, importants beneficis fiscals. Entenem que amb la transacció que s'ha firmat, que estableix que el fons de reserva obligatori passi a integrar-se en el capital social de l'entitat resultant de la transformació, evitem que les caixes rurals puguin ser objecte de tot tipus d'operacions especulatives, precisament per l'existència de fons de reserva molt abundants». Ara els socis de les cooperatives de crèdit tindran interès a transformar la seva cooperativa en societat anònima, per convertir el fons de reserva en patrimoni repartible. (3r) La voluntat d'**evitar la impugnació de la fusió facilitant una via no judicial per impugnar la relació de bescanvi**, però amb la sorpresa que segons l'art. 38.1 LME això només serà possible si ho estableixen els estatuts o l'acord de fusió, per voluntat de la majoria (la qual cosa no sembla una hipòtesi previsible). 4t) **En el règim d'impugnació de la fusió**, l'art. 47 LME reconeix l'acció d'impugnació de la fusió i, a més, l'acció de rescabament de perjudicis, de manera incongruent, perquè aquesta segona acció només ha estat reconeguda en aquelles legislacions que, seguint el suggeriment de les directives, prohibien la impugnació de la fusió i només en compensació d'aquesta prohibició (par. 20.2 *UmwG* alemanya; 2504 quater Cc italià). D'altra banda, en la seva aplicació, per re-

missió de l'art. 55 LME, a la fusió transfronterera, l'art. 47 LME és contrari a la desena directiva, l'art. 17 de la qual prohibeix als estats membres permetre la impugnació de la fusió.

E) La Llei omet la regulació de temes importants

Així, la LME s'aparta de la Llei alemanya quan omet la regulació de temes importants, que no s'hauria de deixar a la interpretació dels tribunals, com són els següents:

a) La regulació dels negocis jurídics que es formalitzen al llarg del procediment de la fusió de societats i operacions similars

Les directives no ha atès aquest tema, però té molta importància pràctica (com demostra la jurisprudència dels EUA i d'Europa), tant a les fusions internes com a les transfrontereres, en què els problemes de l'absència de regulació poden agreujar-se pel plantejament diferent de les legislacions dels estats membres aplicables. La LME només regula, i de manera incompleta pel que fa als efectes, l'acord de fusió (de la junta general i, si s'escau, de l'òrgan d'administració). En aquest sentit: 1r) Falta una norma que reguli el «conveni de fusió» i n'aclareixi la naturalesa d'«acord d'intencions» que vincula només els òrgans d'administració a prosseguir els tractes previs, intercanviar informació, guardar secret, assumir o compartir les despeses i sotmetre a la junta respectiva el projecte comú de fusió, sense que el conveni es pugui qualificar com a contracte preliminar o precontracte, ja que els òrgans d'administració no poden obligar la societat —la seva junta o els seus socis— a decidir la fusió.⁽³⁰⁾ No obstant això, la norma hauria d'admetre expressament la validesa d'un pacte de «break-up fees» al conveni de fusió en concepte de comissió per les despeses en què incorri la societat oferent de la fusió en el cas que la junta general de la societat destinatària de l'oferta no aprovi la fusió o accepti una oferta de fusió competidora, en compensació per haver propiciat una oportunitat de negoci. Els socis majoritaris, en

canvi, es poden obligar a votar a favor d'un determinat projecte de fusió a les seves respectives juntes generals, atès que els sindicats de vot són lícits, vàlids i susceptibles d'execució.⁽³¹⁾ A diferència de la fusió, el contracte de compra de societat (*share deal*) generalment va precedir en la pràctica per un contracte preliminar que obliga a formalitzar-lo definitivament sota clàusula penal,⁽³²⁾ i el pacte de comissió de «break-up fees» a l'oferta pública d'adquisició de valors (OPA) entre la societat inicial i la societat afectada (en una OPA amistosa) per al cas en què els accionistes d'aquesta es decantin per una oferta competidora, està admès pel Reial decret 1066/2007, de 27 de juliol (BOE del 28).⁽³³⁾ L'intercanvi d'informació durant la negociació de la fusió, com en tota adquisició d'empreses, necessari per a la *due diligence*, no constitueix cap acord restrictiu de la competència, sempre que no sigui una informació analítica, per exemple sobre preus i quantitats distribuïdes a cada zona.⁽³⁴⁾

2n) Falta el reconeixement exprés d'un *contracte de fusió*, que obliga les societats que hi intervenen a executar-la completament, complint tots els requeriments legals, i que sembla que neix en el moment en què l'última societat adopta l'*acord de fusió*, a partir del qual cap de les societats pot separar-se del procediment. Al nostre dret el moment en què neix aquest contracte d'obligacions no sembla que sigui el moment d'atorgament de l'escriptura de fusió, perquè no és un contracte formal, a diferència del dret alemany i holandès. Al contrari, la representació de cadascuna de les societats pot exigir a les altres que atorguin l'escriptura pública per portar a bon terme l'operació de fusió pactada.⁽³⁵⁾

3r) Falta la regulació expressa dels efectes de l'atorgament de l'escriptura de fusió, especialment els patrimonials, tot i que l'art. 46 LME disposa que l'eficàcia de la fusió deriva de la inscripció, igual que en el par. 20.1.1 *UmwG* (a diferència del Cc holandès, que fa derivar l'eficàcia de la fusió de l'atorgament de l'escriptura). La jurisprudència espanyola declara que la successió universal en el patrimoni de

les societats absorbides es produeix amb l'atorgament de l'escriptura pública, —seria la *manera* instrumental de transmissió patrimonial que s'afegeix al *títol* del contracte de fusió— però la mateixa abundància de sentències en aquesta matèria revela que la qüestió no està clara a la legislació positiva, que la LME no ha modificat en aquest punt.⁽³⁶⁾

4t) La LME no impedeix la impugnació de la fusió abans d'inscriure-la. Així, l'art. 38.1 LME admet la impugnació de l'acord d'aprovació del balanç de fusió, i afegeix que no en produeix la suspensió. La impugnació de la fusió no inscrita, en dret espanyol, no produeix en cap cas la suspensió de la fusió, llevat que el jutge l'acordi com a mesura cautelar. Potser hagués estat millor incorporar el sistema de l'art. 14 *UmwG*, que exigeix una declaració que no penja cap impugnació de la fusió per inscriure-la i excepte que el jutge autoritzi expressament la inscripció.⁽³⁷⁾

b) L'adaptació dels contractes bilaterals pendents d'execució de les societats que es fusionen per fer viable la fusió

La Llei alemanya (par. 21 *UmwG*) va incorporar el principi que els tribunals poden decidir l'adaptació dels contractes pendents d'execució. El Codi civil holandès preveu que en la fusió i en l'escissió el jutge pot decidir la resolució o l'adaptació del contracte per facilitar la fusió. A Alemanya, el *Reichsgericht* va haver de resoldre el 1913 un contracte de distribució de cervesa, després de la fusió de la societat titular de la marca, argumentant que els fabricants de cervesa no són tots iguals. A Espanya els tribunals hauran de donar suport a una sentència d'adaptació del contracte, rebutjant la demanda de resolució, amb la finalitat de fer viable la fusió, escissió, segregació o cessió global, aplicant per analogia l'art. 32.3 de la Llei d'arrendaments urbans (29/1994, de 24 de novembre), que *creiem que expressa un principi general*, encara que sense una norma expressa a la LME es poden originar litigis. El tema va preocupar tant en el moment de la



desregulació del monopoli de petroli de CAMPSA, mitjançant escissió, que es va promulgar una llei per regular-la.

c) La revisió de la relació de bes-canvi

La LME hauria d'haver previst el dret del soci disconforme a exigir la revisió de la relació de bescanvi amb un *procediment obligatori de jurisdicció voluntària* (perquè ambdues parts volen que es fixi la citada relació), amb *pagament del reajustament en efectiu*, si és necessari per sobre del límit legal del 10% (a diferència de l'art. 38.2 LME, que fa la revisió per expert nomenat pel registrador mercantil potestativa per a la societat, perquè ha d'estar previst als estatuts socials o a l'acord de fusió). En contra, la *UmwG* atorga una acció judicial contra la relació de bescanvi –paràgraf 15 *UmwG*– i contra la compensació concedida en cas d'absorció per una entitat d'una altra forma jurídica, de diferent naturalesa –par. 29, 30 i 34 *UmwG*–, en ambdós casos en efectiu. Accions diferents a l'acció d'impugnació de l'acord de fusió.

d) La limitació temporal de l'eficàcia de l'acord de fusió o escissió sotmès a condició o a termini

La LME hauria d'haver previst la possibilitat d'adoptar els acords de fusió sota condició suspensiva (la resolutòria, després de la inscripció de la fusió, no és possible) o amb termini, però amb un límit temporal (com els 5 mesos de la *UmwG*).

e) El reconeixement del dret de separació dels socis disconformes en cas de fusió que comporti la transformació de la seva respectiva societat

Aquesta és la solució de la Llei alemanya (par. 29 citat: que atorga al soci disconforme una «compensació»). En la nostra opinió el dret de separació del soci s'ha de reconèixer igualment a la LME, tot i que no ho estableixi expressament, recolzant-se en una interpretació sistemàtica –és de fusió

i transformació, al mateix temps– i de jurisprudència d'interessos, atès que la LME, a diferència del Cc holandès, no equipara la SA i la SL a efectes de la transformació, per la notable diferència de règim entre aquestes (que no pot corregir el TR de LSC aprovat pel RDLegisl. 1/2010, de 2 de juliol, *BOE* del 3). Per exemple, l'art. 95.c) LSRL en tota «modificació del règim de transmissió de les participacions socials» dóna dret de separació, mentre que les restriccions a la lliure transmissibilitat a la SA resultant de l'absorció poden suprimir-se sense dret de separació pel principi de lliure transmissibilitat de les accions. La LME tampoc equipara a aquests efectes la societat anònima i la comanditària per accions (art. 151 a 157 CdeCo i 212 i 217 RRM). Aquest problema l'han de tenir en compte aquells qui no comparteixin aquesta interpretació, per si algun dia, en una fusió amb efectes de transformació, els tribunals reconeguessin el dret de separació.

f) La viabilitat d'operacions mixtes dins d'un mateix procediment (per ex., transformació, fusió i escissió, en un mateix projecte)

Amb freqüència, la reestructuració empresarial exigeix la combinació de diverses operacions en un únic procediment.⁽³⁸⁾ L'art. 17.2 LME estableix que «quan la transformació vagi acompanyada de la modificació de l'objecte, el domicili, el capital social o altres aspectes de l'escriptura o dels estatuts, s'han d'observar els requisits específics d'aquestes operacions de conformitat amb les disposicions que regeixin el nou tipus social»; però abans, l'art. 10.2 LME imposa la «subsistència de les obligacions dels socis», establint que «la transformació per si sola no allibera els socis del compliment de les seves obligacions davant la societat» (per exemple, el desemborsament dels dividendes passius a la societat anònima originària no es pot eludir transformant-la en societat limitada), i que «si el tipus social en què es transforma la societat exigeix el desemborsament íntegre del capital social, s'ha de procedir al desemborsament amb caràcter previ a l'acord de transformació o, si

s'escau, a una reducció de capital amb finalitat de condonació de dividendes passius», afegint que aquest s'ha d'acreditar davant de notari.⁽³⁹⁾

Però la LME no permet de manera expressa que en una mateixa junta, a continuació de l'acord de transformació, s'acordi la fusió (si escau, transfronterera) o l'escissió, seguint el règim legal de la societat resultant de la transformació, sota *condicio legis* que aquesta s'inscriui. Creiem que és possible, superant el formalisme de la DGRN en diverses resolucions, l'última la de 23 de febrer de 2001 (*BOE* de 3 d'abril), que va declarar que per aplicar el règim de reducció de capital de la LSRL, prèviament havia d'estar inscrita l'escriptura de transformació de la societat limitada. Per fi, **la resolució de 7 d'octubre de 2009** va rebutjar la doctrina anterior, argumentant sobre la base del nou art. 17 LME (fins i tot quan encara no estava vigent quan el registrador va qualificar). Per aplicar aquesta doctrina a la fusió i escissió cal superar la dificultat que l'art. 17 LME només esmenti acords de modificacions addicionals estatutàries concretes i no l'operació mixta de transformació/fusió o escissió.

F) La LME no aprofita totes les possibilitats de regulació estratègica ofertes per les directives

La LME –com la Llei 19/1989– segueix sense aprofitar totes les possibilitats de simplificació que ofereixen les directives tercera, sisena i desena: (1r) Dispensant de l'acord d'aprovació de la junta general en tots els supòsits d'absorció, substituït per acord o decisió de l'òrgan d'administració (a Espanya, no només del consell d'administració, la qual cosa suscita alguna preocupació), i no només en els supòsits d'absorció de societat participada al 100% i per sobre del 90% (cf. art. 49 i 50 LME). (2n) En segon lloc, els art. 49 i 50 LME concedeixen en aquests dos últims supòsits el dret a exigir la convocatòria de junta al soci o socis que reuneixin l'1% del capital social de la societat absorbent, quan, si s'hagués fixat el 5%, lllindar permès per les directives, s'hauria reduït el risc que socis molt minoritaris pu-

guin exigir aquest tràmit i endarrerir, així, l'operació. El Codi civil holandès remet als estatuts l'eventual reducció del percentatge per sota del 5%. (3r) La LME no permet excloure per acord unànim de tots els socis l'informe dels administradors en el procediment de fusió i similars (tot i que la Directiva 2007/63/CE del PE i del Consell de 13 de novembre de 2007, que va modificar les directives tercera i sisena ho permet). En canvi, permet excloure l'informe dels experts, tot i que aquest s'ha de considerar sempre necessari si es produeix un augment de capital social (en aplicació de l'art. 38 LSA, en la seva redacció per la LME, atès que s'entén que el seu desembors es realitza amb aportacions no dineràries), com interpreta la Comissió de Qualificació Registral Mercantil, distingint el contingut i efectes de l'informe d'expert als arts. 34 LME i 38 LSA. (4t) En el cas d'absorció de societat participada en més del 90 per 100, la simplificació es condiciona al fet que la societat absorbent ofereixi als socis minoritaris l'adquisició de les seves accions o participacions en el seu valor raonable, en un termini no superior a un mes des de la data de la inscripció de l'absorció. Sembla que el que hagués estat adequat és imposar un doble dret de *squeeze out* i de *sell out*, reconeguts a la majoria i a la minoria, respectivament, com en el règim de l'oferta pública d'adquisició de valors (OPA), a fi de no crear situacions de previsible «opressió» de la majoria i/o de «tirania» de la minoria.

G) La LME conté nombroses normes fosques

1r) El problema de l'aplicació de la LME per analogia: la LME, congruent amb el seu plantejament sistemàtic, no es pronuncia sobre si les seves normes són aplicables per analogia a entitats que no siguin societats mercantils (la doctrina alemanya interpreta que l'art. 1 de la *UmwG* estableix el sistema de «*numerus clausus*», tot i que recentment ja matisa aquest dogma). A falta de norma expressa general cal decidir si el règim d'una operació o una norma concreta s'aplica o no a una entitat diferent a una societat mercantil a partir del signifi-

cat de cada norma, en el context de la LME –fins i tot tenint en compte, ara, la DA tercera LME, afegida, sobre les entitats de crèdit– aplicant la jurisprudència d'interessos, amb resultats que no sempre seran pacífics.

Si ens atenem a la interpretació de la voluntat del legislador expressada a la LME, **en la transformació els art. 4, 6 i 7 semblen seguir el principi de «numerus clausus»**. La disposició final 4.^a, ap. 2 preveu la transformació de cooperatives de crèdit en «una altra entitat de crèdit» (es refereix a una societat anònima bancària) i en tal cas, el fons de reserva obligatori passa a integrar-se al capital social (és un supòsit previst a l'art. 4.5 LME, però amb una norma excepcional pel que fa al tractament del patrimoni cooperatiu, aprofitant la peculiaritat de ser cooperativa de crèdit).⁽⁴⁰⁾

Ara bé, a partir de l'art. 4 LME i d'aquestes disposicions no sembla possible acceptar la legalitat de la transformació de societat en associació o en fundació, o a la inversa, per ex. el desdoblament d'una caixa d'estalvis en societat anònima i en fundació dotacional, el patrimoni de la qual siguin les accions de la societat anònima resultant.

A les modificacions estructurals que consisteixen **en la transmissió patrimonial per successió pot acceptar-se l'aplicació per analogia de la LME**, atès que aquella no es pot considerar un efecte excepcional només aplicable a les societats mercantils, amb la condició d'estendre la mateixa protecció dels creditors. Fins ara s'havia admès, per ex., que la fusió entre caixes d'estalvis es fes seguint la normativa de la LSA en les normes en què es produís «identitat de raó». El mateix criteri es podria aplicar a la fusió entre associacions o entre fundacions o entre SGR entre si. Però els dubtes del legislador es van traduir en la Llei 27/2009, de 30 de desembre (de mesures fiscals i financeres, complementària a la Llei de pressupostos de l'estat per al 2010) quan es va afegir una disposició addicional 3.^a a la LME que estableix que el règim d'aquesta Llei s'aplica a les operacions de fusió entre entitats de crèdit de la matei-

xa naturalesa i a les d'escissió i cessió global d'actius i passius entre entitats de crèdit de naturalesa idèntica i diferent. Això sense perjudici –afegeix– del que preveu la legislació específica aplicable a aquestes entitats. Aquesta norma, en limitar l'aplicació de la LME a la fusió entre entitats de crèdit de la mateixa naturalesa, sembla derogar la regulació de l'absorció de cooperatives de crèdit per societats anònimes bancàries o per caixes d'estalvis (lliurant accions o quotes participatives en bescanvi) regulades per l'art. 32.2 del RD 84/1993, Reglament de les cooperatives de crèdit, com a peculiars figures de fusió heterogènia.⁽⁴¹⁾ Reconeix en canvi la viabilitat de les operacions d'«escissió» heterogènia, entre entitats de naturalesa diferent (però la cessionària ha de ser una societat anònima bancària). Admet la cessió global d'una d'aquestes entitats a una altra de naturalesa diferent, que no planteja problemes sistemàtics, però no està protegida per la neutralitat fiscal. Permet la conclusió «a contrario sensu» que no és possible la transformació d'una en una altra d'aquestes entitats de crèdit (ratificant el «*numerus clausus*» de la LME).

La LME no es pronuncia sobre la seva aplicació per analogia

I planteja la qüestió de si era necessària. Si ho era és perquè el legislador reconeix el principi de «*numerus clausus*», que impedia l'aplicació de la LME per analogia. Tanmateix, entenem que és possible aplicar per analogia la fusió i modificacions similars a entitats que no la tenen regulada o només fragmentàriament, com ara les associacions i les fundacions, reconeixent la «identitat de raó» (art. 4.1 Cc.)

2n) Transformació de societats personalistes: la LME no admet expressament la transformació de societat personalista en capitalista per acord majoritari; la qual cosa és convenient per millorar l'organització corporativa i financera de la societat i facilitar la successió a l'empresa, sense perjudici que els socis disconformes exercitin el dret de separació, com així ho disposa l'art.



2500-ter Cc italià, després de la reforma de 2003, amb el vot dels socis proporcional a la seva participació als beneficis de la societat.

L'art. 8 LME estableix que «la transformació de la societat ha de ser acordada necessàriament per la **junta de socis**» i l'art. 10.1 LME afegeix que «l'acord de transformació s'ha d'adoptar amb els requisits i les formalitats establerts en el règim de la societat que es transforma», remissió òbvia, però ni el Codi civil ni el Codi de comerç regulen els requisits ni la majoria necessària de l'acord de transformació (a diferència de la legislació cooperativa). El contracte social, l'escriptura o estatuts poden regular la junta de socis i la majoria necessària per adoptar acords i en tal cas cal aplicar el que s'ha pactat. En un altre cas es planteja el dubte de si és necessari «el consentiment de tots els socis que tinguin responsabilitat personal i solidària pels deutes socials» per inscriure l'escriptura de transformació, com estableixen –encara– els art. 217 RRM (per a societats col·lectives, comanditàries, simples i per accions, perquè no fa distinció, i agrupacions d'interès econòmic) i 218 RRM (per a societats civils i cooperatives), llevat que a l'escriptura social s'hagi pactat el contrari (art. 212 RRM).

Ens hauríem d'esforçar a interpretar que, superant l'exigència d'unanimitat, la LME, amb l'exigència de «junta de socis», **ha incorporat el principi majoritari** (i no tant l'exigència de la reunió física de tots els socis, ja que seria difícil negar validesa a un acord unànimе sense junta recollit en escriptura pública). La LME confia la tutela del soci disconforme a l'exercici del dret de separació, i no al seu dret de vet per bloquejar la transformació. L'art. 15.1 LME reconeix el dret de separació amb caràcter general i l'art. 15.2 LME estableix la separació automàtica per als socis que no hagin votat a favor d'un acord de transformació que els fa assumir responsabilitat personal, **sense reconèixer-los un dret de vet.**⁽⁴²⁾ Aquesta argumentació no és absolutament segura, ja que l'art. 16 LME reconeix als titulars de drets especials que no puguin conservar a la societat resultant el dret d'oposi-

ció o de vet a la transformació, sense preveure una solució més favorable per a aquesta com el reconeixement de drets equivalents a la societat resultant –com l'art. 31.4 per a la fusió–, o la indemnització pels drets que perden, prevista a la *UmwG*.

A les modificacions estructurals que consisteixen en la transmissió patrimonial per successió universal pot acceptar-se l'aplicació de la LME

3r) Necessitat o no de balanç de transformació i de fusió: també planteja dubtes l'exigència de **balanç de transformació** (art. 9.3, en relació amb 10.2 LME). En la nostra opinió, atès el caràcter merament informatiu per als socis del balanç de transformació i la protecció que la LME dóna als creditors, la resposta ha de ser que **no és necessari el balanç de transformació acordada en junta universal per unanimitat. Tampoc ho ha de ser en aquest cas el balanç de fusió**, atès que l'art. 42 LME estableix que no s'han d'aplicar les normes generals sobre el balanç de les seccions 2.^a i 3.^a del capítol I; i l'exigència de l'art. 45 LME d'incorporar el balanç de fusió a l'escriptura no s'ha d'aplicar en aquest supòsit.

4t) Dubtes d'interpretació de l'art. 35 LME sobre fusió palanquejada: abans d'examinar, al final d'aquest treball, si l'art. 35 LME és una «norma suïcida», la seva interpretació planteja molts dubtes: 1r) No està clar si s'aplica només a la fusió de societats anònimes o de qualsevol societat mercantil, tot i que una interpretació sistemàtica i de jurisprudència d'interessos inclina per la segona solució. 2n) Comparant-lo amb l'art. 2501-bis Cc italià, en el qual es va inspirar, no explica suficientment el supòsit (el patrimoni de la societat resultant passa a servir de garantia al finançament), no estableix que sigui necessari, en tot cas, l'informe d'expert, fins i tot quan la societat resultant de la fusió palanquejada no sigui una SA o comanditària per accions, i l'informe d'administradors i d'experts en cas de

fusió palanquejada de societat íntegrament participada, que els art. 49 i 52 dispensen. Tot i que sembla que aquests informes s'han d'exigir, en tot cas, en protecció dels interessos en presència, els registradors mercantils, en la seva posició conjunta, l'exclouen en ambdós casos. 3r) Els *tres anys* anteriors a la fusió, que fan lliure l'assistència financera (una altra diferència amb la norma italiana) sembla que s'han de computar des de la data del projecte de fusió (quan es manifesta per primera vegada que el destí del finançament és la fusió), i no des de l'acord de fusió o des de la inscripció d'aquesta (ja que seria fàcil endarrerir-la, per situar l'operació fora del règim de l'art. 35 LME).

5è) L'informe d'expert: l'art. 34.5 LME permet no sotmetre el projecte a un expert quan, tot i que la societat resultant de la fusió sigui una SA o comanditària per accions, tots els accionistes n'hagin acordat la supressió. Però, la intervenció d'expert ve exigida amb l'abast de l'art. 38.1 LSA, si es produeix un augment de capital social, com a garantia de la seva integritat, com reitera la Directiva 2009/109/CE, pendent de transposició, i admet la posició conjunta dels registradors mercantils.

6è) Dubtes en el règim de la fusió simplificada: 1) Els art. 49.2 i 52.2, en els supòsits de fusió simplificada, semblen exigir sempre informe d'expert, encara que la resultant sigui SL, o sigui SA, però amb tots els accionistes amb dret a vot que hi hagin renunciat. Però la resposta és negativa, perquè la norma dóna per feta la regulació general i que està protegint només socis que necessiten ser protegits. 2) A l'art. 50.2 LME es planteja el dubte de si cal que el soci vengui al preu que se li ofereix per poder exercitar l'acció per a la revisió del preu. Així ho hauria de dir la norma; i així s'ha d'interpretar, per evitar inseguretats jurídiques. Com a argument pot valer que en l'aplicació de les restriccions estatutàries a la lliure transmissibilitat s'ha imposat la interpretació que, llevat que els estatuts diguin el contrari, o ho digui la *denuntiatio*, aquesta constitueix una oferta contractual de compra irrevocable.⁽⁴³⁾ 3) Pot plante-

jar-se si és possible incloure a la fusió de societats íntegrament participades (art. 52.1) el supòsit de societats íntegrament participades per diversos socis en la mateixa proporció («societats bessones»); i a l'art. 52.2, el supòsit en què l'absorbent estigui participada directament i l'absorbida indirectament pel mateix soci («fusió tia/neboda»). Entenem que la resposta és afirmativa, aplicant les normes per analogia, atès que no es produeix un veritable bescanvi d'accions.⁽⁴⁴⁾ 4) L'apartat 2 de l'art. 49 (contradient l'apartat 1) i de l'art. 52, de redacció idèntica, a més de la contradicció, regula l'absorció per societat que és «titular de manera indirecta de totes les accions o participacions de l'absorbida», pel que sembla, en el sentit que una societat A té totes les accions d'una societat B i aquesta totes les accions de la societat C, però la societat A absorbeix la societat C (fusió àvia/neta). Per a aquest supòsit disposa: 1) que «és exigible, si s'escau, l'augment de capital de la societat absorbent». La norma és errònia, atès que no s'han de lliurar accions a ningú. 2) que «quan la fusió provoqui una disminució del patrimoni net de societats que no intervenen en la fusió per la participació que tenen a la societat absorbent o absorbida, la societat absorbent ha de compensar les societats pel valor raonable d'aquesta participació». En realitat, en absorbir A a C, A conservaria el 100% del capital de B i aquesta conservaria accions que ara serien del capital d'A, originant-se un supòsit d'autocartera que constituiria autosubscripció indirecta, que segons l'art. 74 LSA obliga la societat subscriptora a desemborsar el valor de les accions. La norma de l'apartat 2 dels art. 49 i 52 recull aquesta obligació, i exigeix una «compensació», a fi que el patrimoni net (no només el capital social) de la societat B quedi reintegrat. L'informe d'expert aquí és indispensable perquè ha de certificar que la compensació de la societat intermèdia s'ha realitzat en el valor raonable i per tant no és l'informe de l'art. 34 LME a què es remet l'apartat, sinó el de l'art. 38 LSA, com ha destacat la Comissió de Qualificació Registral Mercantil.⁽⁴⁵⁾

7è) L'art. 70 LME ha deixat sense aclarir els dubtes suscitats per la LSA

sobre el concepte d'«unitat econòmica» en l'escissió parcial i si en l'escissió total és necessari que les parts segregades constitueixin «unitat econòmica». Sembla defensable una interpretació flexible d'aquest concepte (atès que ni les directives ni la major part de les legislacions europees l'exigeixen) i, a més, la seva exigència només té sentit en l'escissió parcial, on la imposa la Llei, sense que es pugui estendre aquesta exigència d'una norma especial, per analogia, a l'escissió total, com alguns autors proposen.

En l'àmbit de la anomenada tècnica legislativa, cal dir que trobem a la Llei normes repetides

8è) La LME planteja dubtes sobre si la seva regulació de la segregació (art. 71 LME) segons el model de l'escissió impedeix l'aportació de branca d'activitat mitjançant un augment de capital social amb aportació no dinerària (art. 71 LME); o (ii) si la regulació de la cessió global d'actiu i passiu amb fins de reestructuració (art. 72) impedeix l'alternativa transmissió convencional de l'empresa com a «asset deal», amb sotmetiment al règim d'unitat de títol i pluralitat de modes. En ambdós casos cal reconèixer l'autonomia de la voluntat o llibertat contractual, de manera que els interessats puguin optar entre la modificació estructural amb successió universal o la transmissió de branca d'activitat com a aportació no dinerària en augment de capital o com a veda d'empresa.⁽⁴⁶⁾

9è) En el problema fonamental de la fusió de la determinació del valor real del patrimoni social a efectes del bescanvi d'accions i participacions, la LME mostra una certa ambigüitat. L'art. 31.2 es limita a exigir que consti al projecte de fusió «el tipus de bescanvi de les accions», la qual cosa podria reforçar la posició d'aquells qui consideren que aquesta matèria és negocial, és a dir, que l'acord de fusió pot fixar lliurement la relació de bescanvi. Però l'art. 25 LME exigeix clarament que «s'ha d'establir sobre la base del valor real del seu patrimoni», per la

qual cosa el debat s'ha de considerar tancat en el sentit d'aquesta norma imperativa.

H) La LME presenta algunes deficiències de tècnica legislativa

En l'àmbit, no menys important, de la *tècnica legislativa*, trobem a la Llei **normes repetides**, que es podrien haver refós, establint, per exemple: «la societat en liquidació pot acordar totes les modificacions estructurals excepte el trasllat internacional de domicili social» (art. 5 i 28, en contrast amb l'art. 93.2); «el balanç informatiu de la societat no és necessari a les modificacions estructurals acordades en junta general universal i per unanimitat» (art. 9.3 i 42); «la transmissió patrimonial a la fusió, escissió, segregació i cessió global d'actiu i passiu es produeix per successió universal» (art. 22, 53; 69, 70, 71; i 81.1, 82, 83 i 84 LME). Trobem algunes normes supèrflues, com les definicions mateixes dels art. 1 i 2 (títol preliminar) i l'art. 63 LME, que disposa que són aplicables a les societats de responsabilitat limitada que participin en una fusió transfronterera les normes que regeixen amb caràcter general per a les fusions de societats anònimes i comanditàries per accions. En canvi, al règim de la fusió transfronterera falta la norma sobre l'informe d'experts, exigint per la desena directiva, que omet la LME en la regulació d'aquesta fusió, tot i que l'art. 55 LME permet esmenar aquesta omisió gràcies a la remissió al règim general de la fusió.

I) La LME inclou algunes normes sorprenents

A la LMR hi ha algunes normes sorprenents, o «xocants»,⁽⁴⁷⁾ que en alguna publicació he anomenat «suïcides», perquè contradiuen o impossibiliten allò que regulen i semblen fomentar, i que resulta difícil reconduir a una interpretació satisfactòria. Podem destacar les següents.

1r) **L'article 35 LME**⁽⁴⁸⁾ regula la «fusió posterior a una adquisició de societat amb endeutament de l'adquirent», o «fusió palanquejada» («forward merger LBO», o «Leveraged Merger



Buy Out»; LMBO)⁽⁴⁹⁾ amb la intenció –aparent– de fer-la possible, però estableix que l'informe dels experts «ha de contenir un judici sobre la raonabilitat de les indicacions a què es refereixen els dos números anteriors, i determinar a més si hi ha assistència financera». Si n'hi ha, atesa la seva prohibició absoluta pels art. 81 de la LSA i 40.5 de la LSLR (que s'aparten de la regulació més flexible de la Directiva 2006/68/CE) l'operació es podria declarar nul·la.

L'art. 35 LME disposa que en cas de fusió entre dues o més societats, si alguna d'aquestes hagués contret deutes en els tres anys immediatament anteriors a la fusió (i) per adquirir-ne el control d'una altra que participi en l'operació de fusió o (ii) per adquirir determinats actius essencials d'aquesta (un supòsit totalment erroni), s'han d'aplicar les regles següents: 1.ª) El projecte de fusió ha d'indicar els recursos i els terminis previstos per a la satisfacció, per la societat resultant, dels deutes contrets per a l'adquisició del control o dels actius. 2.ª) L'informe dels administradors sobre el projecte de fusió ha d'indicar les raons que hagin justificat l'adquisició del control o dels actius i que justifiquin, si s'escau, l'operació de fusió, i ha de contenir un pla econòmic i financer, on constin els recursos i la descripció dels objectius que es pretenen aconseguir 3.ª) L'informe dels experts sobre el projecte de fusió ha de contenir un judici sobre la raonabilitat de les indicacions a què es refereixen els dos números anteriors, i determinar a més si hi ha assistència financera. Sembla que el més lògic seria que els informes s'exigissin a tots els tipus i supòsits de fusió palanquejada, però aquesta no és la posició consensuada pels registradors mercantils.

4t) Entre els seus precedents es pot citar la dubtosa tesi que la fusió protegeix suficientment els interessos —socis minoritaris, creditors— que pretén protegir la prohibició de l'assistència financera per adquirir les pròpies accions de l'art. 81 LSA.⁽⁵⁰⁾ La norma, en tal cas, només reforçaria la transparència de l'operació i el seu incompliment potser no en determinaria la nul·litat. L'art. 2501-bis Cc ita-

lià ha dividit la seva doctrina: 1) Uns diuen que la fusió ja elimina tots els riscos de l'assistència financera i que aquesta era la tesi taxativa de la *Legge delega* n. 366/2001, art. 7-d), que el decret legislatiu de desenvolupament ha incomplert (mentre que altres autors acusen aquella de violar la segona directiva). 2) La interpretació més estesa és que, com es tracta d'una operació perillosa, el legislador ha volgut rodejar-la de garanties d'estudi i informació. Per la seva banda, la Directiva 2006/68/CE, de 6 de setembre de 2006 (segona directiva modificada), en comptes de regular amb més flexibilitat l'assistència financera per adquirir les pròpies accions, en la realitat pràctica impedeix les LMBO, atès que amb els recursos de lliure disposició de la targeta generalment no es pot realitzar l'operació palanquejada i, a més, el *bidder* sempre n'hagués pogut disposar legalment després de la presa de control mitjançant un simple acord de distribució de reserves.

En l'elaboració de l'art. 35 LME la intenció inicial de l'art. 33 de l'Avantprojecte i del Projecte de Llei és incorporar una norma com la italiana (a més de liberalitzar la sentència financera per a l'adquisició de les pròpies accions transposant la directiva). Però es torça quan l'informe de la ponència de 2-12-2008 accepta l'esmena del grup popular que proposa la redacció definitiva de l'art. 35 LME; el grup socialista «considera perilloses aquestes operacions de crèdit que al final van contra el patrimoni de la societat que estan facilitant l'assistència financera» i a més decideix mantenir la prohibició de l'assistència financera de l'art. 81 LSA; i el grup popular coincideix totalment, ja que les fusions palanquejades són una de les causes de la crisi econòmica.⁽⁵¹⁾ Per això la Llei encarrega a l'expert que digui «si hi hagués hagut —encara que fos de forma il·legal— assistència financera»⁽⁵²⁾

La interpretació de l'art. 35 LME ha de ser fidel a la voluntat del legislador, però, davant del dilema entre si aquell considera que tota LMBO en la pràctica està prohibida o si, per evitar l'absurd d'una norma que condueix a prohibir el que regula (una norma «suïcida»), cal fer una interpretació ra-

onable, sembla que hem d'optar per la segona alternativa i seguir l'esperit de la reforma italiana de 2003 en el marc doctrinal dels projectes de finançament estructurat, que reemborsaran el finançament rebut amb els resultats del projecte, sense recurs contra la societat concessionària d'aquest.⁽⁵³⁾

L'expert determinarà que no hi ha assistència financera si els fluxos de caixa lliure futurs de la societat resultant permeten reemborsar el deute als bancs sense haver de vendre actius estratègics

L'expert, en aquest sentit, determinarà que no hi ha assistència financera si els fluxos de caixa lliure futurs de la societat resultant previstos en el pla financer permeten reemborsar el deute als bancs, sense haver de vendre actius estratègics que impedeixen la continuació normal de la seva activitat. El mateix que fa l'expert en la valoració del pla de viabilitat dels acords de refinançament en el concurs (DA 4ª RDL 3/2009). Per fer-ho no ha d'importar que amb la fusió els recursos propis de la societat resultant (capital, reserves) quedin dràsticament reduïts pel deute. No hem d'examinar el balanç (en la perspectiva que adopta la directiva per regular els límits de l'autocartera i de l'assistència financera), ni el compte de pèrdues i guanys, sinó només l'EFE, l'«estat de fluxos d'efectiu» o de tresoreria. A ningú se li escapa que això és tant com dir que l'art. 35 LME està fora del context normatiu de l'assistència financera per a l'adquisició de les pròpies accions o participacions (art. 81 LSA i 40.5 LSLR), a la qual, tanmateix, sembla referir-se amb la breu expressió «assistència financera».

Amb aquesta interpretació concloem que les LMBO són legals: (i) quan l'endeutament es va contraure tres o més anys abans de la fusió (=del projecte de fusió); (ii) quan la societat absorbent sigui una societat preexis-

tent amb recursos importants, encara que s'endeuti per adquirir el control; i (iii) quan es pugui «determinar» o estimar, mitjançant una auditoria de simulació, que els fluxos de caixa lliure futurs permeten retornar el deute i els seus interessos sense afectar la capacitat productiva de la societat resultant, encara que no quedin recursos sobrants per distribuir dividendes. Per això, si el *bidder* no aconsegueix adquirir totes les accions de la *target*, els socis minoritaris externs hauran de prestar el seu consentiment, o ser compensats (ja que no tenen dret de separació). Amb aquesta interpretació salvem l'art. 35 LME del seu propi suïcidi.

2n) L'article 47 LME

L'art. 47.1 LME comença dient que «cap fusió pot ser impugnada després de la seva inscripció», amb la qual cosa incorporaria el sistema de sanejament de les lleis alemanya i italiana, oferta, com a opció per la tercera directiva i imposada obligatòriament als estats pel Reglament comunitari sobre societat anònima europea i per la desena directiva per a la fusió transfronterera (art. 29.2 *UmwG*, 2504 quater Codice civile, 30.1 Reglament 2157/2001 del Consell i 17 directiva 2005/56/CE, de 26 d'octubre de 2005). Però afegeix immediatament «que s'hagi fet de conformitat amb les previsions d'aquesta Llei», frase que podria interpretar-se: (a) o bé en el sentit que destrueix l'anterior, fent totes les fusions inscrites impugnables, amb la qual cosa converteix, d'aquesta manera, aquesta norma en errònia per a la fusió interna i contrària a la desena directiva en la fusió transfronterera (que prohibeix els estats admetre la impugnació quan s'hagi seguit el procediment de control de legalitat); (b) o bé en el sentit que, complint-se el procediment formal o transcorregut el termini de caducitat de l'acció d'impugnació, la fusió no es pot impugnar per cap altre motiu de nul·litat o d'anul·labilitat, tant per motius societaris com per altres.

No obstant això, la doctrina ha pogut defensar la interpretació raonable que l'art. 47.1 LME estableix un efecte sanatori limitat als possibles incom-

pliments del procediment regulat a la LME que són susceptibles de qualificació pel registrador mercantil i que, fora d'aquestes matèries, subsisteixen les accions d'impugnació dels acords socials per nul·litat o anul·labilitat pels motius societaris de l'art. 115 LSA i per la violació d'altres normes legals.⁽⁵⁴⁾

L'art. 47.1. LME afegeix a més que «queden estalvis, si s'escau, els drets dels socis i dels tercers al rescabament dels danys i perjudicis causats», quan a la legislació alemanya, holandesa i italiana aquesta acció de rescabament té la seva justificació en el fet que la prohibició legal d'impugnar la fusió els hagi causat un perjudici efectiu. Sembla que a la LME, quan hi ha acció d'impugnació, en l'àmbit objectiu en què sense aquesta es produeix el sanejament dels vicis, l'acció de rescabament no té sentit i, a més, tendeix a desvirtuar el breu termini de caducitat de l'acció d'impugnació de tres mesos establert per la norma, atès que en principi l'acció de rescabament com a acció personal tindria un termini de prescripció de 15 anys (art. 1964 Cc).

3r) L'article 38.2 LME

L'art. 38.2 LME reconeix al soci que es consideri perjudicat per la relació de bescanvi establerta al projecte comú de fusió el dret a sol·licitar del registrador mercantil del domicili social de la seva societat «la designació d'un expert independent que fixi la quantia de la indemnització compensatòria», però «sempre que així s'hagi previst en els estatuts o decidit expressament per les juntes que acordin la fusió o escissió de societats. La sol·licitud al registrador mercantil s'ha de fer en el termini d'un mes a comptar de la data de la publicació de l'acord de fusió o escissió en el «Butlletí Oficial del Registre Mercantil»» (el termini de l'oposició de creditors). La norma, tot i reconèixer un interès digne de protecció, no el protegeix eficaçment, mitjançant un procediment de jurisdicció voluntària exercitable després de la inscripció de la fusió i en reclamació d'una compensació dinerària, per evitar per aquest motiu accions judicials d'impugnació

contra la fusió (com preveu l'art. 15 *UmwG*).

La regulació de la cessió global d'actiu i passiu quan es realitza com a modificació estructural permet aconseguir resultats molt similars a la fusió però sense complir les garanties a favor dels socis minoritaris exigides a la Tercera Directiva

4t) La regulació de la cessió global d'actiu i passiu (art. 81 a 91 LME)

La regulació de la cessió global d'actiu i passiu als art. 81 a 89, LME, quan es realitza com a modificació estructural (sense liquidació de la societat cedent), permet assolir resultats molt similars a la fusió –la transmissió en bloc– **sense complir les garanties a favor dels socis minoritaris de la tercera directiva en el règim de la fusió** a la societat cedent i a l'eventual societat cessionària. Aquestes garanties són: l'acord de junta de la societat cessionària, quan és una societat, i no només de la cedent (art. 87 LME); el balanç, si s'escau, auditat (que no figura entre les mencions del projecte de cessió global: art. 85 LME); i la valoració del patrimoni cedit per un expert independent (només s'exigeix informació sobre la valoració, art. 85.3ª, i l'informe dels administradors: art. 86). La cessió global d'actiu i passiu apareix, així com un **contracte d'adquisició d'empresa** –del patrimoni social de la societat cedent– per un **preu pactat lliurement**, però amb cessió en bloc amb la inscripció registral (art. 89.2 LME), que substitueix el règim de l'adquisició d'empresa, especialment en règim d'*asset deal*, amb unitat de títol i diversitat de maneres de transmissió dels diferents elements.⁽⁵⁵⁾ Encara que la tercera directiva només és aplicable a les societats per accions, i no és evident que inclogui la cessió global entre «altres operacions assimilades a la fusió»⁽⁵⁶⁾, els arguments de fons d'aquesta crítica són difícils de rebatre. Potser per això el Codi civil italià no regula aquesta figura i la *UmwG*, de forma molt restringida, per a la cessió total o per parts del patrimoni d'una societat de capital a una Administració Pública



i entre entitats asseguradores, i amb aplicació, en el que sigui procedent, del règim de la fusió o de l'escissió (art. 174-189 *UmwG*). La LME és «suïcida» quan regula un procediment que permet eludir la regulació de la fusió. Amb més raó quan l'art. 53 LME, únic de la secció 9ª del títol II, regula l'«Operació assimilada a la fusió» per disposar que «també constitueix una fusió l'operació mitjançant la qual una societat s'extingeix i transmet en bloc el seu patrimoni a la societat que té la totalitat de les accions, participacions o quotes corresponents a aquella»; és a dir, que la cessió global a la societat matriu 100% és fusió i s'ha de regular per les normes de la fusió simplificada de l'art. 50, sense poder eludir-les⁽⁵⁷⁾; no s'entén que la cessió global no liquidatòria, en altres supòsits no sigui també fusió i es regeixi per les seves normes.

D'altra banda, la cessió global no es pot acollir a la neutralitat fiscal com a liquidació ni com a modificació estructural perquè no es pot subsumir en el supòsit de transmissió de branca d'activitat que doni a la cedent el control sobre l'adquirent (art. 83 i seg. del TR de la LIS, RDLeg. 4/2004, de 5 de març, *BOE* de l'11).⁽⁵⁸⁾

(*) II-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. Aquest treball en una redacció abreujada ha estat lliurat per a la seva publicació en el Libro en Memoria del Profesor Vicente Luis Montés Penadés, Catedràtic de Dret civil de la Universitat de València, Magistrat del Tribunal Suprem i mestre de civilistes.

- (1) Cal agrair la iniciativa de la Comissió de Qualificació Registral Mercantil constituïda pel Col·legi de Registradors d'Espanya, per fixar criteris d'interpretació sobre «L'informe de l'expert independent en seu de fusió i altres modificacions estructurals», en document de data d'abril de 2010.
- (2) L'E. de M. de la Llei les defineix com «les alteracions (sic) de la societat que van més enllà de les simples modificacions estatutàries perquè afecten l'estructura patrimonial o personal de la societat...»
- (3) Així, quan Vanesa MARTÍ MOYA constata que «és precisament aquest aspecte, l'àmbit subjectiu de la norma, el que pot suscitar més crítiques....

hagués estat desitjable incloure el règim de la fusió de la societat cooperativa a la nova Llei... (fins aquí, podríem estar d'acord). Això –segueix– quedaria en bona part justificat tant per la progressiva aproximació del citat règim al de les societats capitalistes... com per resoldre, com a mínim en part, el confús i estèril debat sobre la mercantilitat de la societat cooperativa que aquesta Llei reobre» («La fusión», Apèndix, a Arroyo/Embid/Górriz, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Ed. Tecnos, 2ª ed., 2009, pàg. A-95). La LME no reobre el maleït debat, que només és confús pel que fa a la «ideologia mercantilista». O quan Manuel SÁNCHEZ ALVAREZ afirma que «la referència que es fa a les cooperatives només es podria interpretar com que el legislador considera que aquella (sic) és una societat mercantil dotada d'un règim específic de ME, ja que, altrament, la referència seria redundant... la remissió genèrica... al règim legal de les cooperatives no suposa una exclusió radical de la LME de les ME de les citades societats...» (a RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., i altres, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, RdS Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2009, tom I, pàg. 61-62).

- (4) Vegeu VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, València, 2010, l., pàg. 136-137; i, especialment, Tomás VÁZQUEZ LÉPINETTE i María BAHNINI, *La calidad de la ley: Una propuesta para su mejora*, FIIA-AP, Madrid, 2009.
- (5) Vegeu *BOCE*. Congrés dels Diputats, IX legislatura, 9 d'abril de 2010; i la qualificació com a «normes desideratives» de moltes de les que s'inclouen en aquest Projecte de Llei a l'editorial d'*El Notario del Siglo XXI*, núm. 31, maig-juny 2010, pàg. 4. Un exemple d'aquestes normes, en la meua opinió, és l'art. 75 de la LO 3/2007, de 22 de març, sobre igualtat efectiva de drets de dones i homes, que promou la participació de la dona en els consells d'administració de les societats mercantils, com exposo al pròleg del llibre 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, per a la igualtat efectiva de dones i homes)*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, tot i que l'autora, amb més entusiasme, atribueix a la norma obligatorietat efectiva.
- (6) «Fins fa molt poc la doctrina mercantilista era totalment favorable a la

unificació del dret d'obligacions i contractes (i el mateix prof. Alberto Berco-vitz dona una unificació més àmplia, de tot el dret privat), i integra en uns mateixos textos legals les normes en la matèria, que serien aplicables indistintament, tant als contractes civils com als mercantils. Però aquest plantejament –segueix– s'ha vist alterat com a conseqüència de l'aparició en alguna Comunitat Autònoma de lleis i codis autonòmics on s'inclou la regulació de temes relacionats amb les obligacions i contractes... La conseqüència ha estat considerar que la unificació de les normes civils i mercantils en matèria d'obligacions i contractes no és desitjable, atesa la nova situació, perquè només l'existència d'una regulació mercantil és la que garanteix la necessària unitat del mercat...» («Un paseo de medio siglo con el Derecho mercantil», discurs d'acceptació del doctorat d'honoris causa de la Universitat de Saragossa l'any 2007, DN. Núm. 211, abril 2008, pàg. 10-11).

- (7) Especialment, OLIVENCIA RUIZ, M., «Un Código Mercantil del siglo XXI», a Gómez Segade, J.A. i GARCÍA VIDAL, A. (ed.), «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, pàg. 52 a 61, i abans a «De nuevo la Lección 1ª: sobre el concepto de la asignatura», discurs d'obertura de curs de la Universitat de Sevilla, 1999, i a JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), «Derecho mercantil», 5ª ed., pàg. 36 i 37; DÍAZ MORENO, A., «El Derecho mercantil en el marco del sistema constitucional de distribución de competencias», *Estudios Menéndez*, pàg. 248; a més d'A. BERCOVITZ, ob. cit., i SANCHEZ CALERO, F., i SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «Instituciones de Derecho mercantil», 31 ed., Thomson/Aranzadi, 2008, l, pàg. 57. La meua opinió favorable a la unificació del dret privat l'exposo un cop més, amb la necessària ironia, a «Las misiones del Derecho mercantil en el siglo XXI», al mateix *Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa*, cit., pàg. 92-102.
- (8) En paraules del prof. ILLESCAS ORTIZ, R., «Un nuevo Código de Comercio para España», DN, núm. 196, gener de 2007, pàg. 1 i seg. 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, i Raúl Bercovitz Álvarez, *RDBB* núm. 102, p. 303), defineix els conceptes d'"empresari" (en substi-

tució de “comerciant”) i de “consumidor”, portant els contractes de consum al contingut del dret mercantil, invocant el principi constitucional d’unitat de mercat. És aproximadament un Codi complet d’obligacions i contractes que deixa el Codi civil només per a supòsits marginals (per ex., la cessió gratuïta de crèdits). Davant del projecte de nou Codi Mercantil impulsat per la Secció de Dret Mercantil de la Comissió General de Codificació, la Secció de Dret Civil d’aquesta Comissió ha elaborat una proposta per a la modernització del dret d’obligacions i contractes [*Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (Ministeri de Justícia, 2009)] en la qual no es diu res sobre la distinció entre obligacions i contractes civils i mercantils i que sembla aspirar a la unificació del dret privat en aquesta matèria (per ex., en la regulació del contracte de compravenda).

- (9) Vegeu *Introducción al Derecho mercantil*, cit., II, pàg. 1319-1324.
- (10) Per exemple, es planteja el problema de si és possible l’escissió d’una associació que desenvolupa, en interès dels seus socis, activitats esportives i altres de naturalesa diferent, que suposen més risc empresarial. En la nostra opinió, la resposta és afirmativa, aplicant la LME per analogia, en els punts en què hi hagi identitat de raó amb una societat mercantil, per imperatiu de l’art. 4.1 Cc.
- (11) Remeto a VICENT CHULIÀ, 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) Com explica el professor Jesús Quijano González, catedràtic de dret mercantil de la Universitat de Valladolid i diputat, membre de la ponència constituïda al si de la Secció de Dret Mercantil de la Comissió General de Codificació i membre de la ponència nomenada per la Comissió de Justícia del Congrés dels Diputats, en règim de competència plena. Vegeu Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, a RODRIGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), «Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», Thomson-Reuters, Madrid, 2009, tom I, pàg. 25 i seg. Vegeu també la memòria justificativa del Ministeri de Justícia sobre l’Avantprojecte de llei sobre modificacions estructurals de les societats mercantils, de 17 d’abril de 2008. No sense certa ironia s’ha pogut dir que «els defectes tècnics que presenta la Llei s’haurien de

corregir en properes reformes legislatives», citant com a oportunitat per fer-ho la futura transposició de la Directiva 2009/109/CE, de 16 de setembre de 2009 (DOUE L 259/14, de 2-10-2009), que simplifica les obligacions d’informació en la fusió i escissió (Luis Javier CORTÉS DOMÍNGUEZ i Adoración PÉREZ TROYA, a *Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa* (v. nota 7), pàg. 125-137, en concret, 128-129).

- (13) Fernando CERDÁ ALBERO, «Modificaciones estructurales societarias y concurso», a *Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa*, cit., pàg. 713-719, analitza aquesta problemàtica –que no tracta la LME– al voltant de tres punts: 1) el de la rescindibilitat de la fusió i altres modificacions estructurals translatives, per l’acció rescissòria de l’art. 71 de la Llei concursal, que entén que no és possible, per la protecció que atorga als creditors el dret d’oposició a la fusió i per l’efecte sanatori de la seva inscripció registral; 2) la participació de societats en concurs en una ME i 3) la realització de ME durant la vigència d’un conveni judicialment aprovat, i els problemes que sorgeixen si s’incompleix el conveni.
- (14) Vegeu VICENT CHULIÀ, 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, pàg. 25-76; «Las opciones de la Ley de modificaciones estructurales», *El Notario del Siglo XXI*, desembre 2009; i *Introducción al Derecho mercantil*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2009, vol. 1^a, pàg. 730-796, en concret, 733-735, síntesi de les deficiències de la LME.
- (15) António MENEZES CORDEIRO, «Direito das Sociedades, I, Das Sociedades em Geral.» 2004, Almedina, 2004, pàg. 775 i seg. Cap. VI, *A modificação das sociedades*, pàg. 775-777.
- (16) Aquesta era ja la meua proposta alternativa, davant del plantejament «mercantilista» de l’Avantprojecte de llei de 14 de juny de 2007, a la *RdP*, 1-2008, vegeu nota 14. Aquesta revista la va promoure i dirigir el prof. Vicente Luis Montés Penadés, també convençut de la necessitat d’unificar el dret privat. La revista hauria de recuperar aquesta idea-força unificadora aproximant els dos col·lectius d’estudiosos del dret

privat a les nostres universitats i a la Comissió General de Codificació.

- (17) Sobre la coincidència de la legislació i doctrina mercantilista portuguesa i espanyola en la justificació d’«un dret mercantil separat del dret civil», reforçada ara a Espanya per arguments de geopolítica, remeto a *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pàg. 46-50.
- (18) *Bundesgesetzblatt*, Jahrgang 1994, Teil I, S. 3209 ff.
- (19) De la *UmwG* es van fer dues traduccions a l’espanyol: 1^a) La realitzada per T. VÁZQUEZ, M. J. VAÑÓ i M. J. GUILLÉN, sota la meua supervisió, amb notes aclaridores a peu de pàgina: «La Ley alemana de depuración del Derecho de las modificaciones estructurales de 28 de octubre de 1994», primera part, «Sección de Derecho de Sociedades». *Revista General de Derecho*, núm. 609, València, juny de 1995, pàg. 7231 i seg.; i núm. 615, València, desembre de 1995, pàg. 13683 i seg. 2^a) La traducció realitzada per J.M. BAENA VALBUENA, a la *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 6, 1996, pàg. 363 i seg., i núm. 7, 1996, pàg. 373 i seg., sense notes. Sobre la recepció del Projecte de la llei alemanya de 1988 a la nostra doctrina, vegeu EMBID IRUJO, J.M., «Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», *Estudios Girón*, Madrid, Civitas, 1991, pàg. 293 i seg.; i VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.^a ed., 1991, I-2, pàg. 817-821. Al Projecte de llei alemany de modificacions estructurals de 15 d’abril de 1992 (que va succeir l’Avantprojecte de 1988) es va referir el prof. F. J. LEÓN SANZ, a *RdS*, núm. 2, 1994, pàg. 448 a 453. La bibliografia sobre la *UmwG* és molt extensa, n’hi ha prou de citar els comentaris publicats més recentment: Lutter, Marcus (dir.), *Umwandlungsgesetz*, 4.^a ed., Köln, V. Otto Schmidt, Köln, dos toms, 3653 pàg.; Widmann, Siegfried i Mayer, Dieter (dir.), *Umwandlungsrecht*, Bonn, Stollfuss, 2009; Kessler, Jürgen i Kühnberger, Manfred (dir.) *Umwandlungsrecht. Kompakt-Kommentar*, Stuttgart, Schäffer-Poeschel, 2009; Maulbetsch, Hans-Christoph, revisat per Becker, Roman A., *Umwandlungsgesetz*, Heidelberg, C.F. Müller, Heidelberg Kommentar, 2009; Kallmeyer, Harald, *Umwandlungsgesetz: Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel bei Handelsgesellschaften (Gebundene Ausgabe)*, 2010.
- (20) TJCE 2005/373; nota en ZIP núm. 51-52, 2005, pàg. 2311 i seg.



- (21) La bibliografia italiana sobre la matèria és molt extensa. Vegeu especialment 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 Mauricio, LUSCHI Giovanni, *Le operazioni di leveraged buy out*, Ipsoa, 2009; SALVADEO, Stefano i 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, VASCHETTO, 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, RODOLF, R., «Codice commentato delle società», Ipsoa, 2007; VV.AA., *Il nuovo diritto delle società*, vol. III i IV, 2007; GUERRERA, Fabrizio, en ABRIANI, N. i altres, *Derecho italiano de sociedades (manual breu)*, trad. al castellà de Nuria Latorre Chiner i Vanesa Martí Moya, València, Ed. Tirant lo Blanch, 2008.
- (22) Número d'expedient: 1977/2007, Ministeri de Justícia, 19 de desembre de 2007, en compliment de la disposició addicional primera de la Llei 8/1994, de 19 de maig, per la qual es regula la Comissió Mixta per a la Unió Europea, que estableix que cal consultar el Consell d'Estat sobre les normes que es dictin en execució, compliment i desenvolupament del dret comunitari europeu.
- (23) L'informe d'expert només és obligatori, segons el document d'unificació de criteris del Col·legi de Registradors de maig de 2010: a) a efectes de verificació del bescanvi d'accions quan quedi extingida la societat anònima o comanditària o se n'escindeixi part del patrimoni (art. 34.3.I, 34.5 i 78 LME i art. 11 de la Directiva 78/855/CEE; i b) a efectes de verificació de les aportacions quan com a conseqüència de la fusió s'emetin accions (art. 34.1, 34.3.II i 78 LME, en relació amb l'art. 38 LSA i l'art. 10 de la Directiva 77/91/CEE). En el segon supòsit, en un únic document, s'inclouen dos informes materials. La LME ha ampliat les funcions de l'expert en el supòsit de fusió palanquejada (art. 35 LME) i quan resulta necessari satisfer una compensació a societats que no intervenen en l'operació (art. 49.2 i 52.2).
- (24) BOCE, Congrés dels Diputats, IX Legislatura, Sèrie A, de 30 de maig de 2009; i esmenes al BOCE, Congrés dels Diputats de 8 d'octubre de 2008.
- (25) BOCE, Senat, 29 de desembre de 2008 i esmenes al de 18 de febrer de 2009.
- (26) BOCE, DS Congrés dels Diputats, Comissions, 2 de desembre de 2008, pàg. 2-12; i de 18 de març de 2009, Ple i Diputació Permanent, en què el Congrés va aprovar les esmenes remeses pel Senat i en què els representants dels grups van reiterar, de vegades textualment, les seves intervencions de la sessió inicial del 2 de desembre de 2008. El Sr. PIZARRO al·ludeix al contracte de transacció del Codi civil (DS 2-12-08, pàg. 5 i DS 18-3-2009, pàg. 46, afirmant que «evitem la provocació de molts litigis, arreglarem molts problemes...») i el Sr. OLAVARRÍA manifesta que «tot i confessar que no tinc cap esperança que aquesta opinió es traslladi a cap mitjà de comunicació... per si de cas –de vegades es produeixen miracles, sobretot en dates properes al Nadal– vull felicitar a tots; és una autofelicítació –que seria gairebé un autocontracte (sic)– per a tots pel treball ben fet...». Celebrant que els partits majoritaris hagin respectat la competència autonòmica en matèria de cooperatives (DS 2-12-08, pàg. 7). És a dir, considera acceptable que sigui una Llei només per a societats mercantils.
- (27) El Senador D. Manuel PIZARRO MORENO reitera a la Comissió del Senat, (després de dir-ho a la Comissió del Congrés dels Diputats), que «l'assistència financera... queda estructurada (sic) com estableix l'art. 81 de la Llei de societats anònimes. Vull dir-ho aquí i ara perquè consti al "Diari de sessions", perquè als moments on el superpalanquejament de moltes institucions és una de les causes de la crisi financera que ens ocupa, i de la qual tant parlem en aquesta cambra, (1) reduir l'assistència financera als seus termes justos (però l'art. 81 LSA estableix una prohibició absoluta), (2) exigir que en alguns dels processos de fusió o transformació (sic) de societats, art. 35 de la Llei, s'exigeixi un informe dels administradors (sic) que determini que no hi hagi assistència financera, crec que és un triomf de tots i així ens hem de felicitar» (DS 11-3-09, pàg. 46, col. esq.). Queda oblidat que l'art. 35 LME s'ocupa només de la fusió i que és l'informe dels experts el que determina si hi ha assistència financera. Però el senador deixa clar que la fusió palanquejada no exclou la prohibició de l'assistència financera, si bé amb la incògnita sobre quan existiria assistència financera per a l'adquisició de les pròpies accions per part del «bidder».
- (28) DS, sessió plenària, 11 de març de 2009, pàg. 47 col. dreta.
- (29) El Sr. ORTIZ ZARAGOZA, del grup popular, BOCE, DS Senat, 11 de març de 2009, pàg. 1470, col. dreta.
- (30) La sentència del *Landgericht* de Paderborn de 28 d'abril de 2000 a la RFA va declarar la nul·litat del pacte de «break-up fees» o clàusula penal del conveni de fusió perquè no s'havia atorgat el «contracte de fusió» en escriptura pública, com exigeix la *UmwG*, tot i que la doctrina reconeix que el seu atorgament en escriptura pública tampoc obliga la junta general. Vegeu 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, pàg. 1641-1658, pàg. 1649.
- (31) SAP Zaragoza núm. 332/2005, Secc. 4.ª, de 8 juny 2005 (JUR. 2005/176814): pacte d'escissió de *Distribuciones Coreas, S.L.*
- (32) Vegeu *Introducción*, cit., I, pàg. 325-335. Per ex., la societat asseguradora britànica *Prudential* en retirar-se del procés d'adquisició de la filial asiàtica de la nord-americana *AIG*, li haurà de pagar 450 milions de lliures (545 milions d'euros) en concepte d'indemnització o clàusula penal i d'honoraris de diversos assessors d'aquesta (*Expansión*, 8-6-2010, pàg. 31).
- (33) *Introducción*, cit., II, pàg. 1423.
- (34) Aquesta és la jurisprudència nord-americana, recollida, per ex. a la sent. US District Court for the Northern District of Illinois: *Omnicare Inc. v. United Health Group, Inc.*, N.D., de 16 de gener de 2009.
- (35) En aquest sentit, Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, «La fase de ejecución (Escritura pública e inscripción en el registro. Impugnación)», a Rodríguez Artigas et al. (dir.), *Modificaciones estructurales*, cit., I, pàg. 647-649, coincidint amb la doctrina anterior.
- (36) La STS de 7 de juny de 1994, R. 4895, considera suficient l'aportació de l'escriptura d'absorció i per tant no

oposable l'excepció del demandat de falta de legitimació activa de la societat absorbent (en línia amb la legislació fiscal: ja l'art. 12.1 de la Llei 29/1991, de 16 de desembre, sobre règim fiscal de les fusions, vegeu STS 23 d'octubre i 12 de desembre de 1995 (R. 7102 i 2441, respectivament). La SAP Astúries, secc. 4.ª, de 26 de setembre de 1996, AC 1525, en demanda executiva del *Banco Zaragozano, S.A.*, societat absorbent de *Leasing Banzano, S.A.*, basada en un contracte d'arrendament financer, declara també que l'escriptura de fusió determina la successió universal amb la subrogació en el patrimoni de l'absorbida, «quant pendent els efectes fins que es practiqui l'esmentada inscripció, que s'entendrien, en tot cas, remuntats com a mínim a la data de l'escriptura de fusió, si bé en el cas, la inscripció de la fusió i la publicació d'aquesta al BORME es van produir abans de la sentència d'execució» (FD 2n.). La SAP Saragossa, secc. 5.ª, de 17 de maig de 2002, JUR 174761, declara que per a l'absorció de VV-System AG per part de Bandag AG, aquesta va adquirir el crèdit d'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. (dir.). *Modificaciones estructurales*, cit., II, pàg. 645-720, en concret, pàg. 680-686. En canvi sembla que la LME no permet defensar la meua interpretació anterior que abans de la inscripció de la fusió l'acord de fusió no és impugnable.
- (38) Per ex., a l'operació de Ferrovial/Cintra, d'absorció inversa (de matriu per filial), amb la realització d'una fusió simplificada prèvia (la filial absorbida va absorbir 4 filials íntegrament participades) i d'una filialització (la societat absorbent aporta mitjançant escissió, pel procediment simplificat de l'art. 49 LME, el negoci de concessió d'infraestructures a una filial participada al 100%). La fusió simplificada i la filialització podria haver-les decidit el consell d'administració (art. 51 LME), però es van adoptar acords en junta. Aquests requisits innecessaris es compleixen «per prudència» (igual que la incorporació de balanços i d'informe d'experts en supòsits en què la LME sembla dispensar-los), esperant que es produeixi una consolidació de la pràctica registral.
- (39) Com observa Cristóbal ESPÍN GUTIÉRREZ, a Rodríguez Artigas, F., «Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», *RDs*, Aranzadi Thomson-Reuters, cit., tom I, pàg. 191 i seg., en concret, 238-244, fins a la LME fins a cinc resolucions de la DGRN no

haurien servit per fixar uns criteris clars en aquesta qüestió (R. de 5 de maig de 1994, R. 4084; de 26 de febrer de 1996; de 29 de febrer de 1996, R. 1301; de 29 de març de 2000, R. 2736, i de 23 de febrer de 2001, R. 2002/2163). Mentre les dues primeres acullen el criteri d'aplicar el règim de la societat resultant, les tres últimes declaren que en protecció dels tercers a qui el registre publica la forma originària de la societat anònima abans de la transformació s'han de complir les normes legals i estatutàries d'aquella (desembors de dividendes passius en efectiu, canvi de l'objecte social, reducció del capital social). ESPÍN, recollint la doctrina anterior, distingeix entre que la modificació addicional sigui o no necessària per fer possible la transformació, i afegeix una complexa sèrie de regles interpretatives. Finalment, la R. de 16 de setembre de 2009 ja es recol·lava en el criteri de l'art. 17 LME, fins i tot abans de la promulgació d'aquesta, quan admet l'aplicació del règim legal de la societat resultant.

- (40) El Projecte de Llei d'economia sostenible (BOCE Congrés dels Diputats de 9 d'abril de 2010) s'adona que el legislador es va oblidar de les mútues d'assegurances i mutualitats de previsió social i a la disposició final 16ª estableix que els mutualistes que no hagin votat a favor de l'acord de transformació (en societat anònima d'assegurances) poden separar-se en els termes de l'art. 15 LME i que «(e)n la valoració de les parts socials que corresponen al soci que se separa s'han de tenir en compte (1) les aportacions que va realitzar al fons mutual (no reintegrable en cas de cessament voluntari de l'entitat) i (2) el reembors de la part de la prima no consumida dels contractes d'assegurança que es resolguin».
- (41) «Els socis de la cooperativa de crèdit que s'hagi d'extingir, a més del seu dret a integrar-se al quadre societari i orgànic de l'entitat nova o absorbent, si el règim jurídic d'aquesta ho permet, poden rebre d'aquestes, per les seves aportacions al capital social fins assolir la relació de bescanvi vàlida segons la legislació cooperativa, aportacions, accions o quotes participatives que, si escau, es poden completar amb obligacions o deute subordinat ja emesos o en metàl·lic.» Vegeu VAÑO VAÑO, María José, *Fusión heterogénea y cesión global en el sector bancario*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas/Tirant lo Blanch, València 2001.
- (42) Vegeu Reyes PALÁ LAGUNA, «Transformación de sociedades personalistas», a Rodríguez Artigas, F., *Modificaciones estructurales de sociedades mercantiles*,

cit., I, pàg. 340-350, que s'esforça per superar l'opinió gairebé unànime de la doctrina i de la DGRN anterior a la LME que la transformació en aquests supòsits exigia la unanimitat, afirmant que l'art. 217 RRM constitueix «una extralimitació més de la norma reglamentària» (pàg. 344), seguint a Alberto DÍAZ MORENO, en un article sobre el Projecte de Llei de societats de responsabilitat limitada (publicat a *CDC*, núm. 13, 1994, pàg. 151-194). Però PALÁ LAGUNA defèn de forma convincent el principi majoritari a la LME (pàg. 348-349). El problema no es resol admetent el pacte en contrari a l'escriptura social (com preveu l'art. 217.1 de la *UmwG* i l'art. 212 RRM espanyol mateix), sinó que exigeix admetre, com a regla general de la LM, el principi majoritari, com fan la *Company Act 2006*, a l'art. 90 (1) (a), a la *re-registration d'unlimited company en limited company*, i el Codi civil italià, després de la reforma de 2003, a l'art. 2500ter, que estableix que «llevat que el contracte social estableixi el contrari, la transformació de societats de persones en societats de capital s'ha de decidir amb el consentiment de la majoria dels socis, tenint en compte la part atribuïda a cadascun en els beneficis; en tot cas, al soci que no pren part en la decisió li correspon el dret de separació». Menys confiança ens mereix l'argument de PALÁ LAGUNA que «no sembla que en una Llei tan meditada (sic), l'omissió a la referència del consentiment de tots els socis col·lectius per acordar la transformació de la societat sigui involuntària...», ja que sembla que en aquest punt —com en d'altres— ha faltat més meditació.

- (43) Vegeu *Introducción al Derecho mercantil*, 22ª ed., 2010, pàg. 480-481.
- (44) En un cas d'operació mixta, inscrita al Registre Mercantil de Saragossa, de fusió simplificada inversa i fusió entre SL per unanimitat en unitat d'acte, amb tot el capital de l'absorbent participat en forma directa o indirecta per les absorbides i els seus socis, es van aplicar per analogia els art. 52.1 i 49.1 LME, recolzant-se en el criteri doctrinal defensat pel Registrador Luis Fernández del Pozo.
- (45) El prof. Javier JUSTE MENCÍA, no obstant això, censura aquesta exigència de compensació (a Rodríguez Artigas, *Modificaciones estructurales*, cit. I, pàg. 784-786).
- (46) Javier SERRA CALLEJO, secretari del Consell d'Arcelor/Mittal Espanya i Manuel GONZÁLEZ-MENESES, notari, expressen una opinió diferent en els seus respectius estudis sobre aquests dos temes, publicats a *El Notario del Siglo*

- XXI, núm. 28, pàg. 32 i seg. i 42 i seg. i RODRIGUEZ ARTIGAS, a *El Notario del siglo XXI*, núm. 32, 2010, pàg. 133 i seg. Però la pràctica registral segueix, encertadament, el nostre criteri.
- (47) Aquesta és l'expressió que prefereix el prof. Fernando CERDÁ ALBERO («Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal», a *Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa*, cit., pàg. 713-729, en concret, pàg. 717, quan estudia l'art. 47 LME sobre la impugnació de la fusió en relació amb l'acció rescissòria concursal de l'art. 71 de la Llei concursal.
- (48) Vegeu especialment, Antonio RONCERO SÁNCHEZ, «Fusión posterior a adquisición de sociedad con endeudamiento del adquirente», a F. Rodríguez Artigas et alii, *Modificaciones estructurales*, cit., I, pàg. 721 a 766.
- (49) El *bidder* (1) constitueix una New Co, amb un petit capital social, (2) els bancs financen (3) l'adquisició, per part d'aquesta, del control de la target, la totalitat o la majoria d'accions o participacions de la societat target, per compra o subscripció d'augment de capital, amb garantia de les accions comprades, i (4) posteriorment la New Co es fusiona amb la target, perquè els bancs no volen tenir com a garantia les accions d'aquesta, sinó els seus propis actius, com a creditors directes d'aquesta, de manera que la societat resultant assumeix el deute que la New Co havia contractat amb els bancs.
- (50) Tesi acollida per la SAP Madrid, de 9 de gener de 2007, en apel·lació d'Endesa contra Gas Natural i Iberdrola a l'OPA sobre la primera. Vegeu MINGOT AZNAR, *RdS* 2007-1, núm. 28, pàg. 271-279.
- (51) Vegeu, respectivament, DS Congrés, núm. 163, 2-12-08, Sr. Seco Revilla, pàg. 6 i 7; i DS cit., Sr. Pizarro Moreno, pàg. 8.
- (52) Sr. de la Rocha Rubí, DS Congrés, cit., pàg. 11, pel grup socialista.
- (53) Per tots, vegeu Luca G. PICONE, «Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario», *Contratto e Impresa*, núm. 3, sett-dic. 2003, pàg. 1391-1453, especialment, 1421-1424, encara partint de la tesi que el DLegislatiu s'aparta de la *Legge delega* i que la fusió palanquejada sempre és lícita, encara que ara s'han de complir els requisits que exigeix l'art. 2501-bis Cc, sota sanció de nul·litat; en el mateix sentit, quatre anys més tard, A. ALBANESE, «Operazioni sulle azioni proprie (e leveraged buy out) nel nuovo diritto societario», a *Contratto e Impresa*, núm. 2, marzo-aprile 2007, pàg. 377-386.
- (54) Vegeu Luis FERNANDEZ DEL POZO, «La fase de ejecución (Escritura pública e inscripción en el registro. Impugnación», a Rodríguez Artigas et al. (dir.), *Modificaciones estructurales*, cit., II, pàg. 645-720, especialment pàg. 671 i seg., especialment nota 30, on analitza el significat i abast limitat als vicis del procediment del «Bestandsschutzprinzip» o sanejament registral limitat. L'autor aclareix els possibles vicis de nul·litat de la fusió en: 1) advertibles o qualificables pel registrador; 2) no advertibles per ell (com l'acord de fusió anul·lable per abús), per la qual cosa sempre és possible la impugnació sobre la base de l'art. 47.2 LME; 3) causes de nul·litat de la societat resultant; 4) falta de justificació de la relació de bescanvi; i 5) incompliment de normes sobre concentracions econòmiques (art. 7 LDC 15/2007) (normes que recorda la Llei suïssa de 3 d'octubre de 2003). Per la seva banda, Fernando CERDÁ ALBERO entén que la fusió i altres modificacions estructurals translatives no són susceptibles de rescissió concursal sobre la base de l'art. 71 LC perquè els creditors ja van tenir la possibilitat d'oposar-se a la fusió i pels
- efectes sanatoris de la fusió inscrita, llevat que sigui impugnada per vicis en el procediment de fusió («Modificaciones estructurales societarias y concurso», a *Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa*, cit., pàg. 717-719).
- (55) Vegeu *Introducción al Derecho mercantil*, cit., I, pàg. 790-792 (règim de la cessió global); i I, pàg. 325-340 (règim de l'adquisició contractual d'empreses).
- (56) Com pretén el notari Manuel GONZÁLEZ-MENESES, en un article extremadament crític amb la regulació de la cessió global a 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). N'hi ha prou d'afegir que la possibilitat de sobrepassar el 10% del valor nominal de les accions lliurades en bescanvi només s'admet a la Llei alemanya per permetre la revisió de la relació de bescanvi i per al supòsit de compensació o indemnització al soci en determinats supòsits. De manera que en cap cas una cessió global es podria considerar com una fusió en què es bescanviïn les accions o participacions per un 100% en diners. La cessió global no és una fusió, encara que produeixi la transmissió en bloc o successió universal. Una qüestió diferent és que la regulació d'aquesta continguda a la LME s'hagi meditat suficientment, i que permeti abusos, quan possibilita els resultats de la fusió amb un procediment menys garantista.
- (57) Com explica Adolfo SEQUEIRA, «El concepto de fusión y sus elementos componentes», a Rodríguez Artigas et alii (dir.), *Modificaciones estructurales*, cit., pàg. 387-388.
- (58) *Introducción*, cit., pàg. 737-740 i 792.



Coordinador:
ÁNGEL MARÍA
DE SANCH 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



LA LEY
grupo Wolters Kluwer

Páginas: 1.192 / Encuadernación: Rústica
ISBN: 978-84-8126-279-7

Adquiera hoy mismo su ejemplar. TEL.: 902 250 500 / INTERNET: <http://tienda.laley.es>



NUEVO

Incluye
CD-ROM

L'actuació de l'expert i l'auditor de comptes davant la Llei de modificacions estructurals

La complexitat de les operacions regulades per la Llei 3/2009, de 3 d'abril, sobre modificacions estructurals de les societats mercantils necessita la coordinació de totes les parts que participen en aquestes operacions societàries, empreses, administradors, advocats, notaris, registradors, auditors i experts, cadascú en el seu paper i amb la seva responsabilitat. En aquest article es plasma el punt de vista de l'auditor i de l'expert davant les actuacions que li poden ser requerides en l'àmbit d'aquesta norma.



DONATO MORENO GONZÁLEZ

*Soci Director de Pràctica Professional
Audihispana Grant Thornton*

Com a continuació d'unes reeixides sessions de formació celebrades a la històrica i impressionant seu del Col·legi de Notaris de Catalunya, aquest m'ha concedit l'honor de sol·licitar-me un article per a la seva prestigiosa revista, que recull una gran quantitat d'estudis i escrits de juristes il·lustres. No és el meu cas, no sóc jurista, ni il·lustre, però per la meua carrera i professió, economista i auditor, he de relacionar-me amb notaris, registradors i advocats, sempre en interès de tercers, generalment empreses, intervenint, bé com a auditor bé com a expert independent en les seves activitats mercantils. En aquest article intentaré plasmar quin és el punt de vista de l'auditor i de l'expert davant les actuacions que li poden ser requerides en l'àmbit de la



Llei 3/2009, de 3 d'abril, sobre modificacions estructurals de les societats mercantils.

En primer lloc, destacaré una obvietat: la funció i els objectius de l'auditor no són els mateixos que els de l'expert, encara que un auditor pugui actuar en determinades operacions com a expert. No succeeix el mateix en sentit contrari, l'expert no pot exercir com a auditor, llevat que disposi de l'habilitació legal oportuna, que a Espanya es concreta en la seva inscripció com a «exercent» en el Registre Oficial d'Auditors de Comptes (R.O.A.C.).

En la seva funció, en general, l'auditor expressarà la seva opinió professional sobre si uns estats financers presenten la imatge fidel de la situació financera i patrimonial d'una empresa d'acord amb un marc establert de normes comptables. És a dir, en termes col·loquials, l'auditor «certificarà» (terme odiat pels auditors) la bondat d'uns comptes preparats pels administradors de les societats.

En canvi, l'expert, també en general, ja comentaré més endavant les diferents casuístiques, expressa unes conclusions sobre determinades circumstàncies que han de ser avaluades mitjançant el seu parer professional, sense estar encotillat per unes normes tan rígides com les comptables.

És convenient, per tant, distingir les actuacions d'un i de l'altre:

1. Actuacions com a auditor

La Llei 3/2009 recull tres operacions mercantils en les quals ha d'intervenir un auditor (i en una d'elles no intervé com a tal). Vegem-les:

- Segons l'art. 9, apartat 1.3, en les transformacions de societats s'ha d'auditar el balanç presentat si la societat està obligada a sotmetre els seus comptes a auditoria, llevat que l'acord de transformació s'adopti en junta universal i per unanimitat.

Les empreses petites, les que formulen comptes abreujats, no estan obligades a fer auditar el seu balanç.

- En el context de les transformacions, l'art. 15 regula el dret de separació dels socis disconformes amb la transformació (que deuen haver votat en contra) i ens remet a la Llei de Societats de Responsabilitat Limitada (L.S.R.L.) per determinar com s'efectuarà la valoració de les parts socials corresponents a aquests socis. La L.S.R.L. indica que, a falta d'acord sobre el valor, o sobre qui ha de ser el valorador, la valoració citada la realitzarà un auditor diferent al de la societat, nomenat pel Registre Mercantil. En aquest cas, si bé el designat per valorar és un auditor, aquest actua com a expert independent que ha d'aplicar les tècniques de valoració que consideri oportunes per determinar el valor raonable de la societat en el seu conjunt, no dels diferents components individuals dels estats financers.

- També en les transformacions, l'art. 18, apartat 3, ens diu que «Si les normes sobre la constitució de la societat el tipus de la qual s'adopti així ho exigissin, s'incorporarà a l'escriptura l'informe dels experts independents sobre el patrimoni social». Entenc que la sol·licitud d'informe d'expert equipara la transformació a les operacions d'aportació no dinerària. En el cas de les societats anònimes (S.A.), segons l'art. 38 del Text Refós de la Llei de Societats Anònimes (T.R.L.S.A.) és precis un informe d'expert independent, que contindrà: la descripció de l'aportació, amb les seves dades registrals, si existissin, i la valoració de l'aportació, en la que s'expressin els criteris utilitzats i si es correspon amb el valor nominal i, si escau, amb la prima d'emissió de les accions que s'emetin com a contrapartida. La pràctica habitual és que, per a aquesta actuació, els registradors designin un auditor. Aquí, com veurem més endavant, en general l'auditor actua com a tal, però circumscrit a les partides no dineràries del balanç de situació amb l'objectiu primordial de constatar si els actius nets aportats cobreixen suficientment el capital social de la societat transformada.

- L'última referència a l'auditor en la Llei 3/2009 es produeix a l'art. 37, a la secció III referent al balanç de fusió. L'esmentat article diu: *el balanç de fusió i les modificacions de les valoracions contingudes en el mateix hauran de verificar-se per l'auditor de comptes de la societat, quan existeixi obligació de auditar,...*

2. Aspectes que cal tenir en compte en les actuacions com a auditor

No hi ha cap secret ni aspectes significatius per destacar en les actuacions de l'auditor quan actua com a tal (art. 9.1.3 i 37). El treball que realitza i l'informe que emet és el propi d'una auditoria completa del balanç de situació, en el que expressi una opinió respecte a la seva imatge fidel a una determinada data.

Tal com he avançat, més endavant comentaré l'actuació de l'auditor com a expert independent en relació amb el que s'indica indirectament a l'art. 18.3.

Encara que només sigui a efectes dialèctics, crec que convé analitzar el concepte i la utilitat del «balanç de fusió» que, segons l'art. 39 s'ha de posar a disposició dels socis, obligacionistes, dels titulars de drets especials i dels representants dels treballadors. Per què és obligatori establir l'esmentat balanç? Per a què serveix?

En principi, segons ens indica l'art. 36, apartat 1, pot considerar-se balanç de fusió l'últim balanç d'exercici aprovat que faci referència a una data no anterior a sis mesos a la data del projecte de fusió. S'entén, per tant, que és el balanç que forma part dels últims comptes anuals aprovats.

En conseqüència, es tracta d'un balanç formulat que segueix les normes i els principis comptables establerts en el Pla General de Comptabilitat que estigui en vigor.

Si se supera aquest període de sis mesos, els administradors hauran d'elaborar un balanç tancat amb posterioritat al primer dia del tercer mes precedent a la data del projecte de fusió, mitjançant els mateixos mètodes i criteris de presentació de l'últim balanç anual. És a dir, sembla que el legislador diu que s'han d'aplicar les mateixes normes i principis comptables que els utilitzats per formular els comptes anuals (despista la referència a «mètodes», què vol dir? Utilitzar el mateix sistema informàtic? Utilitzar el mateix programari de comptabilitat? Millor no aprofundir en la concreció del legislador a l'hora de redactar.).

L'única utilitat del balanç de fusió, modificat o no per recollir el valor raonable dels seus components, és informativa: perquè els socis coneguin la situació patrimonial a una data determinada

Fins aquí sembla clar, però les coses prenen un camí diferent quan, a continuació, l'apartat 2 de l'esmentat article ens diu: «podran modificar-se les valoracions contingudes en l'últim balanç per recollir modificacions importants del valor raonable». Sembla clarament contradictori, aquí ens està permetent que fem cas omís de les normes i dels principis comptables recollits en la nostra ordenació jurídica general, però amb quin motiu?

L'única explicació plausible és que el legislador pensi que el balanç de fusió serveix per establir el tipus de canvi, quan això no és, en absolut, cert. El tipus de canvi s'estableix, com és lògic, en funció dels valors «reals» dels patrimonis (art. 24.1), és a dir, a partir dels **valors reals** de les societats que intervenen en la fusió, no del valor dels seus actius i passius (encara que estiguin a un valor raonable), la diferència dels quals no ha de ser necessàriament el valor raonable —«real»— de la societat en el seu conjunt, que contemplarà la seva potencialitat futura.

Veiem, per tant, que no serveix per establir el tipus de canvi. Tampoc no és útil a efectes comptables en les societats que es fusionen, perquè les normes comptables que s'han d'aplicar difereixen segons qui siguin els que intervenen en la fusió i la seva vinculació prèvia, igual que, pel mateix motiu, poden ser diferents les dates d'efectes comptables (que, a més, en molts casos no coincidiran amb les del balanç del fusió).

Tampoc no té una utilitat informativa per als creditors de les societats, ja que no tenen accés a aquests balanços, ni pot ser per motius indemnitzatoris amb la pretensió de recollir en el balanç informació sobre la valoració d'actius i passius (art. 31.9), que podria servir de base de la quantia de la indemnització compensatòria als socis que es considerin perjudicats per la relació de canvi establerta (art. 38), ja que, com hem vist abans,

el que és lògic és que en el càlcul d'una indemnització eventual s'atengui al valor real de la societat en el seu conjunt i no al valor raonable dels seus actius i passius.

Concloc, per tant, que l'única utilitat del balanç de fusió, modificat o no per recollir el valor raonable dels seus components, és informativa: perquè els socis coneguin la situació patrimonial a una data determinada (informació no imprescindible si existeixen valoracions del valor «real» de la societat en el seu conjunt) i perquè els experts puguin comprovar el punt de partida de les projeccions de fluxos de caixa i la composició dels actius i passius que cal considerar en les valoracions de la societat en el seu conjunt.

En qualsevol cas, si en el balanç de fusió es recollissin modificacions de valor no permeses pel Pla General de Comptabilitat (per exemple, revaloritzacions de l'immobilitzat material o intangible), això incidiria en l'actuació de l'auditori en dos sentits:

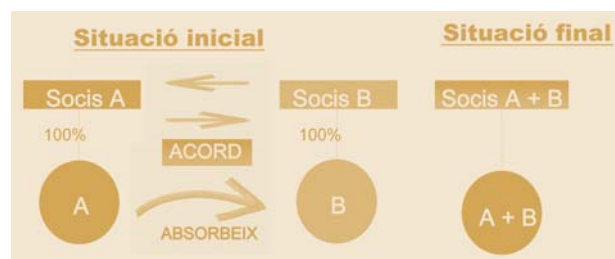
1. l'auditor pot necessitar recolzar-se més en el treball d'altres experts (taxadors, etc.).
2. l'auditor no podrà referir-se en el seu informe a «els principis i normes comptables generalment acceptats en la normativa espanyola que resulta d'aplicació», tal com fa als seus informes d'auditoria sobre comptes anuals, sinó que s'haurà de referir a «les **normes comptables explicades en les notes** al balanç».

3. Actuacions com a expert

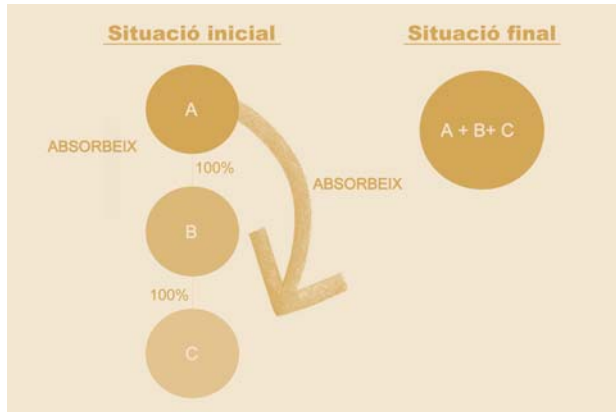
- La ja apuntada respecte a les transformacions (art. 18) quan correspongui a una transformació a S.A. o a Comanditària per accions.
- En el cas de fusions, quan la societat resultant de la fusió sigui anònima o comanditària per accions, l'art. 34, apartat 1, indica que el registrador mercantil nomenarà un o diversos experts independents perquè emetin un informe sobre el projecte de fusió.

S'obvia el nomenament d'expert en les següents situacions:

- Quan la societat resultant sigui S.A. o Comanditària per accions (art. 34 i 35), excepte:
- Si hi ha acord de la totalitat dels socis amb dret a vot (art. 34.5), llevat que sigui fusió «palanquejada», segons l'art. 35.



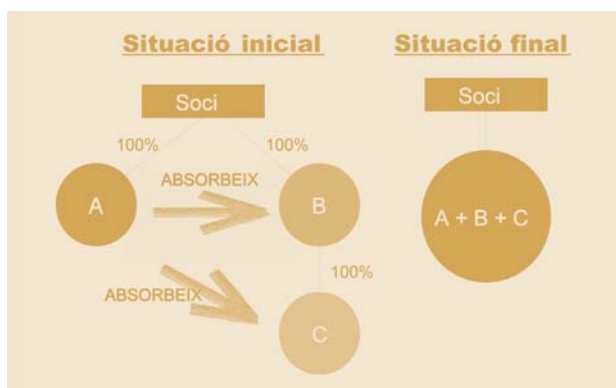
- Si són societats íntegrament participades, directa o indirectament (fusió impròpia) (art. 34.5 i 49.1.2).



- Quan la societat absorbent posseeixi més del 90% de la societat absorbida, si s'ofereix als socis minoritaris l'adquisició de les seves accions al seu valor raonable (art. 50).



- Si són societats participades, directa o indirectament, pel mateix soci (encara que no formi part de l'operació de fusió) (art. 52.1).

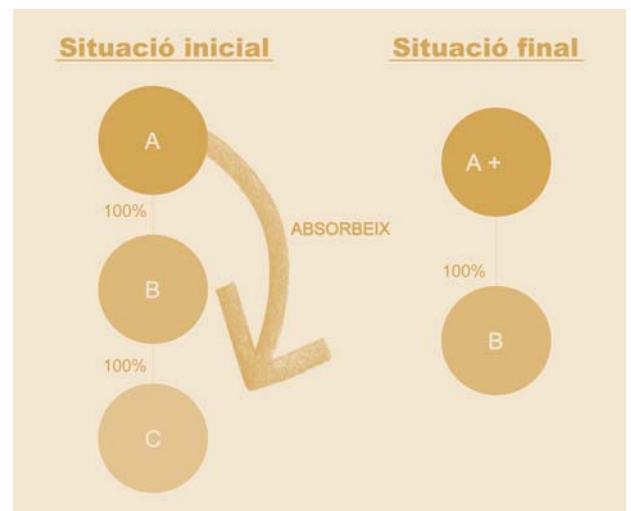


- En fusiones inverses, si la societat absorbida posseeix íntegrament la societat absorbent (art. 52.1).

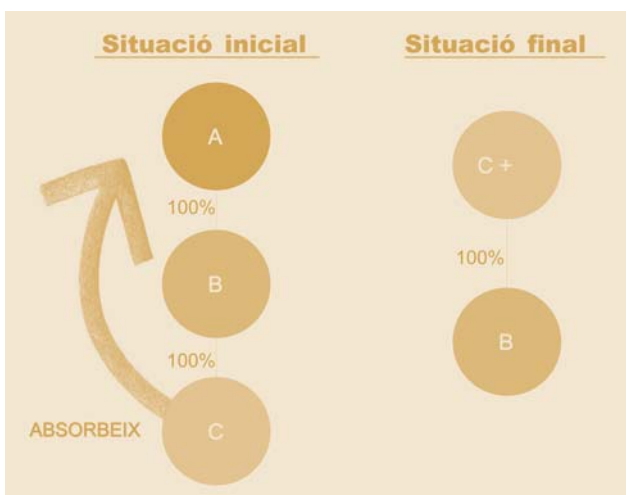
En canvi, s'estableix l'obligatorietat de l'existència d'expert en les següents situacions especials:



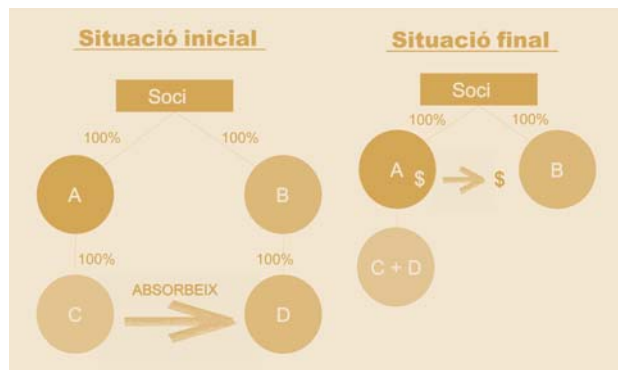
- Quan la societat absorbent posseeixi indirectament el 100% de la societat absorbida (art. 49.2).



- Quan la societat absorbida posseeixi indirectament el 100% de la societat absorbent (art. 52.2).



- Si són societats participades indirectament pel mateix soci (art. 52.2).



- També en operacions de fusió, d'acord amb l'art. 38, el registrador mercantil designarà un expert independent que fixi la quantia de la indemnització compensatòria del soci que es consideri perjudicat per la relació de canvi establerta, sempre que:
- Estigui previst en els estatuts.
- Si ho decideixen expressament les juntes de les societats.
- En operacions d'escissió, quan les societats que hi participin siguin anònimes o comanditàries per accions, l'art. 78, apartat 1, estableix que el projecte d'escissió s'ha de sotmetre a l'informe d'experts independents. Aquest informe es pot ometre si hi ha acord de la totalitat dels socis amb dret a vot.
- De la mateixa manera, les aportacions no dineràries en les S.A., com a conseqüència de la nova redacció de l'art. 38 del T.R.L.S.A. inclosa en la Disposició Final Primera, seran objecte d'un informe elaborat per experts independents amb competència professional, amb una sèrie d'excepcions, que resumeixo:
- Si l'aportació no dinerària consisteix en valors mobiliaris (llevat de circumstàncies excepcionals que modifiquin el seu valor).
- Si consisteix en instruments del mercat monetari (llevat de circumstàncies excepcionals que modifiquin el seu valor).
- Si, en cas de béns diferents dels indicats en els dos punts anteriors, han estat valorats per un expert en els 6 mesos previs.

4. Aspectes per tenir en compte a les actuacions com a expert

Ara em dispo a exposar els aspectes més rellevants de cada una de les actuacions com a expert:

A les transformacions el treball que cal realitzar és similar al que és necessari en una aportació no dinerària, si bé circumscrit a un balanç.

Per tant, per complir amb l'abast de l'actuació professional no s'ha d'emetre un informe d'auditoria, però sí s'han d'aplicar procediments de verificació propis de l'auditoria, per satisfer l'existència i valoració dels actius i passius. En resum, s'ha de realitzar:

- Verificació de la coincidència de les xifres incloses al balanç amb els llibres de comptabilitat.
- Verificació dels criteris de valoració adoptats per l'empresa per formular el balanç que serveix de base a la transformació de la societat.
- Comprovació de si els valors a què condueixen aquests corresponen al valor net patrimonial que es desprèn de la comptabilitat de l'empresa.
- Verificació dels saldos dels comptes al tancament del balanç, mitjançant procediments de treball habituals en auditoria de comptes, que consisteixen essencialment a comprovar de forma selectiva la justificació de les partides que formen i componen els citats comptes i l'aplicació dels principis i normes comptables generalment acceptats, així com les normes de valoració d'aquests.
- Revisió de fets posteriors.
- Obtenció d'una carta de manifestacions dels administradors.

L'informe és descriptiu i conté:

- Descripció de les partides que componen el patrimoni social i el valor d'aquestes, fent referència al balanç, que necessàriament ha d'incloure les corresponents notes explicatives, i que s'ha d'adjuntar a l'informe. En cas que hi hagi béns inscriptibles se n'han d'indicar les dades registrals.
- Els criteris utilitzats per l'empresa en la valoració de les citades partides que componen el balanç; en general, s'ha de fer referència a les notes explicatives al balanç.
- Els procediments de verificació aplicats i els resultats d'aquests.
- Descripció, i, si s'escau, avaluació, dels fets posteriors esdevinguts entre la data del balanç de referència i la data de l'informe de l'expert que puguin afectar els valors determinats al balanç.
- Una conclusió: l'expert s'ha de pronunciar sobre si, segons la seva opinió professional, el patrimoni social (diferència entre actius i passius) cobreix suficientment el valor nominal del capital social de la societat transformada.
- En fusions que denominarem «normals», per distingir-les de les fusions «palanquejades» que comentaré més endavant, l'abast de l'actuació de l'expert és molt diferent al que s'ha comentat anteriorment per a les transforma-



cions i depèn del nomenament que efectui el registrador.

Si el nomenament es refereix únicament al que estableix l'art. 34 –que recull la normativa relativa a l'informe dels experts a les fusions «normals»–, pel fet que no se li requereix específicament, el treball no ha d'incloure les comprovacions i conclusions sobre el que indica l'art. 35, que recull les fusions posteriors a una adquisició de societat amb endeutament de l'adquirent –fusions «palanquejades»– i ha de tenir les característiques que es detallen a continuació.

En primer lloc cal destacar que l'expert emet un informe sobre el projecte de fusió, no sobre uns estats financers. La preparació i formulació del projecte de fusió és responsabilitat dels administradors de les societats que hi intervenen.

En resum, l'abast de l'actuació professional ha de ser el següent:

- Lectura i comprensió del projecte de fusió.
- Obtenció dels administradors de les explicacions oportunes sobre el projecte.
- Obtenció del coneixement el més ampli possible de les societats que hi intervenen, la seva història, circumstàncies i, especialment, el seus projectes.
- Revisió dels càlculs aritmètics per determinar la justificació, o no, del tipus de bescanvi de les accions.
- Anàlisi dels mètodes de valoració utilitzats pels administradors per establir el citat tipus de bescanvi, per determinar-ne l'adequació.
- Existeixen diferents mètodes de valoració que es poden utilitzar en funció de les característiques de les societats que hi intervenen. Els més utilitzats solen ser els següents:
- Valor de cotització en borsa: és el valor al qual es podrien alienar les accions en el mercat secundari en dates properes a la data de referència.
- Valor de l'actiu net real: és el valor comptable del patrimoni net, corregit per les plusvàlues o minusvàlues que es poguessin posar de manifest als béns, drets i obligacions de la societat a la data de referència.
- Valor actual dels fluxos monetaris: és la suma del valor actual de tots els fluxos nets futurs de tresoreria esperats de la societat; tot descomptat en el moment de l'avaluació a una taxa i període de referència adequats.
- Múltiples comparables: en funció dels sectors econòmics en què operen les societats i de la informació disponible, s'utilitza la comparació amb altres societats de determinades magnituds, com poden ser els múltiples sobre vendes,

EBIT, EBITDA, preus de transaccions comparables recents, etc.:

- De societats cotitzades (informació pública fàcil d'obtenir).
- De societats no cotitzades (informació no lliure, si bé hi ha fonts privades per obtenir-la).

No totes les societats que intervenen en una fusió s'han de valorar seguint els mateixos mètodes, ja que s'han de tenir en compte les característiques, activitat i sector en què opera cadascuna

Cal recordar que no totes les societats que intervenen en una fusió s'han de valorar seguint els mateixos mètodes. S'han de tenir en compte les característiques, activitat i sector en què opera cadascuna. Per exemple, si es fusionen una societat industrial fabricant de béns de consum i una societat immobiliària, podria ser adequat utilitzar el mètode del valor actual dels fluxos monetaris per valorar la primera i el del valor de l'actiu net real per a la segona.

- Identificació i anàlisi de les dificultats especials de valoració.
- Revisió de les valoracions. S'han de comprovar les hipòtesis, premisses i dades utilitzades, així com els càlculs efectuats. És molt important realitzar una anàlisi de sensibilitat sobre els paràmetres bàsics (vendes, marges, costos de reestructuració, plans d'inversió i polítiques de circulat). Recordem que l'expert no valora directament, l'expert comprova les valoracions que han realitzat els administradors, que són qui millor coneixen les seves empreses i les seves possibilitats.
- Comprovació de si el patrimoni aportat per la societat que s'extingeix és igual, com a mínim, a l'augment de capital de la societat absorbent.
- Revisió de fets posteriors.
- Obtenció d'una carta de manifestacions dels administradors en què, especialment, aquests assumeixen la responsabilitat sobre les projeccions i les hipòtesis utilitzades (com s'ha comentat, són ells qui millor coneixen la seva empresa i, per tant, els projectes existents i el futur que s'espera).

L'informe és descriptiu i conté:

- La identificació del projecte de fusió i dels responsables de la seva formulació.

- El tipus de fusió que es té previst realitzar, identificant l'absorbent i l'absorbida.
- El tipus de bescanvi calculat, indicant els valors d'on s'obté (obtinguts de les valoracions de les empreses realitzades pels administradors).
- El procediment de bescanvi que s'utilitzarà.
- L'abast de l'actuació professional.
- El mètode de valoració utilitzat per a cada societat que intervé.
- Explicació de les dificultats especials de valoració, aspecte especialment rellevant en cas que s'utilitzin mètodes amb projeccions de futur, esmentant les incertituds que això pot ocasionar, més grans en unes activitats i sectors que en d'altres.
- Descripció, i, si s'escau, avaluació, dels fets posteriors esdevinguts entre la data del projecte de fusió i/o de les dades que s'hi inclouen i la data de l'informe de l'expert que puguin afectar les valoracions efectuades.
- Una conclusió: l'expert s'ha de pronunciar sobre si, segons la seva opinió professional, els mètodes seguits per establir el bescanvi de les accions són adequats i el tipus de bescanvi que conté el projecte de fusió està justificat. Així mateix, s'ha de pronunciar sobre si el patrimoni aportat per la societat absorbida que s'extingeix és igual, com a mínim, a l'augment de capital social que portarà a terme la societat absorbent amb motiu de la fusió.

En fusions «palanquejades»:

Aquest concepte i el treball que ha de realitzar l'expert, recollits a l'art. 35, és una novetat de la Llei 3/2009. Fins a l'entrada en vigor d'aquesta, l'expert no s'havia de pronunciar sobre aquesta situació.

L'esmentat art. 35 ens diu que els administradors tenen unes obligacions addicionals quan alguna de les societats que intervenen en la fusió ha contret deutes en els tres anys immediatament anteriors per adquirir el control d'una d'elles o per adquirir-ne actius essencials per a la seva normal explotació o que siguin importants pel seu valor patrimonial. Aquestes obligacions dels administradors es resumeixen de la manera següent:

- El projecte de fusió ha d'indicar els recursos i els terminis previstos per a la satisfacció per la societat resultant dels deutes contrets per a l'adquisició del control o dels actius.
- L'informe dels administradors sobre el projecte de fusió ha d'indicar les raons que hagin justificat l'adquisició del control o dels actius i que justifiquin, si s'escau, l'operació de fusió i ha de contenir un pla econòmic i financer, on constin els recursos i la descripció dels objectius que es pretenen aconseguir.

Aquest informe dels administradors només es requereix en aquest tipus de fusions, no és necessària a les fusions «normals». Cal inferir, per tant, que la responsabilitat d'identificar si una fusió és una fusió «palanquejada» o no és dels administradors, ja que són ells qui han d'incloure «a priori» la informació oportuna en el projecte de fusió i en aquest informe dels administradors.

Entenc, per tant, que, en la seva designació d'expert, el registrador ha d'indicar que aquesta designació es fa d'acord amb el que indiquen els art. 34 i 35 (o, com a mínim, el que indica l'art. 35) i, conseqüentment, l'expert sabrà així que la seva actuació té un abast més ampli que quan el nomenament es refereixi únicament al que indica l'art. 34, que empara les fusions «normals».

A l'art. 35 es requereix que l'expert emeti un judici sobre si les informacions que s'han d'incloure al projecte de fusió i a l'informe dels administradors són raonables o no, i que, a més, determini si hi ha assistència financera.

Per tant, a més de les comprovacions que cal realitzar en totes les fusions, l'abast de l'actuació de l'expert s'amplia als aspectes següents:

- Comprovació que el projecte de fusió i l'informe dels administradors recullen la informació requerida.
- Comprovació que aquesta informació és coherent amb la que s'utilitza a les valoracions efectuades; serà especialment necessari que les societats hagin preparat projeccions de fluxos monetaris.
- Pel que fa a les «raons que haguessin justificat l'adquisició del control o dels actius i que justifiquin, si s'escau, l'operació de fusió», l'expert no s'hi pot pronunciar. Poden haver-hi raons de tots els tipus i colors, i el que a algú li pot semblar correcte i adequat, a un tercer pot no semblar-li-ho. L'expert només pot constatar que aquestes raons s'expliquen de manera oportuna.
- Comprovació de l'existència, o no, d'assistència financera:

El primer que crida l'atenció és veure que el legislador necessita que l'expert es pronunciï sobre si existeix assistència financera en una operació de fusió que, en la seva catalogació mateixa com a «fusió posterior a una adquisició de societat amb endeutament de l'adquirent», porta implícita l'existència d'assistència financera. Al text legal no es requereix a l'expert que qualifiqui si una assistència està prohibida o no.

En principi, pel que s'ha indicat, sembla que, per la identificació mateixa de l'operació, en tots els casos inclosos sota aquest supòsit existirà assistència financera, entenent-la com les situacions en què la societat destina recursos propis a finançar el pagament de les seves pròpies accions. Per tant, en general, l'expert sempre s'ha de pronunciar en aquest sentit, i no ha de qualificar si és de les permeses o de les prohibides.



L'assistència financera pot ser més o menys rellevant, en funció:

- Dels imports deguts. Per exemple, pot existir assistència financera en una fusió en què el deure romanent en el moment de la fusió no sigui significatiu en relació amb els paràmetres econòmics de la societat resultant i dels seus fluxos de caixa futurs, o bé, en el cas contrari, podria resultar necessari destinar-ne una gran part al servei del deute.
- De l'estructura patrimonial de les societats que hi intervenen. Per exemple, la societat que absorbeix o alguna de les que és absorbida podria tenir reserves suficients per fer que el servei del deute no fos significatiu patrimonialment.
- De l'existència d'altres fonts de generació de tresoreria a la que absorbeix o a les que són absorbides, diferents de les pròpies de la societat absorbida per la qual es va generar l'endeutament.

No hi ha paràmetres establerts que delimitin el grau de rellevància de l'assistència financera, per la qual cosa no es pot avaluar si aquesta entraria dins de la categoria de prohibida. Escau aplicar un judici que no es pugui atribuir a l'expert.

Són, per tant, els administradors qui tenen l'obligació de proporcionar la informació veraç i suficient perquè un lector i, si escau, qui hagi de qualificar l'operació avaluin aquesta rellevància.

- Inclusió de paràgrafs addicionals a la carta de manifestacions.

En aquest supòsit, l'informe també ha de ser descriptiu i ha d'incloure, a més del que s'incorpora habitualment a les fusions «normals», el següent:

- A l'apartat relatiu a l'abast de la seva actuació professional, referència al fet que ha comprovat que el projecte de fusió conté informació sobre els recursos i els terminis previstos perquè la societat resultant satisfaci els deutes contrets per a l'adquisició del control o dels actius i que l'informe dels administradors inclou les raons que haguessin justificat l'adquisició del control o dels actius i que justifiquin, si s'escau, l'operació de fusió i que conté un pla econòmic i financer, on s'indiquen els recursos i la descripció dels objectius que es volen assolir.
- Igualment, l'explicació que ha analitzat la coherència de la informació facilitada pels administradors en el dos documents anteriors pel que fa a les dades utilitzades a l'hora de determinar el tipus de bescanvi, o amb les circumstàncies i projectes econòmics de la societat resultant si prèviament no s'haguessin utilitzat projeccions de tresoreria en el procés de valoració de les societats que hi intervenen.

- La conclusió s'ha d'ampliar conseqüentment, manifestant, en general, que existeix assistència financera i que, segons el seu criteri professional, s'inclou (o no) prou informació per avaluar-ne la rellevància.

En fusions, en el supòsit de separació de socis que es considerin perjudicats per la relació de bescanvi establerta:

Es planteja un dubte inicial respecte de si ha de ser el mateix expert que el designat per pronunciar-se sobre el projecte de fusió, en cas que n'hi hagi, o ha de ser un expert diferent. La Llei no diu res al respecte, però entenc que hauria de ser el mateix per motius d'economia d'escala i per reduir terminis, ja que l'expert de la fusió ja coneix totes les circumstàncies i valoracions de les empreses que hi intervenen. En tot cas, queda a decisió del registrador mercantil.

L'abast del treball de l'expert en aquesta situació, atès que ja hi ha unes valoracions realitzades i utilitzades per establir el tipus de bescanvi, consisteix a determinar si són raonables o no, tant pel que fa als mètodes seleccionats com pel que fa a les hipòtesis, premisses i dades utilitzades, així com als càlculs efectuats, i a l'hora de calcular quina part li correspon al soci que es vulgui separar. En qualsevol cas, cal que posi atenció al que diuen els estatuts o al que hagin decidit les juntes que acordin la fusió o escissió de societats.

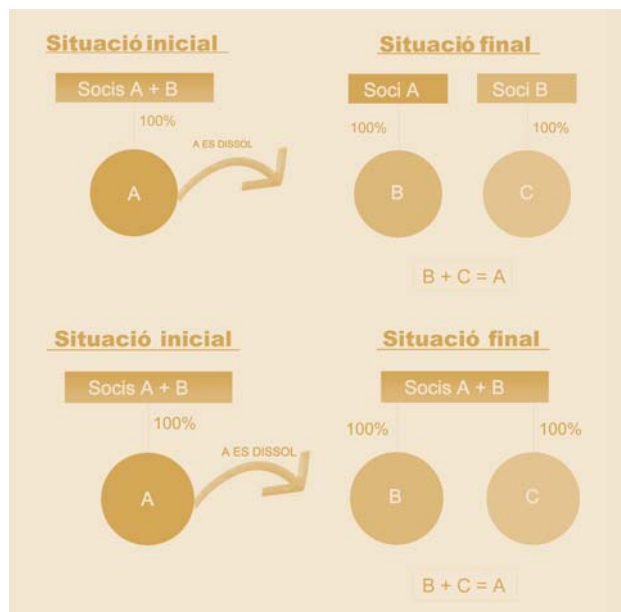
L'informe ha d'incloure una explicació del procés de valoració seguit, en general, amb referència a les valoracions efectuades pels administradors i comprovades per ell i un pronunciament clar sobre la quantia indemnitzatòria que li correspongui al soci que pretén separarse.

- A les escissions, l'expert, de forma similar a la contemplada per a les fusions, també ha d'emetre un informe sobre el projecte d'escissió, que és responsabilitat dels administradors de les societats que intervenen.

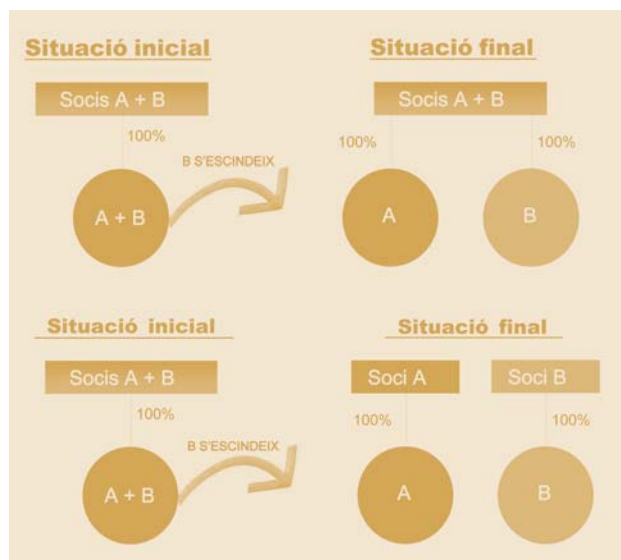
Aquí, la Llei deixa obert a la imaginació quin és l'abast del treball de l'expert. L'art. 78 només indica que *el projecte d'escissió s'haurà de sotmetre a l'informe d'un o diversos experts independents designats pel registrador mercantil*, però no indica quin treball ha de realitzar ni què ha de comprovar, excepte allò referent a que el seu informe comprendrà, «a més», la valoració del patrimoni no dinerari que es transmeti a cada societat.

L'abast variarà, necessàriament, en funció del tipus d'escissió, que pot ser de múltiples maneres i complexitats. Només a títol merament orientatiu, no exhaustiu, les escissions poden ser:

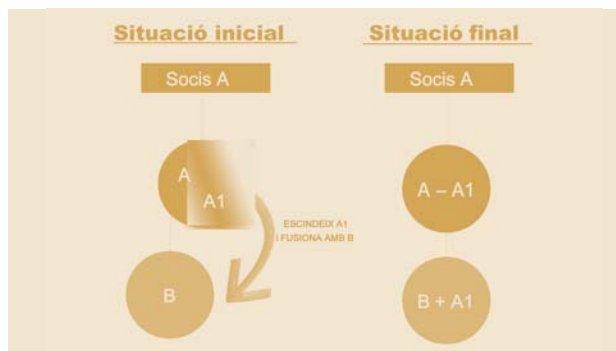
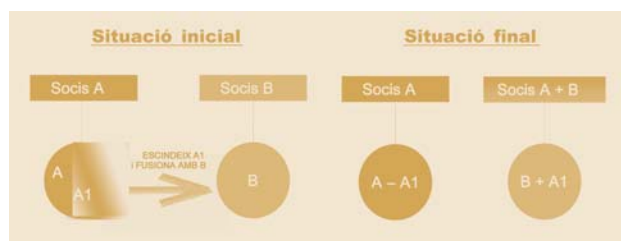
- Escissió total (art. 69), amb els següents esquemes possibles:



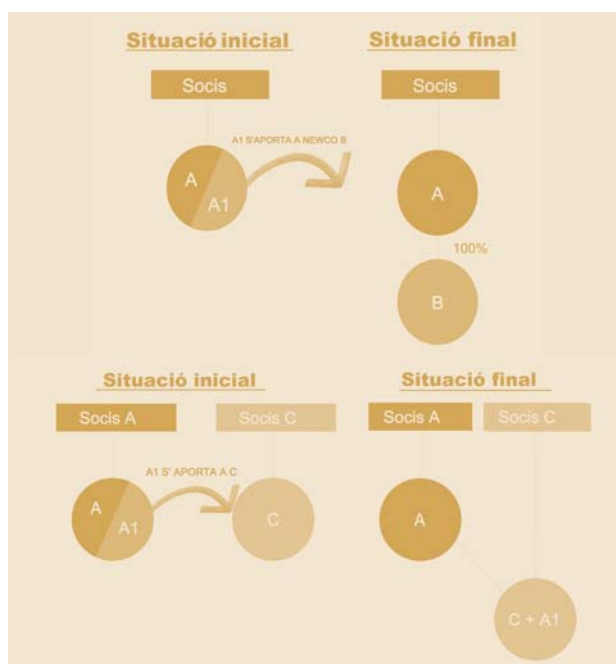
- Escissió parcial (art. 70), amb els següents esquemes possibles:



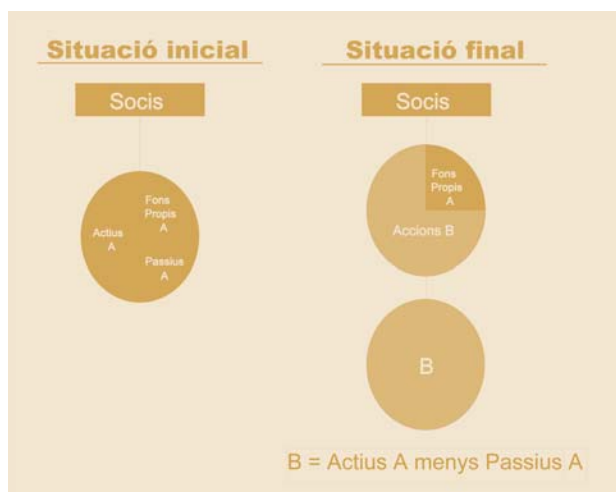
- Escissió parcial – fusió (art. 70), amb els següents esquemes possibles:



- Segregació (art. 71), amb els següents esquemes possibles:



- Constitució de societat íntegrament participada mitjançant transmissió del patrimoni (art. 72), amb el següent esquema:





Tal com he comentat, els models anteriors no són els únics que poden existir.

Quant a l'abast, no definit, s'entén que ha de ser, a l'igual de l'informe resultant, similar al relatiu a les fusions, en el qual s'ha de fer especial èmfasi a:

- Les valoracions atribuïdes als elements patrimonials escindits, especialment per comprovar que el seu valor és igual, al menys, a l'augment del capital social que, a causa de l'escissió, durà a terme la societat beneficiària, per la qual cosa pot ser necessari aplicar el que s'indica més endavant en relació amb les aportacions no dineràries, i
- Si l'hagués, al tipus de canvi, per protegir tots els socis.
- En aportacions no dineràries en la constitució o ampliació de capital de societats anònimes es requereixen informes d'experts amb dos objectius bàsics, un descriptiu dels béns objecte de l'aportació i un altre de protecció, de forma que el capital social escripturat i, en el seu cas, la prima d'emissió, no s'escripturin per un import superior al valor dels béns aportats.

Com que els béns que cal aportar a una societat poden ser de tipus molt diferents, s'ha de considerar la seva essència a l'hora de designar l'expert. S'ha de seleccionar l'expert que sigui més idoni en funció del bé objecte d'aportació. Per exemple:

- Si el que s'aporta són béns immobiliaris, necessàriament, llevat de circumstàncies especials, caldrà designar a taxadors immobiliaris per comprovar la valoració.
- Si fem referència a la maquinària, presumiblement un enginyer serà l'expert indicat.
- Si s'aporten valors cotitzats, allò més oportú serà sol·licitar un certificat dels valors a la societat rectora de la Borsa.
- En cas que els béns aportats siguin accions de societats no cotitzades, el més idoni és nomenar com a expert a un auditor, un economista o un professional amb experiència en operacions de compravenda de societats i/o en l'establiment de plans de negoci (en definitiva, professionals del que s'anomena «corporate finance»).
- El mateix tipus d'expert indicat en l'apartat anterior serà el necessari quan es pretengui aportar una branca d'activitat.
- Etcètera.

Em centraré en comentar l'abast de l'actuació de l'expert auditor/economista/corporate, que són les activitats que millor conec per la meva experiència professional.

Com no podia ser menys, la seva actuació variarà en funció del tipus d'aportació:

- Si el bé aportat són accions de societats no cotitzades, el treball serà similar al de l'expert en les fusions.
 - Si allò que s'aporta és una branca d'activitat, que inclou un balanç a una data determinada, s'haurà de realitzar un treball similar a l'indicat en les transformacions de societats i, addicionalment i possiblement, s'haurà de completar amb una revisió de projeccions de futur dels fluxos de tresoreria per comprovar que el valor de la branca en el seu conjunt (el seu potencial) no és inferior al valor dels components individuals del seu balanç.
 - Sempre cal considerar la possibilitat que hagin d'actuar, conjuntament o complementàriament, diferents tipus d'experts, en funció de quins siguin els elements que componen el balanç o quina sigui l'activitat desenvolupada.
 - A força de ser reiteratiu, l'expert, en acabar el seu treball sempre haurà d'obtenir una carta de manifestacions dels administradors. Ja he comentat abans que ells són qui millor coneixen l'empresa i les seves circumstàncies, per la qual cosa l'expert, amb les corresponents comprovacions, sempre ha de basar les seves conclusions en la informació i les explicacions facilitades pels mateixos, motiu pel qual és precís obtenir-ne una ratificació escrita.
- L'informe és descriptiu i conté:
- La descripció de l'operació.
 - La descripció de l'aportació no dinerària que es preveu efectuar. En cas que correspongui a una branca d'activitat, es farà referència al balanç de situació que inclogui els actius i passius corresponents, que s'adjuntarà, amb les notes explicatives. Si existissin béns inscriptibles caldrà ressenyar-ne les dades registrals.
 - Els criteris utilitzats per l'empresa en la valoració dels béns, per elements o conjuntament de la branca d'activitat en el seu conjunt.
 - La valoració obtinguda dels béns aportats.
 - L'abast de l'actuació professional. Recordem les indicacions per a les actuacions de l'expert en el cas de les fusions.

- Fets posteriors que puguin afectar els valors determinats a la data de referència.
- La conclusió: l'expert s'ha de pronunciar sobre si, segons el seu parer professional, el valor dels béns aportats cobreix suficientment el valor nominal de les noves accions i, si escau, la prima d'emissió.

Amb l'objectiu de facilitar la realització del que s'estableix en el marc legal, són necessaris el diàleg i la coordinació de totes les parts implicades en aquest tipus d'obligacions societàries

Per acabar, és importat ressenyar alguns aspectes significatius com, per exemple, que la Llei 3/2009 també regula les peculiaritats de les fusions transfrontereres intracomunitàries a les quals, amb referència a l'actuació de l'expert independent, s'apliquen les disposicions anteriorment comentades, i de les cessions globals d'actiu i passiu, en què no existeix cap referència a treballs que els experts independents han de desenvolupar. De la mateixa manera, el que disposa aquesta llei no serà aplicable a les transformacions i fusions de les societats cooperatives, que es regeixen per

la seva normativa específica, ni a les fusions transfrontereres en les quals participi una societat l'objecte de la qual sigui la inversió col·lectiva de capitals obtinguts del públic i el seu funcionament estigui sotmès al principi de repartiment dels riscos, les participacions de les quals, a petició del tenidor de les mateixes, es tornin a adquirir o es recuperin, directa o indirectament, amb càrrec als actius de l'esmentada societat.

Espero haver pogut transmetre de forma clara i concisa, aquest era el meu objectiu, les peculiaritats del treball de l'auditor i de l'expert en aquelles operacions en les quals la Llei 3/2009, de 3 d'abril, sobre modificacions estructurals de les societats mercantils necessita la seva actuació i confio que serveixi, d'alguna manera, encara que sigui petita, perquè es comprenguin les seves limitacions i responsabilitats.

Finalment, m'agradaria recalcar la importància del diàleg i la coordinació necessaris que ha d'existir entre totes les parts que participen en aquestes operacions societàries, empreses, administradors, advocats, notaris, registradors, auditors i experts, cadascú en el seu paper i amb la seva responsabilitat, amb l'objectiu de facilitar-ne, de la manera més eficient possible, la realització d'acord amb allò que estableix el marc legal.

laleydigital.es DOCTRINA

la ciencia jurídica exactamente como la necesita

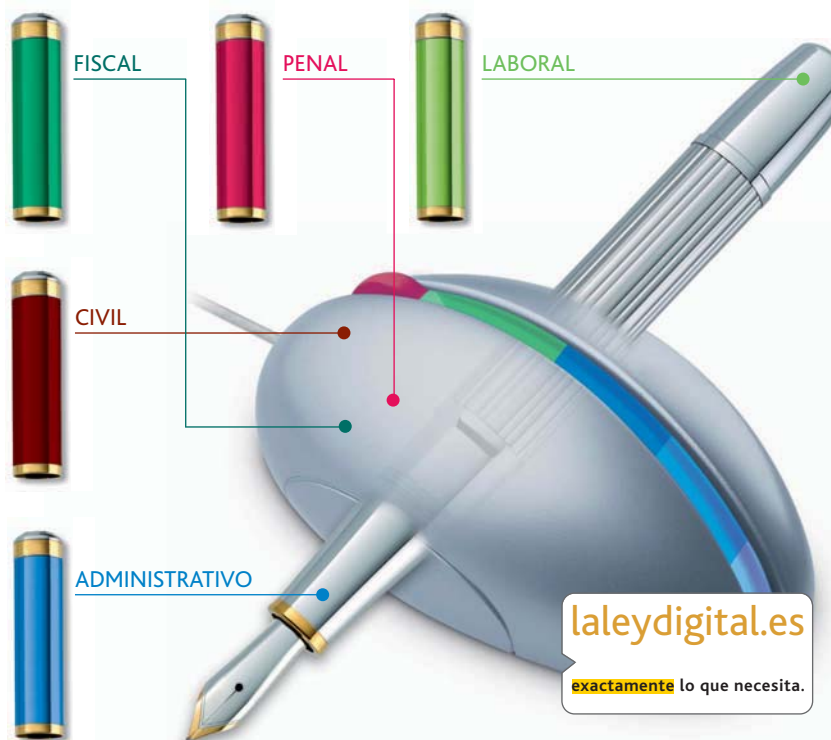
Resuelva los problemas que no puede solventar con jurisprudencia y legislación. Cuento con el apoyo de nuestros autores que, desde sus distintos ámbitos jurídicos, analizan y estudian las cuestiones jurídicas que suscita la práctica profesional.

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 Compilació va salvar el nucli essencial del nostre patrimoni normatiu”



MONTSERRAT TURA

Consellera de Justícia Generalitat de Catalunya

La Generalitat de Catalunya és capdavantera en matèria de Justícia, segons la consellera Montserrat Tura: durant el seu mandat, s'han aprovat tres Llibres del Codi Civil, una tasca compiladora “sense precedents”, en la qual destaca l'aportació del Col·legi de Notaris de Catalunya. A més a més, la consellera remarca la posada en marxa de la Ciutat de la Justícia, “el complex judicial més important i tecnològicament més avançat de l'Estat” i la base de dades unificada de l'Administració de Justícia. Amb relació a la recent sentència sobre l'Estatut, Tura considera que la desestimació d'inconstitucionalitat de l'article 147 reforça el reconeixement de la competència executiva de la Generalitat en matèria de notariat i registres.

Autora: Cristina Gallardo

P: Podria fer un balanç legislatiu del seu mandat? Quines lleis destacaria d'entre aquelles aprovades durant aquest període?

R: El balanç legislatiu que faig és, sense dubte, positiu, i extens. Només en aquest mandat, hem aprovat tres Llibres del Codi Civil, que és la major tasca de codificació, d'adaptació, de modernització del nostre dret propi que s'ha fet mai en cap legislatura. El Llibre III relatiu a les persones jurídiques; la Llei 10/2008, de 10 de juliol del Llibre IV relatiu a les successions per causa de mort, i la recentment aprovada Llei del Llibre II relatiu a la persona i la família. Per tant, successions, persones jurídiques i persona i família configuren un cor-

pus d'adaptació i modernització del nostre dret civil propi que no té precedent. A més, recentment el Govern ha aprovat l'Avantprojecte de Llei del Protectorat i també el de recurs de cassació en matèria de dret civil de Catalunya. Ambdós han estat enviats al Parlament.

Hem construït i estem construint nous centres penitenciaris que ens han permès sortir de la situació tercermundista en què es trobaven algunes presons. Nous equipaments que hem complementat amb un conjunt de programes creats amb un base de treball reglat pel rigor científic com el tractament farmacològic coadjuvant pels agressors sexuals amb un elevat risc de reincidència o la proposta de la vigilància de conducta per penats

per delictes determinats, les polseres telemàtiques i un llarg etcètera. D'altra banda, hem finalitzat, entre els anys 2007 i 2010, la construcció de 18 edificis judicials nous i ens ve gent de totes les comunitats autònomes per veure i conèixer els edificis judicials que hem aixecat, perquè són capdavaners, així com els programes informàtics que hem implantat. Hem fet passes de gegant en la informatització dels jutjats. Som la primera Comunitat Autònoma amb una base de dades unificada de l'Administració de Justícia, el que vol dir que hem actualitzat i modernitzat les bases de dades de manera que avui en dia no hi ha ningú a Espanya que tingui la possibilitat de tenir tota la història judicial d'una persona i a Catalunya sí, hem situat la justícia al lloc

que li correspon al segle XXI. També hem posat en marxa la Ciutat de la Justícia, el complex judicial més important i tecnològicament més avançat de l'Estat, i hem modernitzat les normes que regulen les associacions i fundacions. A més, en matèria de dret privat s'han aprovat sis lleis: la Llei 1/2008 de contractes de conreu; la Llei 5/2009 dels recursos contra la qualificació negativa dels títols o les clàusules concretes en matèria de dret català que s'hagin d'inscriure en un registre de la propietat, mercantil o de bens mobles de Catalunya, i la Llei 15/2009 de mediació en l'àmbit del dret privat. És evident que hi ha més coses a fer, però mai s'havia fet tant en aquest àmbit. El que no es va fer en anteriors legislatures, s'ha fet ara.

P: Quins aspectes destacaria del recentment aprovat Codi de família?

R: Efectivament, el dia 14 de juliol el Parlament va aprovar la Llei del Llibre II del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. Destacaré alguns dels aspectes més nous de la Llei de manera esquemàtica, perquè el contingut d'aquesta Llei és extens i complex. Els nadons, per exemple, tindran a partir d'ara personalitat jurídica des del moment del naixement, visquin els minuts o hores que visquin. Les persones que pateixen algun tipus de malaltia degenerativa podran, a partir d'ara, ordenar anticipadament com volen ser tutelades si esdevenen, mica en mica i progressivament, incapaces de fer-ho per elles mateixes. També les persones que tenen disminuïdes les seves facultats físiques i psíquiques podran tenir millor cura de la seva persona i dels seus béns amb el suport de la figura de l'assistent, fins ara inexistent, sense necessitat d'una mesura tan dràstica com és el procediment d'incapacitació, i les persones afectades per incapacitats físiques o psíquiques greus, molt greus, o per un alt grau de dependència sever, podran servir-se de la figura de l'anomenat "patrimoni protegit".

Aquesta Llei empara totes les tipologies de família sense cap diferència, sense cap discriminació. Les parelles estables s'incorporen en aquest Codi de família i, per tant, no són segregades a una llei diferent, sinó que ara són una modalitat de família, igual que ho són un progenitor amb els seus descendents, una parella de dues persones amb independència del sexe o bé la família reconstituïda, una modalitat de família existent que, fins ara, no havia tingut cap mena de regulació legal.

Estem davant d'una nova cultura del que podríem anomenar «la família» que garanteix el ple desenvolupament de tots els seus components.

També hi ha, en el contingut de la Llei, una nova cultura del trencament de la parella, una nova cultura de l'aplicació de la Llei del divorci, on ja no hi ha cònjuge culpable, on ja no hi ha cònjuge separat dels seus fills, on intentem que no s'alterin les responsabilitats que els progenitors tenen envers els seus fills menors després de la ruptura, igual que tenien quan eren





parella. Qui decideix separar-se són els adults, no els menors. La nul·litat del matrimoni, el divorci, la separació no han d'alterar les responsabilitats que els progenitors tenen cap als seus fills. Les responsabilitats dels progenitors es mantenen després de la separació i s'han d'exercir compartidament i de manera tan semblant com sigui possible a com les exercien quan eren parella. La nova llei incorpora "el pla de parentalitat" per ordenar les qüestions principals que afecten els fills davant una separació.

Finalment, voldria fer menció de les adopcions, perquè, en interès del menor, aquest té dret a conèixer els seus orígens, i això es tradueix també en l'obligació dels pares d'informar-lo. I en l'adopció els vincles ja no són només amb els pares adoptius, sinó també horitzontals, per tant, els oncles són oncles legals, els cosins són cosins legals. I la llei parla també de la inseminació, el naixement per inseminació.

Hem situat la justícia
al lloc que li correspon
al segle XXI

P: Creu que el Projecte de Llei del Protectorat de fundacions i associacions d'utilitat pública ve motivat pels casos de corrupció, tot i que aïllats, sorgits en aquest àmbit?

R: La seva aprovació i entrada en vigor suposarà, sens dubte, una millora per tal de detectar les irregularitats i perseguir amb eficàcia i eficiència la mala praxis i, per això, necessitem un Protectorat modern com a interlocutor habitual del complex món fundacional.

El Projecte de Llei del Protectorat és una exigència de la Llei 4/2008, de 24 d'abril, del Llibre tercer del Codi Civil de Catalunya, la qual es limita a una sèrie de disposicions bàsiques respecte del Protectorat. La nova regulació vol contribuir a un funcionament més àgil de les fundacions i, al mateix temps, respon

a la necessitat d'incrementar els mitjans normatius per que el Protectorat dugui a terme les seves funcions amb la major efectivitat.

P: Quins altres projectes té el Govern en matèria de Justícia? Quines són les prioritats del seu Departament en el futur, més enllà de les properes eleccions al Parlament?

R: En aquest moment acabem d'aprovar al Govern un Avantprojecte de Llei de cassació, imprescindible, i en la reforma del Llibre V en relació a determinats aspectes puntuals de regulació de la propietat horitzontal. Tenim en marxa les obres de construcció de tres nous Palaus de Justícia, el projecte de la nova Audiència Provincial de Barcelona, les obres de rehabilitació del Palau de Justícia de Barcelona, i construïm dues noves presons: el Centre Penitenciari de Mas d'Enric al Catllar (Tarragonès) i el Centre Penitenciari Puig de les Basses a Figueres; a més a més, estem a punt d'iniciar les obres del nou Centre Penitenciari de Preventius de Zona Franca que substituirà la presó Model de Barcelona, i del nou Centre Penitenciari Els Plans a Tàrraga. En l'àmbit penitenciari, també hem engegat un programa que ja estem aplicant per avaluar i identificar els riscs de reincidència dels interns i el seu grau de rehabilitació i reinserció. També s'implanta el sistema e-justícia.cat perquè els jutjats catalans treballin en el futur sense papers, un procés que es preveu finalitzar el 2012. Tots aquests són projectes de futur engegats en aquest mandat que superen evidentment la data electoral.

P: Enguany se celebra el 50è Aniversari de la Compilació del Dret Civil de Catalunya. Quina valoració en fa, de la Compilació? Quins actes commemoratius han programat des de la Conselleria?

R: La commemoració del 50è aniversari de la compilació pretén, d'una banda, retre homenatge a uns il·lustres juristes que, malgrat les limi-

tacions pròpies d'unes circumstàncies polítiques adverses, van ser capaços d'elaborar una llei molt important pel seu contingut i per la seva incidència social i política. La seva tasca va salvar el nucli essencial del nostre patrimoni normatiu, constituït bàsicament pel dret de successions i el dret de família; va pal·liar la secular paralització de la facultat legislativa pròpia de Catalunya; va comportar el reconeixement i la revitalització de les nostres institucions de dret civil, i va facilitar-ne el coneixement, aplicació i ensenyament.

Des de la conselleria l'any 2009 es va constituir una Comissió Gestora integrada per representants de les principals institucions jurídiques del país amb la finalitat d'organitzar i programar els actes que es desenvoluparien l'any 2010. La resposta ha estat molt positiva i totes les institucions han col·laborat en la realització de nombrosos actes de celebració, en l'elaboració de publicacions i en la reedició de llibres. El Departament ha creat una web específica en la que va incorporant les activitats que s'estan duent a terme a més d'incloure nombrosa documentació que s'ha recollit de la tramitació de la compilació i estudis sobre aquesta.

L'acte institucional de commemoració del 50è aniversari va tenir lloc el dia 5 de juliol al Palau de la Generalitat. En aquest acte es va fer un recorregut per la història des dels orígens del nostre dret fins la compilació. Hi va intervenir el Sr. Lluís Serrahima, fill de Maurici Serrahima, membre de la comissió de juristes per a l'elaboració de la compilació i promotor de la nova cançó, i la cantautora M.^a del Mar Bonet, relacionant així la compilació amb la mobilització dels anys 60 per reivindicar el que juntament amb el dret conformaven els trets d'identitat nacional: la llengua i la cultura.

P: La Generalitat, a proposta de la Conselleria, ha concedit la Creu de Sant Jordi enguany al Col·legi de Notaris de Catalunya. Quins aspectes de la funció notarial destacaria i creu que han estat més decisius per fer el

Col·legi mereixedor d'aquest guardó?

R: Molts serien els mèrits que han fet creditor al Col·legi de Notaris de Catalunya per l'atorgament de la Creu de Sant Jordi però jo en destacaria el seu compromís en la defensa, arrelament i desenvolupament del dret civil de Catalunya que ha demostrat de manera continuada des del segle XIX i que va adquirir un protagonisme rellevant en el procés d'elaboració de la Compilació del Dret Civil de Catalunya de 1960. Només cal recordar Ramon Maria Roca Satre, Ramón Faus Esteve o Lluís Figa Faura, entre d'altres, contribució que ha continuat amb la seva participació activa i compromesa en la modernització del dret civil català, des del procés d'adaptació als principis constitucionals fins al desenvolupament i procés de codificació del nostre dret a través de diferents grups de treball i posteriorment amb representants en el si de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya. L'aportació del Col·legi de Notaris ha estat especialment destacada en la elaboració dels Llibres IV (successions) i V (drets reals) del Codi Civil de Catalunya.

També destacaria la seva defensa de les competències de la Generalitat de Catalunya en matèria notarial i la seva preocupació per facilitar els instruments jurídics necessaris als nous notaris i notàries destinats a Catalunya per tal que puguin conèixer les singularitats del nostre ordenament jurídic i assimilar-lo més ràpidament i poder assessorar amb la màxima sol·lència les diferents consultes que se'ls planteja.

Una altre gran contribució ha estat, des de sempre, la defensa de llengua catalana impulsant la realització de cursos i jornades per apropar el català als notaris i notàries provinents de la resta de l'Estat.

P: Com valora el sistema de seguretat jurídica preventiva espanyol i català, amb l'actuació successiva i complementària de notaris i registradors?

R: És important el doble filtre que contempla el nostre model per a la seguretat del tràfic jurídic, en general, però hauria d'haver-hi més coordinació entre notaris i registradors per evitar dilatar de forma innecessària les inscripcions registrals dels instruments públics.

Del Col·legi destacaria el seu compromís en la defensa, arrelament i desenvolupament del dret civil de Catalunya

P: El Tribunal Constitucional manté actualment en suspens cinc articles de la Llei catalana de recursos governatius que van ser recorreguts el passat mes de febrer pel Govern. Com afecta aquesta situació a la gestió actual, per part de la Generalitat, en aquesta matèria?

R: Confiem que el Tribunal Constitucional resolgui els recurs aviat. Mentrestant, farem l'activitat administrativa que ens pertoca i en el cas dels recursos que incloguin motius contemplats en aquest recurs, comunicarem el procés i resolució al Ministeri.

La coordinació amb la Direcció General dels Registres i del Notariat en relació a la convocatòria de concursos de trasllat beneficia tots els implicats

P: Com valora la desestimació del recurs d'inconstitucionalitat, pel que fa a l'article 147 de l'Estatut d'Autonomia,

que inclou competències de la Generalitat sobre l'àmbit notarial? Existeix, en aquest sentit, un bon clima de cooperació entre l'Administració central i l'autonòmica?

R: D'una primera lectura del fonament jurídic relatiu a l'article 147 de l'Estatut podríem convenir que la desestimació d'aquest motiu d'impugnació reforça el reconeixement de la competència executiva de la Generalitat en la matèria. Queda clar que han de conèixer el dret civil català, como no podia ser d'altra manera, si pensem que és el nostre dret propi. Hi ha, però, un aspecte que resulta particularment inquietant. Em refereixo a allò relatiu a l'establiment de les demarcacions notariales, que si bé la reconeix com una competència executiva de la Generalitat, s'haurà de fer, diu, segons els criteris que fixi la legislació de l'Estat la qual podrà tenir "el grau d'exhaustivitat que resulti procedent". En la mesura que aquestes reserves siguin exorbitants, podrien deixar sense contingut la competència de la Generalitat.

Respecte de les relacions amb la Dirección General de los Registros y del Notariado, cal subratllar alguns aspectes satisfactoris, com ara en relació a la convocatòria dels concursos de trasllat de notaris i registradors, que es fa coordinadament i beneficia, hores d'ara, a tots els implicats. Però tenim un greu problema en relació al sorprenent recurs d'inconstitucionalitat interposat contra la Llei 5/2009, de 28 d'abril, del recurs contra la qualificació negativa dels títols o les clàusules concretes en matèria de dret català que s'hagin d'inscriure en un registre de la propietat, mercantil o de béns mobles de Catalunya. Encara no hem entès les raons que justifiquen el recurs, que es recolza, d'altra banda, en un paràgraf segon de l'article 147 de l'Estatut que ni tan sols havia estat impugnat en el Tribunal Constitucional, i més quan es tracta d'una Llei que perfecciona els aspectes tècnics d'una Llei anterior, del 2005, que estava funcionant perfectament. Aquesta qüestió dificulta una relació basada en la plena confiança.



P: Un recent informe de la Comissió del Centre d'Estudis Jurídics i de Formació, creada a iniciativa del seu Departament, aconsella com a mètode per solucionar l'excessiva càrrega de treball als jutjats, l'atribució de determinades matèries a diversos col·lectius jurídics, en particular als notaris. Entre aquestes, per exemple, que els divorcis de mutu acord, quan no existeixin fills menors, puguin ser consensuats davant notari. S'ha avançat ja legislativament en aquest assumpte?

R: Efectivament, l'Informe elaborat per la Comissió de treball d'assessorament sobre la desjudicialització en l'àmbit civil, on per cert han participat de forma activa il·lustres notaris del Col·legi de Notaris de Catalunya, proposa un seguit de mesures que permetin sostroure de l'àmbit jurisdiccional tot un seguit de funcions quan no hi hagi conflicte manifest i, per tant, no comprometi la funció jurisdiccional de jutjar i fer executar allò que es jutge reservada als Jutjats i Tribunals en virtut de l'article 117 de la Constitució. Aquesta redistribució de competències i la seva atribució a altres operadors jurídics comporta, necessàriament, la modificació de la Llei Orgànica del Poder Judicial i de la Llei d'Enjudiciament Civil i, en especial, a la promulgació d'una nova llei de la "jurisdicció voluntària" que la Comissió suggereix es denomini "intervenció voluntària" en coherència al seu caràcter no contenciós, modificacions totes elles que corresponen a les Corts Generals a proposta de l'Executiu Central o a iniciativa dels grups parlamentaris, per la qual cosa l'únic que podem fer és elevar aquestes propostes al Govern central, a través del Ministeri de Justícia i al Consell General del Poder Judicial i donar-ne trasllat als diferents grups parlamentaris.

P: A més de la ja esmentada atribució en separacions i divorcis, quines noves atribu-

cions podrien ser encomanades als notaris?

R: A més d'aquests supòsits de separació i divorci consensuat l'informe incideix, també, en la divisió de la cosa comuna (per dissolució del matrimoni o per herència); actuacions pròpies de la "jurisdicció" (intervenció) voluntària, mitjançant l'acte de notorietat, com a mecanisme de fixació de fets que no impliquen un interès públic; la conclusió de contractes d'arrendament amb abandonament del domicili per renúncia de l'arrendatari amb lliurament de claus o recuperació de la possessió; realització d'inventaris en dret successori o de família; consignació voluntària de deutes; protocol·lització de documents hològrafs, entre d'altres.

La tramitació i inscripció dels expedients de domini, expedients d'alliberament de gravàmens, de la inscripció de drets reals sobre finques no inscrites, de la nota marginal de doble immatriculació i la prorroga d'anotació preventiva que de cara a una nova llei de la "jurisdicció" voluntària, haurien de quedar resoltes evitant, tant com sigui possible, la revisió jurisdiccional.

En supòsits de separació i divorci consensuat, divisió de la cosa comuna, jurisdicció voluntària o conclusió de contractes d'arrendament, entre d'altres, podrien ser noves atribucions dels notaris

P: En aquests moments, el nombre de documents notariais redactats en català és de l'ordre del 12%. Quines perspectives de futur hi ha en aquesta matèria? Estan tenint èxit els cursos voluntaris d'acollida lingüística per a notaris arribats d'altres Comunitats Autònomes?

R: L'Acord de col·laboració entre els Departaments de la Vicepresidència i de Justícia i el Col·legi de Notaris de Catalunya per a impulsar conjuntament accions de foment de l'ús del català en l'àmbit de les notaries es va signar el 23 de desembre de 2009, per la qual cosa es prematur fer-ne un balanç. No obstant això, podem dir amb satisfacció que ha tingut una bona acollida tan per part dels nouvinguts, que han mostrat un gran interès pels cursos de nivell B, com per part d'aquells notaris que volen millorar el seu nivell de català, havent-se inscrit un total de 90 notaris al curs de nivell C.

P: Com valora l'Avantprojecte de Llei de mediació i de reforma de l'arbitratge del Govern del senyor Zapatero?

R: Era necessari que, per fi, l'estat abordés legislativament la institució de la mediació. Ara bé, al veure el resultat s'obren alguns interrogants i, un cop més, es lamenta la manca de interlocució amb les comunitats autònomes, que porten molts anys apostant per la mediació. D'altra banda, em preocupa el tema competencial, si bé el Projecte de Llei es dicta a l'empara de la competència exclusiva en matèria de legislació mercantil, processal i civil (art. 149.1.6ª i 8ª CE), hauria de respectar les competències que en matèria de dret civil i processal derivada de les peculiaritats del dret substantiu corresponen a la Generalitat en virtut de l'Estatut d'Autonomia.

Caldria revisar, d'altra banda, la no exigència d'una formació específica en mediació, per les persones mediadores que vulguin accedir al Registre general, un sistema de control també necessitat de clarificació. Aquest tema ha estat molt polèmic i contestat per associacions, col·lectius de mediadors i diferents institucions de tot l'Estat. És bàsic que els professionals que es dediquen a la mediació tinguin la formació i la capacitació necessària per poder aplicar la mediació amb uns mínims estàndards de qualitat.

“Valoro molt positivament les iniciatives dels col·legis de notaris i de registradors de Catalunya per a la col·laboració mútua”



MARIA ÁNGELES ALCALÁ
Directora General dels Registres i del Notariat

Impulsar la nova Llei de registre civil, l'accés electrònic als registres i la transmissió transfronterera d'informació registral són les prioritats de la Direcció General dels Registres i del Notariat. La Llei de seguretat jurídica preventiva, però, haurà d'esperar, ja que el departament dirigit per María Ángeles Alcalá descarta, de moment, “una modificació substancial del model”.

Autora: Cristina Gallardo

P: Quin és el balanç que fa després de més d'un any de mandat?

R: Aquest ha estat un any i mig molt intens i apassionant per la importància dels projectes abordats i per les reformes organitzatives introduïdes en aquesta Direcció General. Està sent una experiència enormement enriquidora i, professionalment, m'aporta una perspectiva nova del dret, complementària a la que ha estat la meua activitat universitària.

P: El Ministeri tornarà a intentar aprovar en aquesta

legislatura una Llei de jurisdicció voluntària? Quines funcions pensa que els notaris han d'assumir en aquesta futura Llei?

R: És evident, i així ho demostren les iniciatives empreses per aquest Ministeri, que existeix un projecte global i articulat de modernitzar la justícia i, dins d'aquest procés modernitzador, d'impulsar instruments de solució de conflictes alternatius als tradicionals. Així ho evidencia el Projecte de reforma de la llei d'arbitratge i l'Avantprojecte de llei de mediació. En aquest procés hi encaixa plenament una futura Llei de jurisdicció

voluntària. Els notaris, com a professionals del dret singularment formats i especialitzats, poden desenvolupar un paper de primer ordre en el desenvolupament d'una llei d'aquesta naturalesa.

P: Amb motiu de l'inici del curs 2009-2010 a l'Acadèmia Madrilenya del Notariat, el passat mes d'octubre, vostè va afirmar que la funció notarial ha d'estar orientada en la col·laboració amb les administracions públiques. A quines funcions concretes es refereix?



R: Les meves paraules en aquella ocasió i també en altres intervencions en diferents fòrums, indicaven la importància de la funció social i de protecció d'interessos públics i generals de la funció notarial. Alguns dels àmbits de col·laboració dels notaris amb les administracions públiques han estat i són ja una realitat, com, per exemple, les inversions tecnològiques i l'increment del seu paper en la lluita contra el frau i el blanqueig de capitals, entre moltes altres de les activitats quotidianes en aquest context. Es tracta de ressaltar la funció pública del notariat i dotar-la dels millors instruments per desenvolupar aquest paper en benefici sempre del ciutadà.

Des que vaig arribar a aquesta Direcció General, tots els concursos de notaris i registradors s'han desenvolupat en un context de col·laboració

P: Recentment també va anunciar que es permetrà l'accés telemàtic directe dels notaris als llibres registrals. Quan estarà llesta aquesta regulació?

R: La meua intenció és que el sistema estigui preparat quan abans millor i, a més, que sigui el resultat d'un consens entre els òrgans de representació dels notaris i els registradors. No negaré que estic trobant esculls per arribar a un acord i que el procés està resultant molt llarg. Li recordo que vam començar les reunions a la darrereria del mes de novembre passat i que, a dia d'avui, no ha estat possible arribar a una solució consensuada. Però també és cert que s'ha avançat molt i que en aquest moment és clara la meua voluntat de posar en marxa un sistema electrònic d'accés a les dades dels registres de la propietat, mercantils i de béns mobles i de condicions generals de la contractació. No es tracta només d'articular un sistema d'accés electrònic a aquestes dades per part dels notaris, sinó també de les

administracions i funcionaris públics i dels particulars. La meua intenció no és cap altra que incrementar la seguretat jurídica en benefici dels ciutadans en les seves transaccions immobiliàries i en les seves relacions empresarials, utilitzant les noves tecnologies com un mitjà ràpid i econòmic per aconseguir-ho.

P: Creu que la nova normativa acabarà amb els enfrontaments entre notaris i registradors? Què opina de les Bases de Barcelona, subscrites al seu moment pels degans dels col·legis de notaris i de registradors de Catalunya?

R: Ja he dit en moltes ocasions que em sembla un error aquest tipus d'enfrontaments. Al ciutadà li arriben les crítiques a través dels mitjans de comunicació i no entén què passa ni quines són les causes. Curiosament, tot i que tenen molt de ressò públic, aquests enfrontaments es veuen alimentats per un sector minoritari dels notaris i dels registradors, perquè la gran majoria d'ells cooperen diàriament en el desenvolupament quotidià de les seves funcions i col·laboren amb lleialtat en una visió orientada al servei públic. La funció complementària d'uns i altres fa que la discrepància en la interpretació jurídica pugui ser normal i fins i tot afavorir la qualitat del servei públic, però l'innecessari enfrontament públic és una altra cosa que, per descomptat, no afavoreix ningú.

En tot cas, jo seguiré treballant en la cerca de consens i, per descomptat, valoro molt positivament iniciatives com les dels col·legis de notaris i registradors de Catalunya de buscar vies de millora en la col·laboració mútua.

P: El Govern va recórrer recentment davant del Tribunal Constitucional diversos articles de la Llei catalana de recursos governatius. Quines van ser les raons?

R: El recurs que va interposar el Govern és molt clar pel que fa a

les raons que el justifiquen i ara per ara només falta que el Tribunal Constitucional es pronunciï al respecte, a la qual cosa em remeto, com no pot ser d'altra manera.

P: Com valora l'aplicació de l'Estatut en matèries notariales i registrals? Està satisfeta dels concursos coordinats?

R: Des que vaig arribar a aquesta Direcció General, tots els concursos de notaris i registradors s'han desenvolupat coordinadament i en un context de col·laboració entre ambdues administracions que, lluny de generar cap problema, ha estat senzill i, fins i tot, molt grat. En aquest sentit, estic plenament satisfeta i espero que aquest clima de col·laboració i entesa continuï en el futur. Sincerament, no trobo raons perquè no sigui així.

P: Com valora, en aquest àmbit, la sentència del Tribunal Constitucional sobre l'Estatut?

R: Ja s'ha parlat i opinat molt sobre la sentència. En qualsevol cas, la sentència és la que és i així l'hem d'acatar tots, tot i entendre que pugui generar cert descontent en determinats sectors. No era un tema fàcil de resoldre, ni jurídicament ni socialment, però ha quedat clar que a les impugnacions del PP els mancava fonament i que gairebé la totalitat de l'Estatut és constitucional. Ara, el que importa és mirar cap endavant.

P: Com valora que els registradors gaudeixin d'elecció directa i universal del seu president i els notaris no?

R: Efectivament, les respectives normatives que regulen l'elecció dels màxims representants dels cossos de notaris i registradors són diferents. Han estat dos models diferents d'articular la representació dels col·lectius i d'adaptar-la a l'estructura de l'estat de les autonomies. La meua valoració no pot anar més enllà de constatar aquestes diferències i de verificar el compli-

ment de la Llei, si s'escau, ja que és una qüestió que afecta els respectius col·lectius i són ells els que han de fer les valoracions que considerin pertinents i que jo, sense cap mena de dubte, escoltaré.

P: La Federació Estatal d'Associacions Professionals de Treballadors de Notaria li ha reclamat una modificació estructural de l'Oficina Notarial S'està treballant en aquest sentit?

R: He rebut a les associacions professionals de treballadors de notaria, he escoltat les seves peticions i reivindicacions, però no tinc una reclamació precisa i formal sobre aquest particular.

P: Què hi ha de la interconnexió dels registres comunitaris?

R: Se sap que en l'àmbit de la Unió Europea s'està treballant intensament en la transmissió d'informació sobre empreses per part dels registres mercantils dels diferents països membres. De fet, ja disposem de diversos documents i recomanacions en aquest sentit, s'han celebrat diverses trobades i seminaris i hi ha alguna experiència amb el perfil d'un projecte pilot orientat a verificar la viabilitat d'aquesta interconnexió.

L'intercanvi d'informació sobre empreses domiciliades a diferents estats és imprescindible. La creació de filials en països diferents de la societat matriu, les fusions transfrontereres, l'existència d'empreses multinacionals, la inversió en accions o obligacions a mercats internacionals o, simplement, el desenvolupament de relacions empresarials amb empreses radicades a diversos països, converteixen en inexorable la previsió de mitjans de transmissió d'informació empresarial. Caldrà superar les dificultats que impliquen les diferències dels diversos sistemes registrals i de la diversitat dels títols que accedeixen al registre i heterogeneïtat dels controls sobre les

empreses, però caldrà fer-ho, sense cap mena de dubte.

P: La Llei de seguretat jurídica preventiva està entre les seves prioritats per a l'actual legislatura?

R: En aquest moment estem treballant més en la modernització del sistema i en el reforç de la seva funció social, orientat al ciutadà i al servei públic, que en una modificació substancial del model de seguretat jurídica preventiva. En tot cas, qualsevol modificació del model de seguretat jurídica preventiva ha d'anar precedida d'una reflexió profunda i s'ha de fer amb un seny extrem, perquè, tot i que això es pot predicar de qualsevol canvi legislatiu, el nostre sistema està molt consolidat i afecta aspectes molt importants del dret privat, en general, i aspectes molt singulars del dret de propietat, creació d'empreses o mercats financers i immobiliaris.

P: I la creació d'un Registre Civil únic? Els notaris hi tindran accés?

R: La creació d'un Registre Civil únic és un element essencial del Projecte de Llei del Registre Civil, que en els propers mesos iniciarà la seva tramitació parlamentària. La Llei que hem projectat suposa un canvi substancial del model de Registre Civil tal com el coneixem. Com ha indicat en diverses ocasions el ministre Francisco Caamaño, no es tracta de posar ordinadors als registres civils, cosa que ja existeix, ni tan sols d'incorporar les noves tecnologies de la comunicació al seu funcionament: és un canvi estructural, tecnològic, organitzatiu i funcional. És, en definitiva, construir el Registre Civil del segle XXI. La Llei preveu expressament la connexió informàtica dels notaris quan estableix una via de remissió electrònica dels documents notarials rellevants en l'estat civil de les persones.

P: Quines són les prioritats del seu departament per al futur més immediat?



R: D'algunes d'aquestes prioritats ja n'he fet referència en esmentar projectes que estan en marxa, com ara la Llei del Registre Civil, l'accés electrònic al contingut dels llibres dels registres de la propietat, mercantils i béns mobles i de condicions generals de la contractació, l'impuls de la transmissió transfronterera de la informació dels registres mercantils i, en general, tot el que contribueixi a la modernització i a la millora del servei públic que presten notaris i registradors. És prioritari millorar i agilitzar la resolució d'expedients governatius. També estem treballant en la millora dels processos de tramitació dels expedients de nacionalitat i estat civil. En tot cas, és fonamental seguir mantenint el contacte freqüent i periòdic amb els col·legis professionals de notaris i registradors.

Presidència espanyola a la Unió Europea i aplicació del Tractat de Lisboa i el Programa d'Estocolm

L'entrada en vigor del Tractat de Lisboa suposa iniciar una nova etapa de la Unió Europea, amb una integració del cabal comunitari que, des de la cooperació dels diferents països, implicarà l'assignació, en certs casos, de més competències a les institucions comunitàries.

Elisabeth GARCÍA CUETO
Notari de Santa Coloma de Queralt

Des de gener a juny de 2010, Espanya ha ocupat la presidència de la Unió Europea (<http://www.eu2010.es/es/>). La rellevància d'aquesta s'emmarca dins de l'entrada en vigor del Tractat

de Lisboa (*Tractat de Lisboa*: <http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1296&lang=es>), 1 de desembre de 2009 i del Programa d'Estocolm (*Stockholm Agreement*), on es defineixen els objectius per al desenvolupament d'una part de l'anomenat tercer pilar, relatiu a la cooperació: llibertat, seguretat i justícia de la UE (art. 67 a 87 del Tractat de funcionament de la Unió Europea), específicament, el programa per al període que va del 2010 al 2014. No obstant això, no hem d'oblidar que el desenvolupament de

l'espai de llibertat, seguretat i justícia es va començar a gestar i desenvolupar al Tractat d'Àmsterdam de 1997, al citat Tractat de Lisboa, signat l'any 2007, així com als programes de Tampere (1999), de la Haia (2004) i l'esmentat d'Estocolm (2009).

Així doncs, entrem en una nova etapa de la Unió Europea, amb una integració del cabal comunitari que, des de la cooperació dels diferents països, implicarà l'assignació, en certs casos, de més competències a les ins-

© Foto Parlamento Europeo.



titucions comunitàries, i ens portarà a aconseguir, amb un marc jurídic enfortit, la tantes vegades citada cohesió europea: Benvinguts a la nova Europa!

1. La creació de l'«Europa dels ciutadans»

La UE, que va néixer com una aliança eminentment econòmica (CECA, París 1951; CEE i EUROATOM, Roma 1957), s'ha anat transformant, desenvolupant, amb l'objectiu fixat, avui dia, a crear un veritable Estatut de ciutadà europeu. Per assolir aquest propòsit, s'ha apostat per crear una identitat cívica europea, ampliant els drets de les persones, a través de la «**Carta dels drets de la persona de la UE**» (encara que aquesta tingui valor merament declaratiu). El contin-

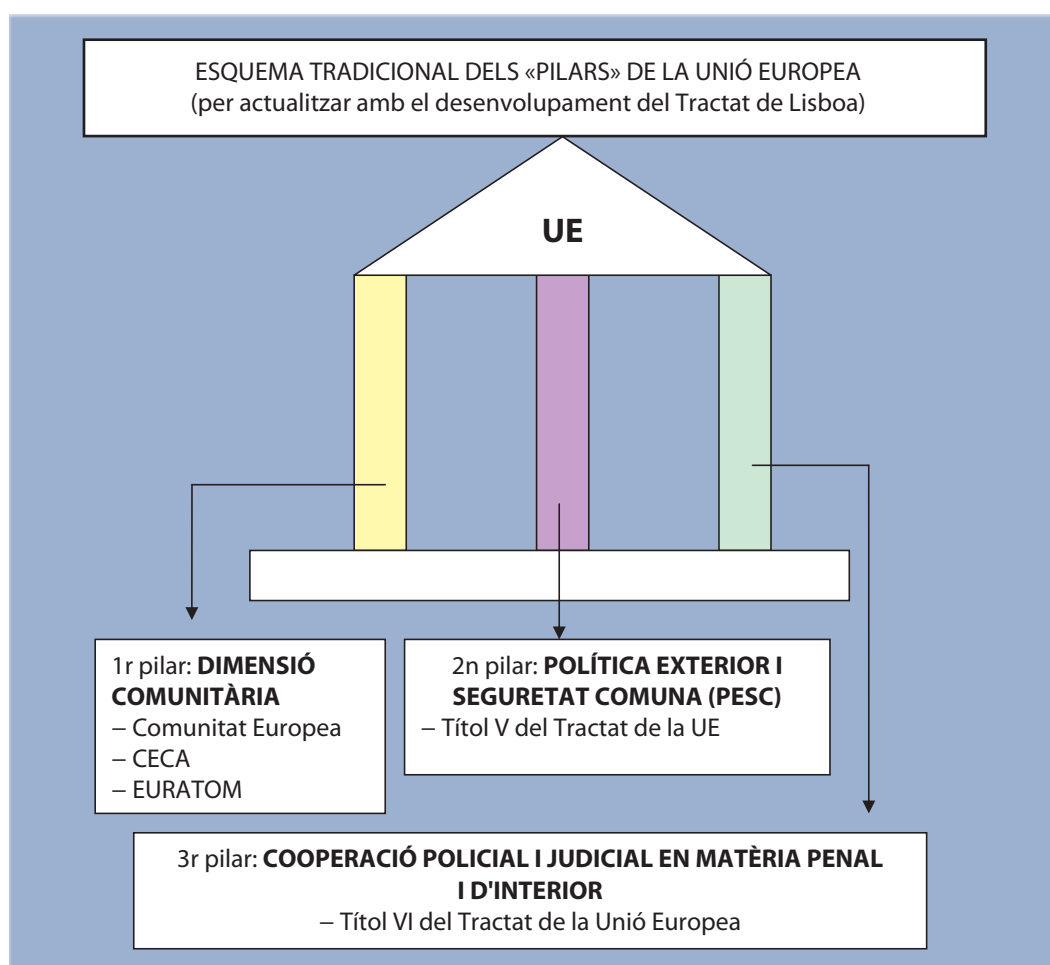
gut d'aquesta se centra en els drets i lliberts fonamentals, posant l'atenció prioritària als sectors més vulnerables, oferint la protecció adequada a dones i nens i a les víctimes de delictes, posant especial èmfasi al que fa referència a la violència de gènere. Així, en aquest últim aspecte, de tipus penal, la Presidència espanyola va intentar avançar en el principi de reconeixement mutu, la cooperació en investigació de delictes, la fixació d'unes normes mínimes en matèria de garanties processals i la modernització legislativa pel que fa al *cibercrim*.

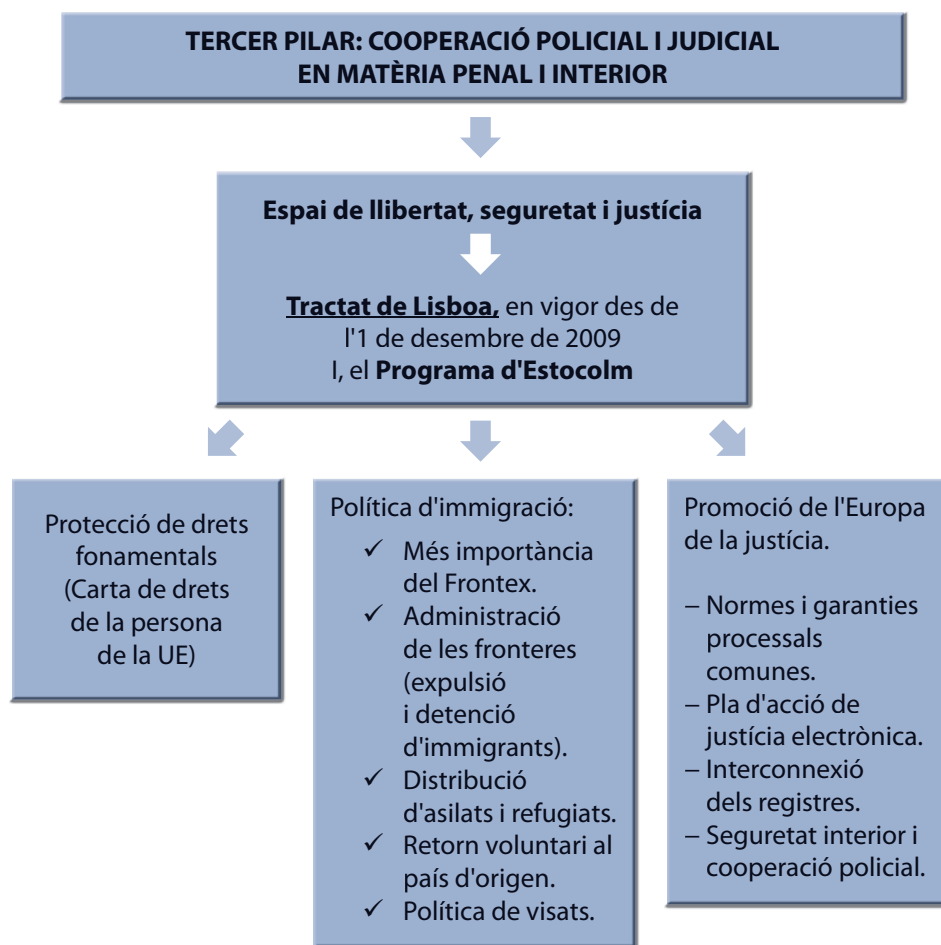
Paral·lelament a això, la Presidència espanyola s'ha centrat en la qüestió migratòria. És el Programa d'Estocolm el que ja determina la prioritat d'establir una millor administració de les fronteres, que comporta supervisar les pautes d'immigració (a

través de l'agència europea de control fronterer –*Frontex*–) amb una vinculació ineludible a les tendències i necessitats del mercat laboral. D'aquesta manera, es pretén fomentar el manteniment d'una gestió col·laboradora pel que fa a la política de detenció i expulsió d'immigrants il·legals i la possibilitat d'incentivar i facilitar el retorn voluntari.

2. Cap a una nova justícia

A fi de garantir aquests drets, és necessària una justícia que funcioni a l'uníson a tota la Unió. Perquè la coordinació sigui una realitat, s'ha previst un Pla d'acció de justícia electrònica i la interconnexió dels registres referents a aquesta matèria. La Presidència espanyola es va plantejar com a repte fixar uns mínims comuns





pel que fa a drets i garanties processals penals, així com programes d'intercanvi per a jutges, fiscals i secretaris judicials. És evident que això requereix la necessària implicació dels jutges nacionals i altres subjectes que intervenen en el procés; tots els operadors, a l'hora d'aplicar el Dret europeu, han d'integrar la nova normativa i formar una veritable xarxa, tant en l'àmbit nacional com europeu, que porti a la recopilació de jurisprudència de la UE, que garanteixi els drets fonamentals a tot el territori de la Comunitat, però des de l'interior de cadascun dels respectius estats membres. Es crea, conseqüentment i amb una finalitat de cohesió, un espai judicial comú europeu.

En aquesta línia, el llançament, el passat juliol, d'e-Justícia (<https://e-justice.europa.eu/>), el portal europeu de jus-

tícia electrònica, ha suposat complir la planificació establerta per la Presidència espanyola. La primera versió, amb més de 12.000 pàgines, ofereix enllaços sobre legislació i pràctiques de tots els estats membres.

3. Propera parada: Reglament europeu de successions?

L'anàlisi de la matèria civil i mercantil mereix un punt propi. La Presidència espanyola va impulsar el debat per a una possible reforma del Reglament de Brussel·les I (44/2001), sobre competència judicial i reconeixement i execució de resolucions civils i mercantils, i l'adopció d'un Reglament en matèria successòria que contingui la llei aplicable i el reconeixement i execució de sentències (dictades en qualsevol país de la UE). Així, el Consell

de Justícia i Assumptes d'Interior de juny va aprovar directrius polítiques i va consolidar avenços en aquesta proposta, de gran transcendència pel número creixent de successions transfrontereres.

La falta de sintonia entre els codis successoris dels principals estats de la UE, tant en la successió en si mateixa com en l'instrument en què el causant ha manifestat les seves disposicions d'última voluntat, el testament, posa de manifest la dificultat d'arribar a una homogeneïtat legislativa que abasti i reculli un gran nombre de tradicions i punts de connexió. Potser seria desitjable que el futur prevegi un títol successori europeu que eviti els problemes de reconeixement de documents, i que aquests documents s'integrin en una Xarxa Europea de

Registres de Testaments, que impulsa la CNUE.

El punt de partida d'un Registre Europeu d'Últimes Voluntats té una primera peça en el recent registre búlgar d'últimes voluntats. Per fer-ho, serà imprescindible una «cooperació reforçada», amb la qual cosa s'aconseguirà la integració de la diversitat, amb el fi de garantir la lliure circulació de sentències i documents públics i amb la possibilitat d'arribar a l'eliminació de l'*exequatur*.

Un dels punts que cal destacar de la Presidència espanyola en l'àmbit civil ha estat la superació del bloqueig de la proposta presentada el 2006 sobre la llei aplicable en matèria de separació i divorci.

En el tema de dret de família, les solucions s'han d'encaminar a resoldre els problemes i qüestions plantejats de manera constant i dinàmica en l'àmbit matrimonial. Cada vegada amb més freqüència les parelles o matrimonis són de diferent nacionalitat o, fins i tot sent de la mateixa nacionalitat, resideixen efectivament en un tercer país. La llei aplicable a la Unió, el seu règim econòmic, les conseqüències de la ruptura posterior: separació, divorci i, fins i tot, les freqüents disputes per l'atribució de la pàtria potestat dels fills, si n'hi ha, plantegen qüestions de fons i de forma delicades i complexes de resoldre.

La Presidència es va iniciar amb l'objectiu de recollir la reforma del dret matrimonial, adoptant un marc comú per a tots els estats membres (emmarcat en el Conveni de Roma III, en concret relatiu al divorci). Finalment, s'ha iniciat aquesta reforma utilitzant, per primera vegada, el mecanisme de cooperació reforçada: 14 estats, inclosa Espanya, han sol·licitat acollir-s'hi. El Reglament facilita els processos de separació i divorci entre cònjuges de diferent nacionalitat, amb la qual cosa augmenta la seguretat jurídica. Introdueix l'autonomia de la voluntat i recull expressament el principi de no discriminació, salvaguardant la situació del cònjuge situat en posició de desavantatge.

ETAPES PER A LA INTEGRACIÓ EUROPEA

PRIMERA ETAPA

Determinació dels objectius en diferents instruments:

- Tractat de la Unió Europea
- Tractat de Lisboa
- Programa d'Estocolm

SEGONA ETAPA

Coordinació: harmonització de les legislacions dels diferents estats membres

JUSTÍCIA I IMMIGRACIÓ

- Reconeixement mutu
- Legislació i codificació de les matèries
- Instruments de coherència d'acció exterior
- Avaluació de la formació
- Comunicació i diàleg social civil
- Finançament

MATÈRIA CIVIL

- Reglament sobre el divorci → Conveni de Roma III
- Regulació del matrimoni a Europa
- Creació d'un registre de resolucions judicials en matèria de capacitat
- Successions: creació del títol successori europeu i Reglament de successions internacionals (especial referència al certificat successori i la Xarxa Europea de Registres de Testaments)

TERCERA ETAPA

Integració i institucionalització

Ressenyes de Normativa, Jurisprudència i Dret comparat

Normativa destacada

Directiva 2009/138/CE del Parlament Europeu i del Consell, del 25 de novembre de 2009, sobre l'assegurança de vida, l'accés a l'activitat d'assegurança i reassegurança i el seu exercici.

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

La finalitat d'aquesta directiva rau en la recerca del correcte funcionament del mercat interior, coordinant la normativa de la supervisió dels grups d'assegurances i protegint d'aquesta manera els creditors a través de procediments de sanejament i liquidació de les empreses d'assegurances. Així mateix, es protegeix els prenedors perquè es regula de manera molt especial el règim de solvència, i els beneficiaris d'assegurances, en cobrir qualsevol persona física o jurídica que sigui titular de drets d'acord amb un contracte d'assegurances.

S'exclou expressament de l'àmbit d'aplicació les empreses d'assegurances de dimensió reduïda sempre que compleixin certes condicions, inclòs un nivell d'ingressos bruts per primes inferior a 5.000.000 EUR. Les empreses excloses de l'àmbit d'aplicació d'aquesta directiva poden beneficiar-se de les llibertats bàsiques reconegudes en el tractat, i poden exercir l'opció per sol·licitar autorització de conformitat amb aquesta directiva a fi de beneficiar-se de l'autorització única que s'hi preveu.

Reglament (CE) núm. 924/2009 del Parlament Europeu i del Consell, del 16 de setembre de 2009, relatiu als pagaments transfronterers en la Comunitat [pel qual es deroga el Reglament (CE) núm. 2560/2001]

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

Aquest Reglament busca garantir que els pagaments nacionals i transfronterers

efectuats en la Comunitat estiguin subjectes a una normativa idèntica en matèria de comissions. Es consigna mitjançant l'assignació d'un número internacional de compte bancari (IBAN) a cada client i un altre a cada banc (BIC); números o codis que hauran de ser idèntics en cada transacció transfronterera. Si no s'indiquen aquests números, les entitats podran cobrar comissions addicionals, sense perjudici d'informar els clients en un moment anterior a la realització de la transacció. El seu àmbit d'aplicació és el següent:

- Pagaments:
- **Menys** de 50.000 EUR de valor
 - En **euros**, o moneda del país de la UE que s'hi adhereixi (de moment, Suècia).
 - Tant si les operacions de pagament transfrontereres tractades per mitjans electrònics respecte a proveïdors de serveis de pagament de l'ordenant i beneficiari situats en estats diferents;
 - Com si les operacions de pagament transfrontereres tractades per mitjans electrònics respecte a proveïdors de serveis de pagament situats en el mateix estat.

No s'aplica als pagaments que els proveïdors de serveis de pagament efectuin (a) per compte propi o (b) en nom d'altres proveïdors de serveis de pagament. Tampoc s'aplica a les comissions per conversió de divises.

Llei 1/2010, de l'1 de març, de reforma de la Llei 7/1996, del 15 de gener, d'ordenació del comerç al detall

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

Transposició de la Directiva 2006/123/CE, sobre els serveis en el mercat interior, que elimina barreres administratives que afecten la llibertat d'establiment i de prestació de serveis

dels articles 43 i 49 del Tractat Constitutiu de la Comunitat Europea (TCE). No es necessita autorització prèvia per a la instal·lació d'establiments comercials. S'exceptuen els supòsits d'interès general conforme a la normativa de la Unió Europea.

Reial Decret 199/2010, del 26 de febrer, pel qual es regula l'exercici de la venda ambulat o no sedentària

Defineix aquesta activitat com aquella realitzada per comerciants fora d'un establiment comercial permanent sigui quina sigui la seva periodicitat i el lloc on es dugui a terme. És una nova transposició de la Directiva 2006/123/CE, que desenvolupa la mateixa Llei del comerç detallista, però per la via reglamentària.

Resolució del Consell, de l'1 de març de 2010, sobre els drets de propietat intel·lectual en el mercat interior

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

Aquesta resolució tracta els diferents àmbits en què la propietat intel·lectual ha de ser protegida o, en cas de gaudir d'aquesta mesura, estableix una regulació més completa i estricta. La importància i transcendència de la intervenció de les autoritats duaneres en mercaderies sospitoses de vulnerar determinats drets de propietat intel·lectual i les mesures conseqüents que cal dur a terme per evitar la vulneració d'aquells drets són exemples clars de la rellevància d'aquesta norma.

Un altre dels àmbits d'incidència més grans en aquesta matèria engloba tot allò referent als drets d'autor i drets afins, o a l'estudi de la pirateria de béns culturals. La norma reconeix la importància d'impulsar nous models empresarials competitius que evitin i combatin la pirateria amb la finalitat de promoure el creixement econòmic, el treball i la diversitat cultural.

Jurisprudència de la UE

Instrucció del 24 de febrer de 2010, de la Direcció General dels Registres i del Notariat, sobre reconeixement dels cognoms inscrits en els registres civils d'altres països membres de la Unió Europea

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

Aquesta instrucció és causa directa de la Sentència del 14 d'octubre de 2008 dictada pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (TJCE), que resol l'assumpte C-535/06 (Grunkin-Paul) i recalca la primacia del dret comunitari i el valor de les decisions judicials. En aquest sentit, determina que «les decisions prejudicials adoptades pel Tribunal de Luxemburg, en consideració a la finalitat particular d'aquests procediments dirigits a proporcionar una interpretació autèntica que assegurï la uniformitat en l'aplicació del dret comunitari en el conjunt de la Unió Europea, tenen força obligatòria i vinculen no només el jutge de retramesa i els altres òrgans jurisdiccionals que hagin d'intervenir en aquest procediment principal en via de recurs, sinó que, a més, tenen un abast general respecte de tots els òrgans jurisdiccionals del conjunt dels estats membres, i sense perjudici de la possible revisió de la seva doctrina que el Tribunal de Luxemburg pugui realitzar en virtut d'una nova retramesa. Per tant, la interpretació donada pel Tribunal forma un cos amb la pròpia norma interpretada», al temps que també en recorda l'eficàcia «ex tunc».

El Tribunal de Justícia reconeix que «en l'estat actual del dret comunitari, les normes que regeixen el cognom d'una persona són competència dels estats membres, però, al mateix temps, adverteix que aquests han de respectar el dret comunitari en exercir dita competència quan es tracta de situacions que, encara que no són merament internes, «presenten algun vincle amb el dret comunitari». Per aquest motiu, considera que «el fet que l'interessat estigui obligat a dur, en l'estat membre del qual és nacional, un cognom diferent del ja atribuït i inscrit en l'estat membre de naixement i de residència pot obstaculitzar l'exercici garantit per l'art. 18 CE relatiu a circular i residir lliurement en el territori dels estats membres».

Dret comparat

Deutschland - Alemanya: La modernització de la legítima

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

Des del 1 de gener de 2010, és d'aplicació a Alemanya la reforma prevista en matèria successòria (*Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*), condicionada per una sentència del Tribunal Constitucional del 19 d'abril de 2005, que, si bé afecta relativament poc a l'articulat original del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), incideix especialment en la figura legítima.

La reforma es fonamenta en l'adequació del text a la realitat social alemanya, marcada per (1) una tendència a l'augment de parelles no casades i de fills no matrimonials; (2) l'existència de famílies reconstruïdes (és a dir, famílies formades per d'altres trencades); (3) condicionament dels nexes familiars com a conseqüència de la globalització i moviment de persones a diferents països; (4) l'assistència a les persones d'edat avançada, com a conseqüència de les millores en el camp de la medicina i l'augment de l'esperança de vida.

En concret, és important recordar que la legítima en dret alemany es configura com un dret de crèdit i constitueix la meitat del valor de la quota hereditària legal. Aquests dos aspectes no han estat modificats, si bé s'ha incidit en la contraposició existent entre la llibertat de testar, la lliure disposició dels béns propis i el dret de certs subjectes a obtenir una protecció legislativa. Aquestes disjuntives han quedat resoltes mantenint com a subjectes beneficiaris de la protecció els descendents, pares i cònjuges, però a la vegada possibilitant la supressió de la legítima gràcies a l'augment i flexibilitat de les causes de desheretament.

D'aquesta manera, i a fi d'adaptar el dret a les circumstàncies actuals, reconeix a qualsevol descendent del causant que se n'hagi encarregat de l'assistència el dret a exigir compensació. Per calcular-la es traurà de l'herència, amb caràcter previ, la quantitat de la compensació i es distribuirà la resta de conformitat amb la quota successòria.

La France – França : Entrepreneur individuel à responsabilité limitée

L'Assemblea Nacional està estudiant l'aprovació d'una llei que limiti la responsabilitat de l'empresari individual amb repercussió exclusiva al patrimoni de la seva activitat professional.

La Comissió d'Assumptes Econòmics busca que es reflecteixi en el text especialment tot allò que faci referència a l'hermetisme entre els patrimonis personals i professionals, els supòsits de l'exercici de diferents activitats, la vida i l'evolució del patrimoni afectat, la fiscalitat dels augmentos de patrimoni i la garantia dels crèdits professionals.

En aquesta mateixa línia, es consolida la insistència en la simplificació de la màxima quantitat de formalitats i de les obligacions de l'empresari individual, encara que sense perdre la garantia de l'aportació o l'accés d'un nivell suficient d'informació i, sens dubte, quant al nivell la protecció de creditors i tercers.

Tampoc s'ha d'obviar la possibilitat que l'empresari realitzi diferents activitats conjuntament. El legislador francès en aquest camp considera fonamental que l'empresari pugui protegir-se respecte de les dues activitats. Cal contemplar la solució proposada, la de la unitat del patrimoni afectat, en relació amb la pluralitat d'objectes d'activitat professional.

Bulgària – Bulgària: Registre d'Últimes Voluntats

La novetat de Bulgària és l'existència d'un Registre d'Últimes Voluntats, en què tots els notaris hauran de registrar els testaments oberts davant d'ells, així com els hològrafs dipositats en l'oficina notarial. També hi podran realitzar recerques. La creació d'aquest registre s'emmarca en l'obertura a un futur en què podrà ser consultat per funcionaris o ciutadans interessats d'altres països europeus, apropant així la realitat de la Xarxa Europea d'Últimes Voluntats, encara en projecte, a qui la necessitat i compleixi els requisits d'accés i ús.

Ressenyes de les principals sentències del Tribunal Suprem

Publicades el primer semestre de 2010

Per la redacció de LA LLEI

HABITATGE FAMILIAR

Doctrina jurisprudencial sobre la naturalesa i els efectes del dret a l'ús de l'habitatge familiar concedit mitjançant sentència judicial

Sentència Tribunal Suprem, sala primera, núm. 859/2009, de 14 de gener (ponent: Juan Antonio Xiol Ríos) JU0003785074

El jutjat de primera instància va desestimar l'acció reivindicatòria d'habitatge. L'AP Valladolid va revocar la sentència anterior i va estimar la demanda. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació. Doctrina jurisprudencial sobre la naturalesa i efectes del dret a l'ús de l'habitatge familiar concedit a un dels cònjuges mitjançant sentència dictada en plet matrimonial. Recuperació de l'habitatge per part del seu propietari en els casos de precari i comodat.

INEFICÀCIA DE CLÀUSULA TESTAMENTÀRIA

Ineficàcia de la clàusula testamentària que pretén evitar el còmput d'una donació per al càlcul de la legítima

Sentència Tribunal Suprem, sala primera, núm. 2/2010, de 21 de gener (ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) JU0003706182

El jutjat de primera instància va desestimar la demanda en què se sol·licitava que es declarés la nul·litat o ineficàcia de dues clàusules testamentàries. L'AP Madrid va revocar la sentència anterior i va declarar que el demandant no era deutor del testador i que la donació feta per aquest al seu fill hereu universal s'havia de computar en el terç de lliure disposició. El Tribunal Suprem primer declara que escau el

recurs per infracció processal, anul·la la sentència d'apel·lació i estima parcialment la demanda en el sentit de declarar la ineficàcia de la clàusula en què el testador va disposar que no es computés, per fixar la legítima, la donació realitzada a un dels seus fills.

DONACIÓ DE PARTICIPACIONS SOCIALS

Nul·litat de la donació de participacions socials dissimulada sota escriptura pública de compravenda

Sentència Tribunal Suprem, sala primera, núm. 25/2010, de 3 de febrer (ponent: Antonio Salas Carceller) JU0003719097

El jutjat de primera instància va estimar la demanda de nul·litat de compravenda per falta de causa. L'AP Madrid va revocar la sentència anterior i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que el recurs de cassació és procedent, anul·la la sentència d'apel·lació i confirma la de primera instància. L'acceptació del donatari ha de constar per escrit, sense que aquesta acceptació es pugui suplir amb la subscripció d'un contracte de compravenda simulat.

NUL·LITAT D'HIPOTECA

Actes perjudicials per al conjunt de creditors del fallit. Vinculació dels béns conjugals comuns

Sentència Tribunal Suprem, sala primera, núm. 82/2010, de 8 de març (ponent: Francisco Marín Castán) JU0003746655

El jutjat de primera instància va estimar parcialment la demanda sobre nul·litat de negocis jurídics per retroacció dels efectes de la declaració de fallida. L'AP Saragossa va

estimar el recurs d'apel·lació de la sindicatura de la fallida demandant i va ampliar l'estimació de la demanda acordada en primera instància. El Tribunal Suprem declara que el recurs de cassació de les demandades no és procedent. Nul·litat de l'aportació de finques per part del fallit i el seu cònjuge a una societat limitada constituïda per ells, de la hipoteca constituïda posteriorment sobre les mateixes finques a favor d'una societat anònima, creditora del fallit, i d'una presumpta cessió, per part de la societat anònima a la societat limitada, d'uns crèdits que aquella deia que tenia davant del fallit, la cessió en garantia de la qual s'havia constituït la hipoteca i el preu de la qual es pagava en realitat mitjançant lletres acceptades pel propi fallit. Interpretació de l'art. 878 CCom. Inaplicació de l'art. 34 LH a favor de la societat creditora per falta de bona fe i gratuïtat de la hipoteca.

VEÏNATGE CIVIL

La pèrdua de veïnatge civil biscaí del causant no exclou els drets derivats de la troncalitat

Sentència Tribunal Suprem, sala primera, núm. 111/2010, d'11 de març (ponent: Juan Antonio Xiol Ríos) JU0003785159

Les sentències d'instància van estimar la demanda en què els actors sol·licitaven la declaració al seu favor de la condició d'hereves legítimes del difunt en relació amb una finca troncal, així com la declaració de la seva propietat sobre l'esmentada finca per part de terceres parts. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat per la demandada.

SOCIETAT DE RESPONSABILITAT LIMITADA

Nul·litat dels acords adoptats en Junta General extraordinària, per no fer cas al requeriment previ de presència notarial

Sentència Tribunal Suprem, sala primera, núm. 113/2010, de 16 de març (ponent: Francisco Marín Castán) JU0003758356

El jutjat de primera instància va estimar l'acció d'impugnació d'acords socials i va declarar nuls els acords impugnats. L'AP Guipúscoa va estimar parcialment el recurs d'apel·lació i va revocar la sentència apel·lada en l'únic sentit d'assenyalar que no procedeix la imposició de les costes produïdes en primera instància a cap de les parts. El Tribunal Suprem desestima els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposats per la companyia mercantil demandada. N'hi ha prou amb què la Junta es constitueixi com a universal contra la manifesta oposició del demandant per viciar-ne d'arrel tot el desenvolupament, ja que s'exigeix unanimitat per a la vàlida constitució d'aquesta. Inaplicació al cas de la jurisprudència flexibilitzadora sobre l'art. 108 LSA.

SUCCESSIÓ HEREDITÀRIA

Falta de legitimació del tutor per demanar la nul·litat del testament per incapacitat de l'atorgant --el tute-- abans de la seva defunció

Sentència Tribunal Suprem, sala primera, núm. 128/2010, de 23 de març (ponent: Encarnación Roca Trías) JU0003778470

Les sentències d'instància van estimar parcialment la demanda i van declarar la nul·litat del testament impugnat i dels actes del testador per als quals conferia a la demanda la condició de cotitular i/o autoritzada en diversos comptes corrents i fons financers. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació i anul·la en part la sentència recorreguda, desestimant la demanda pel que fa a la declaració de nul·litat del testament atorgat. Nul·litat de diversos actes de disposició entre vius relatius a comptes corrents i fons financers. Aquests actes perjudicaven l'incapaç mateix, en nom del qual el tutor està legitimat per actuar.

RETRACTE ARRENDATICI

Retracte arrendatici d'habitatge i traster en no existir una transmissió de l'immoble com un tot, sinó un conjunt de finques agrupades, en una sola escriptura i amb un únic preu

Sentència Tribunal Suprem, sala primera, núm. 125/2010, de 24 de març (ponent: Román García Varela) JU0003761394

El jutjat de primera instància va desestimar la demanda de retracte arrendatici exercitada sobre un habitatge i un traster. L'AP Màlaga va revocar la sentència anterior i va estimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposats no són procedents. El dret de retracte s'ha de considerar aplicable no només en els casos en què es vengui un únic pis o planta destinats a habitatge o local de negoci, sinó també en aquells altres en què el propietari en procedeixi a l'agrupació de dos o més i en realitzi la venda conjunta per un únic preu, ja que, en cas contrari, quedaria a mercè de confabulacions ideades pels propietaris i els tercers que adquireixen els béns arrendats, de manera que els propòsits perseguits pel legislador es veurien frustrats.

LLETRA DE CANVI

Doctrina jurisprudencial sobre els efectes de la falta de menció del prenedor a la lletra de canvi

Sentència Tribunal Suprem, sala primera, núm. 223/2010, de 14 d'abril (ponent: Juan Antonio Xiol Ríos) JU0003830064

El jutjat de primera instància va estimar la demanda de nul·litat d'actuacions de procediment de l'art. 131 LH. L'AP Madrid va revocar la sentència anterior i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que el recurs de cassació és procedent, anul·la la sentència d'apel·lació i confirma la de primera instància. La doctrina jurisprudencial determina



que la lletra de canvi és incompleta perquè li falta un element essencial, i no té valor de canvi quan en el venciment no hi consta la menció del prenedor, tot i que la lletra no estigui en poder del lliurador, no hagi passat a tercers aliens al negoci causal o el lliurador hagi firmat al dors de la lletra com a primer endossant, sempre que no s'expressi que s'ha girat a la pròpia ordre.

COMPRAVENDA D'IMMOBLE

Nul·litat de la venda de béns dels fills menors d'edat realitzada pel pare sense autorització judicial i sense ratificació de l'acte pels fills un cop assolida la majoria d'edat

Sentència Tribunal Suprem, sala primera, núm. 225/2010, de 22 d'abril (ponent: Encarnación Roca Trías) JU0003822566

El jutjat de primera instància va estimar en part la demanda i la reconvençió, i va declarar la nul·litat de la renúncia efectuada pel pare demandat respecte del patrimoni de guanys que posseïa amb la seva muller difunta, la nul·litat de l'aprovació i adjudicació de l'herència de la muller, la titularitat dels fills demandants sobre una quota del pis litigiós que els correspon per l'herència de la seva mare i la validesa del contracte de compravenda de l'esmentat pis formalitzat pel pare. L'AP Madrid va revocar la sentència anterior, va desestimar la demanda, va estimar la reconvençió i va declarar la nul·litat de la renúncia realitzada pel pare respecte de la seva part del patrimoni de guanys, la nul·litat de la liquidació de la societat de guanys i de l'escriptura d'aprovació i protocol·lització de l'herència de la difunta, i la vigència del contracte privat de compravenda del pis. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació presentat pels demandants, anul·la la sentència recorreguda i en el seu lloc declara la nul·litat del contracte de compravenda i condemna a retornar als demandants la finca reivindicada, amb la qual cosa desestima la reconvençió.

ARRENDAMENTS RÚSTICS

Resolució del contracte per la declaració dels terrenys rústics arrendats com a sòl urbà

Sentència Tribunal Suprem, sala primera, núm. 248/2010, de 26 d'abril (ponent: José Antonio Seijas Quintana) JU0003805036

El jutjat de primera instància va desestimar la demanda d'extinció de contracte d'arrendament rústic. L'AP Toledo va revocar la sentència anterior i va estimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que el recurs de cassació no és procedent. A la sentència ferma que acordava l'accés de l'arrendatari a la propietat, però abans d'haver-se fixat el preu que havia de satisfer per fer efectiu el dret, es va declarar que els terrenys litigiosos passaven a tenir la consideració de sòl urbà.

REVOCACIÓ DE DONACIÓ

Acció de revocació de donació per ingratitud en haver format, la filla donatària, un escrit d'acusació

particular contra la mare donant en el procés penal seguit per la mort del marit i pare

Sentència Tribunal Suprem, sala primera, núm. 261/2010, de 13 de maig (ponent: Encarnación Roca Trías) JU0003822564

El jutjat de primera instància va estimar íntegrament la demanda de nul·litat del contracte de cessió de béns a canvi d'aliments i de la revocació de donació per ingratitud. L'AP Burgos va revocar la sentència anterior i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació. Interpretació del terme «imputare» contingut a l'art. 648.2. CC. Declarada la nul·litat de l'acusació formulada per la filla per falta de legitimitat, no es pot entendre que s'hagi produït una imputació de delictes. L'expressió «imputare» significa només persecució judicial per mitjà d'una acció de què sigui titular la persona donatària, i com que la filla no podia exercir l'acció penal contra la donant per falta de legitimitat, mal li podia imputar un delictes.

ACCIÓ RESCISSÒRIA

Acció rescissòria de diversos negocis jurídics referits a una finca objecte d'un procés anterior

Sentència Tribunal Suprem, sala primera, núm. 293/2010, de 24 de maig (ponent: Encarnación Roca Trías) JU0003837386

Les sentències d'instància van desestimar l'acció rescissòria de diversos negocis jurídics referits a una finca objecte d'un procés anterior. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació. A les actuacions no es donen els requisits que han de concórrer per a l'èxit de l'acció, ja que la finca litigiosa està a mans de tercers la mala fe dels quals no s'ha provat i no s'ha produït cap perjudici al demandant amb la transmissió de la finca a les successives societats adquirents, ja que en el primer plet no es va admetre el dret reclamat pel demandant en relació amb l'esmentada finca.

SUCCESSIÓ HEREDITÀRIA

Inaplicació de la «cautela Socini». L'hereu no va impugnar les disposicions testamentàries favorables a la seva mare per inoficiositat, sinó per no respectar l'administració unitària dels béns hereditaris

Sentència Tribunal Suprem, sala primera, núm. 339/2010, de 27 de maig (ponent: Antonio Salas Carceller) JU0003837398

Les sentències d'instància van desestimar tant la demanda, en què es demanava l'establiment d'una administració imparcial dels béns de l'herència i la reducció de la quota legal usufructuària de la muller del testador per haver incomplert les obligacions testamentàries, com la reconvençió, en què se sol·licitava que els drets del demandant quedessin reduïts estrictament a la legítima, amb l'obligació de col·lacionar tots els béns rebuts a títol gratuït del testador. El Tribunal Suprem declara que el recurs de cassació no és procedent.

PRETERICIÓ

Preterició errònia d'una legitimària, de la qual es va declarar la filiació extramatrimonial respecte del causant després que aquest va atorgar testament: efectes

Sentència Tribunal Suprem, sala primera, núm. 325/2010, de 31 de maig (ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) JU0003846004

Les sentències d'instància van estimar la demanda i van declarar que l'actora havia estat preterida no intenciona-

dament en el testament del seu pare, van anul·lar la institució d'hereu, i es va tornar a obrir la successió del difunt, i, a més, van declarar la nul·litat de la partició. El Tribunal Suprem declara que el recurs de cassació no és procedent. Nul·litat de la partició d'herència per preterició d'un cohereu i per la intervenció d'una aparent legatària de part alíquota. La interpretació del testament s'ha de referir al temps del seu atorgament i no al temps de la mort del testador. Anul·lació de la institució d'hereu i obertura de la successió intestada. Les filles del causant rebran l'herència per parts iguals.

Ressenya de les principals sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

Publicades el primer trimestre de 2010

per Victor Esquirol. Notari de El Masnou

DONACIONS MORTIS CAUSA

1) Les donacions mortis causa es diferencien fonamentalment de les inter vivos en què a les primeres el donant es reserva la facultat de revocar-les. 2) No es pot deduir la quarta falcídia si el causant no ha ordenat llegats al seu testament

Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya núm. 2/2010, de 7 de gener (ponent: Carlos Ramos Rubio).

Resum: En una successió oberta el 2004, es planteja si una donació en què es transmetia una finca actual amb el caràcter d'irrevocable i *inter vivos*, però en què el donant es reservava la facultat de disposar de la finca per a actes *inter vivos* a títol onerós, és una donació *inter vivos* o *mortis causa* i, en el cas de ser qualificada com a *mortis causa*, si es pot reduir per la quarta falcídia.

1) El TSJC la qualifica com a *mortis causa*, basant-se en el fet que per qualificar en el dret català una donació com a *mortis causa*, no és determinant si se n'han diferit o suspès els efectes a favor del donatari a la mort del donant, ja que s'admet que es puguin transmetre en el present els béns donats (art. 395.2 CS), sinó que el fet diferencial és que el donant es reservi la facultat de revocar-la.

2) Si el causant no ha gravat l'hereu amb llegats, sinó que únicament ha atorgat donacions *mortis causa*, el TSJC considera que les donacions *mortis causa* no es poden reduir per la quarta falcídia, basant-se en:

a) La tradició jurídica catalana, que va rebre la quarta falcídia principalment del dret justinianeu, reticent a l'esmentada

institució, i que va portar al preàmbul del CS a afirmar que l'única finalitat de la quarta falcídia era evitar que la institució d'hereu quedés reduïda al simple *nomen iuris*.

b) Les donacions *mortis causa* no afecten directament la institució d'hereu (art. 395 CS), a diferència dels llegats, que la graven en cas que el testador no ho hagi disposat expressament (art. 260.1 CS), la qual cosa justifica una limitació legal a la facultat de llegar.

c) És el criteri que segueix actualment el llibre quart del CCCat, que configura la quarta falcídia com una "quota hereditària mínima" i a l'art. 427-42 exclou expressament com a reductibles les donacions *mortis causa*.

Comentari: Hi ha dues qüestions que, a primera vista, sorprenen en aquesta sentència: la primera, l'equiparació de la "donació amb reserva de la facultat de disposar" a la "donació amb reserva de la facultat de revocació", a l'efecte de considerar-la com a donació per causa de mort; la segona, l'exigència de l'existència de llegats perquè les donacions per causa de mort siguin reductibles per la quarta falcídia.

1) La consideració de la donació amb reserva de la facultat de disposar com a donació per causa de mort xoca amb l'art. 531-20 CCCat, que forma part del llibre dedicat als drets reals i no del llibre que regula les successions. Per tant, com diu el TSJC, per qualificar la veritable naturalesa jurídica de la donació hem de recórrer al criteri essencial que diferencia els dos tipus de donació, criteri que el tribunal estableix en la revocabilitat de les donacions *mortis causa*, a diferència del caràcter irrevocable només per la voluntat del donant, característic de les donacions *inter vivos*. I d'aquesta manera, tot i que el donant

declara que la donació és irrevocable i *inter vivos*, el fet que s'hagi reservat la facultat de disposar a títol onerós del bé donat implica que en realitat sí que és revocable, encara que sigui de forma tàcita. Aquesta facultat de revocació tàcita, tot i que el TSJC no ho diu ni la qualifica com a tal, entenem que es pot acollir al règim legal català actual de les donacions per causa de mort gràcies a l'art. 432-5, b) CCCat, en què s'estableix que les donacions per causa de mort queden sense efecte si el donant aliena els béns donats (en el mateix sentit, l'art. 396 CS).

Ara bé, en la meua opinió, la diferència essencial entre les donacions *inter vivos* i *mortis causa* no és la revocabilitat de les segones. Aquesta diferència, encara que important, és en realitat la conseqüència d'una altra que és de caràcter subjectiu: la voluntat del testador d'atorgar la donació *mortis causa* en consideració a la seva mort. Així resulta de la tradició jurídica catalana i, tot i que el CS no ho va recollir adequadament perquè no els definia, a l'art. 432-1.1 CCCat s'estableix que "són donacions per causa de mort les disposicions de béns que el donant, en consideració a la seva mort, atorga en forma de donació acceptada pel donatari en vida, sense que el donant quedi vinculat personalment per la donació". Per tant, el fet determinant és que el donant faci la donació en consideració a la seva mort com una forma de planificació successòria.

D'aquesta manera, la donació amb reserva de la facultat de disposar de l'art. 531-20 CCCat, tot i que està regulada al

llibre cinquè (relatiu als drets reals) i no al llibre quart (relatiu a les successions), té la naturalesa de donació *mortis causa* si el donant ho ha fet en consideració a la seva mort. Així resulta també de l'art. 432-5, b), el qual declara la ineficàcia de la donació per causa de mort si el donant aliena els béns donats.

Ara queda esbrinar si en el cas que ens ocupa el donant tenia aquesta voluntat. Desgraciadament, la sentència no ens ofereix el text complet i literal de la clàusula dispositiva, però sí que cita que el donant havia expressat que atorgava amb el caràcter d'irrevocable i *inter vivos* i que només s'havia reservat la facultat de disposar a títol onerós. Aquestes precisions són suficients, en la meua opinió, per entendre que faltava l'element subjectiu inherent a les donacions per causa de mort, i per qualificar la donació efectuada com a *inter vivos*.

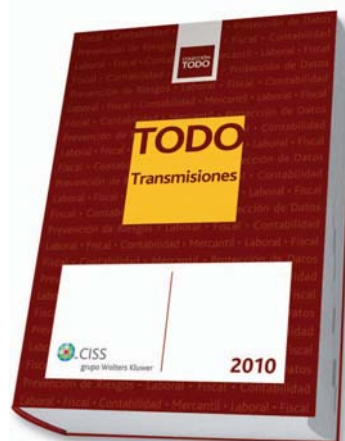
2) La segona qüestió és la relativa a si les donacions *mortis causa* són reductibles per quarta falcídia encara que el causant no hagi ordenat llegats al testament. El criteri del TSJC de negar la reducció xoca amb el que disposa l'art. 278.3 CS que, a efectes de la reducció per la quarta falcídia, equipara les donacions *mortis causa* als llegats. Davant de la claredat de la norma legal, no em sembla que es pugui mantenir la doctrina jurisprudencial, ni tan sols emparant-se a la norma de l'art. 427-42 *in fine* CCCat, que no és aplicable en el cas que ens ocupa d'acord amb la DT 1ª de la Llei 10/2008.



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



Pàgines: 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.

Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat contra qualificacions de la propietat i mercantils

Publicades el primer semestre de 2010

Per Fernando Agustín Bonaga. Notari de Calatayud

1. ANOTACIÓ PREVENTIVA D'EMBARGAMENT

Resolució de 27 d'abril de 2010 (BOE 150, de 21 de juny de 2010: 9827)

Admet la pròrroga d'una anotació preventiva d'embargament que va caducar en un dia inhàbil i respecte de la qual es va presentar el manament de pròrroga el següent dia hàbil. No s'aplica la regla de l'art. 5 del Codi civil, sinó que el còmput dels terminis establerts pel Reglament hipotecari té la seva pròpia regulació a l'art. 109; en particular, els fixats per mesos o anys es computen de data en data i si l'últim dia és inhàbil, es prorroguen fins al primer dia hàbil següent.

Resolució de 22 d'abril de 2010 (BOE 153, de 24 de juny de 2010: 10032)

Denega la pròrroga d'una anotació preventiva d'embargament, perquè es va presentar el manament un cop transcorregut el termini de vigència de l'anotació de 4 anys (art. 86 LH). Res no canvia el fet que el manament s'hagués presentat dins del termini, però per error, en un registre incompetent; sense perjudici que, en concórrer raons d'urgència, es podria haver demanat al registre del lloc d'atorgament que sol·licités l'assentament de presentació al registre competent mitjançant la remissió de fotocòpia (art. 418-a RH).

Resolució d'11 de març de 2010 (BOE 99, de 24 d'abril de 2010: 6515)

Denega la cancel·lació d'una anotació preventiva d'embargament a favor de l'Agència Tributària per caducitat, havent passat 6 mesos des de la pròrroga de l'embarga-

ment (art. 81 LGT), que aporta un certificat de l'Agència que acredita que està al corrent de les seves obligacions tributàries, però només a efectes d'obtenir una subvenció pública.

El termini de l'art. 81 es refereix a la durada de l'embargament com a mesura cautelar, però no a la durada de la seva anotació preventiva, al qual s'aplica el termini general de 4 anys de durada de les anotacions (art. 86 LH). És a dir, que el termini de 6 mesos és per ordenar la conversió de l'embargament preventiu en definitiu, i el de 4 anys per presentar el manament al registre. A més la certificació, expedida només a efectes d'obtenir una subvenció, no acredita el pagament de la quantitat concreta, la reclamació de la qual va motivar l'anotació.

Resolució de 5 de novembre de 2009 (BOE 7, de 8 de gener de 2010: 340)

Després d'haver caducat l'assentament de presentació d'un manament d'embargament, el registrador despatxa una escriptura posterior en la qual el deutor ven a un tercer. Després d'haver-se tornat a presentar el manament judicial d'embargament, la Direcció en denega l'anotació perquè el procediment apareix entaulat contra una persona, el deutor, diferent del titular registral (principi de tracte successiu). Encara que en el moment d'adoptar-se la resolució judicial la finca encara pertanyés al deutor, s'ha deixat caducar l'assentament, per la qual cosa escau despatxar els títols posteriors que tanquen el registre als títols incompatibles presentats després (principi de prioritat).



2. ARRENDAMENT

Resolució de 5 d'abril de 2010 (BOE 126, de 24 de maig de 2010: 8287)

Es refereix a l'escriptura de compravenda, atorgada el 18 de juny de 2009, d'una finca rústica al foli registral de la qual consta un arrendament per nota marginal de 9 de setembre de 1935 (vigent segons la LAR-1935). Els atorgants de l'escriptura manifesten la llibertat d'arrendaments. La Direcció admet la inscripció de la compravenda sense necessitat de cancel·lar o aclarir la subsistència de l'arrendament, per aquestes raons:

- De la qualificació impugnada només resulta la constància de l'arrendament mitjançant la nota al marge de la inscripció de domini de l'arrendador, que la LAR-1935 exigia al mer efecte de coordinació; però no consta la inscripció en si de l'arrendament (que s'hauria d'haver realitzat al llibre especial).
- La LAR-1935 no condicionava la inscripció de la transmissió a la notificació a l'arrendatari per garantir-li el dret d'adquisició preferent (introduït l'any 1980).
- Tot i que no en consta la durada, sens dubte l'arrendament ja no estava vigent en el moment d'atorgar-se l'escriptura qualificada, ja que a la Llei estatal 1/1992, d'arrendaments històrics, la màxima pròrroga possible no pot excedir del 2002 (i la llei valenciana sobre la mateixa matèria no resulta aplicable per falta de sol·licitud de reconeixement en el termini de 2 anys des que va entrar en vigor).

3. BÉNS PÚBLICS I DRETS DE L'ADMINISTRACIÓ

A) Concessions administratives

Resolució de 6 d'abril de 2010 (BOE 132, de 31 de maig de 2010: 8660)

Declara inscriptible, sense necessitat d'autorització administrativa, la venda a quatre compradors de sengles participacions indivises d'una finca de propietat privada, encara que accessòria a una concessió administrativa de ferrocarril de servei particular. Ni dels antecedents ni de la inscripció de la finca accessòria en resulta l'afectació a la concessió; tampoc consta cap nota marginal d'incorporació de tal finca accessòria a la inscripció d'aquesta. Ja des de la Reial ordre de 26 de febrer de 1867, aquest tipus de finques queden sotmeses al règim registral comú, per la qual cosa cal entendre que no formen part de l'obra pública, perquè no consta que es destini directament i exclusivament al seu servei o explotació.

Tampoc és cap obstacle que la determinació quantitativa de la quota concreta transmesa a tres dels quatre adquirents s'alteri posteriorment per acord entre la part venedora i cada un dels tres adquirents afectats, sense intervenció del quart. Es tracta de quatre vendes diferents i la participació que posseeix la venedora és molt superior a la que correspon a la societat que no compareix.

B) EXPROPIACIÓ

Resolució de 19 d'abril de 2010 (BOE 138, de 7 de juny de 2010: 9074)

Denega la inscripció d'una expropiació forçosa, perquè en el moment de presentar-la, la finca està inscrita a nom d'una persona que no ha intervingut en el procediment i que la va adquirir mitjançant una subhasta en execució de la hipoteca que gravava la finca.

Aquesta solució la imposa el dret constitucional a la tutela judicial efectiva i els principis registrals de legitimitat, tracte successiu, prioritat i protecció del tercer hipotecari.

4. CANCEL·LACIÓ D'ASSENTAMENTS

[Vegeu també: «tracte successiu»; i el subepígraf «cancel·lació» dins d'«hipoteques»]

Resolució de 3 de març de 2010 (BOE 82, de 5 d'abril de 2010: 5442)

Denega la cancel·lació de diversos assentaments sol·licitada mitjançant una instància acompanyada de fotocòpies de providències judicials, perquè només la documentació autèntica i pública pot accedir al registre. Però a més, hi ha altres obstacles:

- Es pretén cancel·lar una anotació d'embargament que va motivar una adjudicació inscrita, que al seu torn va servir de tracte a transmissions posteriors. L'anotació ja es va cancel·lar al seu moment per manament judicial; els altres assentaments subsisteixen però estan sota la salvaguarda dels tribunals, per la qual cosa només es poden rectificar per les vies de l'art. 40 LH.
- També es pretén la cancel·lació d'una anotació de demanda de l'incident de nul·litat d'actuacions en un procediment judicial. L'anotació no es pot cancel·lar perquè mai es va practicar, ja que al seu moment es va denegar per falta de notificació a titulars posteriors.

5. CONDICIÓ RESOLUTÒRIA

Resolució de 9 de març de 2010 (BOE 99, de 24 d'abril de 2010: 6513)

Al seu moment es va inscriure un dret de superfície subjecta a la condició resolutòria de construir un centre que hauria d'estar en funcionament en una data determinada, de manera que, un cop sobrepassada aquesta data, n'hi hagués prou, per fer constar la reversió a favor de l'Ajuntament cedent, amb una acta notarial que acredités que, després de quatre visites notarials, no hi hagués cap persona ni activitat al local. Posteriorment, es van inscriure una hipoteca i dos embargaments per deutes del superficiari.

La Direcció denega ara la reversió automàtica pretesa en virtut d'una acta notarial autoritzada en els termes previstos, atès que aquesta enèrgica forma d'autotutela s'ha d'examinar

amb tot tipus de cautela. En aquest supòsit no concorre cap dels mitjans aptes per a la constància registral del compliment o incompliment d'una condició (R. de 8 de maig de 1992): ni constància fefaent i incontestable de la realitat del fet en què consisteix; ni consentiment dels titulars registrals afectats, ni resolució judicial. Per a la pràctica de la reversió seria necessari, com a mínim, el coneixement de tots els titulars registrals afectats, perquè s'hi poguessin oposar, o resolució judicial (art. 40 LH).

Resolució de 8 de març de 2010 (BOE 99, de 24 d'abril de 2010: 6512)

Al seu moment es va transmetre un habitatge a canvi d'una pensió, i es va establir una condició resolutòria en cas d'impagament de tres mensualitats. La condició causaria estat al Registre de la propietat amb la mera presentació del títol i acta notarial de requeriment de pagament al deutor sense que aquest justificqués documentalment el pagament reclamat en el termini de dotze dies.

Ara el registrador denega la resolució mitjançant una acta de requeriment en els termes pactats, però no es va entendre amb el requerit, sinó amb qui diu ser la seva muller. No obstant això, la Direcció aplica l'art. 202 RN i entén que, perquè una acta de requeriment tingui tots els seus efectes no és imprescindible que s'entengui directament amb el requerit. No entra en altres qüestions no suscidades, com ara la falta d'advertència a la receptora de la cèdula de la seva obligació de fer-la arribar al destinatari.

6. DIPÒSIT DE COMPTES I TANCAMENT REGISTRAL

Resolució d'1 de març de 2010 (BOE 82, de 5 d'abril de 2010: 5440)

Denega la inscripció d'una escriptura de cessament i nomenament d'administrador d'una societat limitada, la qual té el seu full registral mercantil tancat per falta de dipòsit de comptes, i a més ha estat baixa provisional a l'Índex d'Entitats de l'Agència Tributària.

Ambdós tipus de tancament registral tenen diferent abast. El degut a la falta de dipòsit de comptes té com a excepció el cessament d'administrador (però no el nomenament d'un de nou). Tanmateix, les úniques excepcions al tancament per baixa provisional a l'Índex d'Hisenda són: la certificació d'alta en aquest Índex; i els assentaments ordenats judicialment; però no el nomenament d'administradors, ni el seu cessament (perquè el tancament és precisament conseqüència de l'incompliment d'obligacions fiscals, de les quals pot respondre l'administrador).

Resolució de 8 de febrer de 2010 (BOE 82, de 5 d'abril de 2010: 5439)

Denega la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'acords socials d'una SL, per falta de dipòsit de comptes (en concret dels 3 últims anys, per remissió a la R. de 3 d'octubre de 2005). Atès que el tancament afecta els documents presen-

tats un cop transcorregut un any des de la fi de l'exercici, i atès que el títol qualificat es va presentar el desembre de 2008, els comptes el dipòsit dels quals és necessari per aixecar el tancament serien els de 2004, 2005 i 2006 (si la presentació s'hagués fet uns dies després, el gener de 2009, els comptes haguessin estat els de 2005, 2006 i 2007).

7. EMBARGAMENT I CONSTRENYIMENT

(Vegeu també «anotació preventiva» i «registre de béns mobles»)

Resolució de 2 de març de 2010 (BOE 82, de 5 d'abril de 2010: 5441)

Per poder estendre la nota marginal d'expedició de certificació de domini i càrregues en un procediment d'execució, és necessària la constància registral prèvia del dret de l'executant. Aquesta constància només pot tenir lloc mitjançant una anotació preventiva d'embargament o inscripció d'hipoteca (art. 143 RH; art. 659 i 674 Lec).

Per això, la Direcció denega la pràctica de la nota ordenada en un procediment d'execució d'una sentència de divisió de cosa comuna. És cert que l'absència de nota genera el perill que sorgeixi un tercer hipotecari abans de la presentació de la interlocutòria d'adjudicació [és el que va passar a la R. de 19 de febrer de 2009; infra.]. Però el que hagués estat procedent és haver demanat una anotació preventiva de demanda d'exercici d'acció de divisió.

8. EXCÉS/DISMINUCIÓ DE CABUDA

Resolució de 10 de març de 2010 (BOE 99, de 24 d'abril de 2010: 6514)

Immatriculada una finca contigua pel Nord amb séquia i al Sud amb una propietat privada i un braçal, d'acord amb la certificació cadastral descriptiva i gràfica totalment coincident, es denega ara el registre d'un excés de cabuda justificat mitjançant una certificació tècnica on es descriuen el que abans eren les parts séquia i braçal, com a part integrant de la finca.

La certificació tècnica no és un mitjà incontestable per fer constar un excés de cabuda, sinó que també cal que el registrador no tingui dubtes sobre la identitat de la finca (art. 298-3-5 RH), que en aquest cas estan justificats.

Resolució de 2 de febrer de 2010 (BOE 82, de 5 d'abril de 2010: 5437)

En relació amb una acta de presència i notorietat per inscriure un excés de cabuda, la Direcció resol el següent:

- Els dubtes del registrador sobre la identitat de la finca no estan justificats, ja que no procedeix de cap segregació (al contrari, és una resta després de restar la superfície objecte de dues segregacions per ampliar els carrers contigus); a més, l'excés apareix en la certificació cadastral descriptiva i gràfica.



- Atès que la finca afronta dues vies públiques, s'hauria d'haver notificat l'acta a l'Ajuntament de Madrid, ja que l'art. 38 de la Llei del patrimoni de les administracions públiques així ho exigeix quan es tracta d'inscriure excessos de cabuda de finques contigües amb les de l'Administració.

9. HIPOTECA

A) Canviària

Resolució de 12 de febrer de 2010 (BOE 99, de 24 d'abril de 2010: 6510)

Declara inscriptible una cancel·lació d'hipoteca canviària, en la qual no s'acredita la inutilització de les lletres (com, en general, exigeix l'art. 156 LH), però es fa constar l'exhibició al notari del certificat previst a l'art. 45 Llei canviària (quan la portadora de la lletra sigui una entitat de crèdit, pot lliurar al lliurat que pagui, en lloc de la lletra original, un document acreditatiu del pagament on s'identifiqui suficientment la lletra, que «té ple valor alliberador per al lliurat davant de qualsevol creditor canviari»). Confirma la doctrina de la resolució de 31 de maig de 2003.

B) Cancel·lació

Resolució de 15 de febrer de 2010 (BOE 120, de 17 de maig de 2010: 7922)

Denega la cancel·lació de dues hipoteques en garantia d'obligacions al portador, pretesa en virtut de l'art. 82-5 LH, perquè a l'escriptura de constitució, de dia 5 de novembre de 1987, es va estipular com a data de compliment el 5 de novembre de 1988, però establint que, en cas que arribés tal dia sense haver-se produït cap pagament ni reclamació del tenidor, es prorrogaria el termini fins a un màxim de 10 anys. Per tant, el termini de 20 anys (més l'any següent sense constància registral en contra) per a la prescripció de l'acció hipotecària s'ha de comptar des del 5 de novembre de 1998.

Resolució de 23 de març de 2010 (BOE 114, de 10 de maig de 2010: 7481)

Van accedir al registre, successivament: una cessió de finca amb condició resolutòria; una constitució d'hipoteca pel cessionari en garantia d'un deute seu; la resolució de la cessió i la recuperació del bé pels cedents (però sense cancel·lació de la hipoteca; qüestió sobre la qual la Direcció no entra perquè es tracta d'un assentament ja practicat), i l'embargament del crèdit hipotecari per deutes del creditor amb l'Agència Tributària.

Ara la Direcció denega la inscripció d'una escriptura de cancel·lació d'hipoteca en què només consta el consentiment del creditor hipotecari, però sense conferir cap carta de pagament del deute garantit. La cancel·lació de la hipoteca comportaria la cancel·lació de l'anotació d'embargament, i per això requereix el consentiment exprés de l'Agència Tributària, o una resolució judicial ferma. A més, en aquest cas, com que el creditor no ha cobrat res, l'embargament afectat ni tan sols pot comptar amb el dipòsit de cap quantitat.

Resolució de 17 de febrer de 2010 (BOE 99, de 24 d'abril de 2010: 6511)

Aplica els art. 688-2 Lec i 131 final LH: si consta al registre la nota marginal d'expedició de certificació de càrregues en procediment d'execució, mentre no es cancel·li per manament judicial, el registrador no pot cancel·lar la hipoteca per causes diferents de l'execució mateixa. Així, denega la cancel·lació d'hipoteca en garantia de lletres de canvi, pretesa en virtut de l'acta d'exhibició d'aquestes, que n'acredita el pagament, perquè en el seu moment es va emetre l'esmentada nota marginal.

No és procedent equiparar aquesta nota amb l'anotació preventiva d'embargament i aplicar el termini de caducitat de quatre anys propi d'aquesta.

De cara a la possible cancel·lació per caducitat ex art. 82 paràgraf cinquè LH: la nota marginal interromp la prescripció de l'acció hipotecària (R. de 8 de març de 2005), però procedeix reiniciar el còmput dels terminis d'aquest paràgraf des de la data en què es va estendre la nota (R. de 4 de juny de 2005).

C) Novació

Resolució de 6 de maig de 2010 (BOE 150, de 21 de juny de 2010: 9829)

Declara inscriptible una escriptura de pròrroga del termini d'un préstec hipotecari atorgada després d'haver vençut el termini inicial (tot i que la Direcció no ho considera transcendent, en aquest cas fins i tot hi ha un document privat de data no fefaent anterior al venciment on les parts acorden la pròrroga). La pròrroga del termini no suposa la constitució d'una nova obligació i no exigeix constituir una nova hipoteca. El caràcter extintiu de la novació no es pressuposa, llevat que existeixi una declaració terminant de les parts, o que l'obligació resultant de la modificació sigui incompatible amb l'antiga (art. 1204 CC), cosa que aquí no es produeix, ja que l'alteració del termini es pacta precisament per facilitar el compliment de l'obligació inicial. El venciment del termini no té com a efecte l'extinció de l'obligació, sinó l'efectivitat de la hipoteca en cas d'incompliment. L'art. 144 LH admet la possibilitat de modificacions de l'obligació hipotecària (entre elles l'espera), que no tenen efectes contra tercers si no es fan constar al registre. A més, l'ampliació del termini del préstec és un supòsit de novació modificativa per a l'art. 4 de la Llei 2/1994.

D'altra banda, la Direcció recorda que les Lleis 24/2001 i 24/2005 han introduït al procediment registral les garanties pròpies del procediment administratiu reglat, la qual cosa implica que les qualificacions han de ser escrites, no poden ser successives ni es poden traslladar a un moment posterior (a la qualificació del supòsit, el registrador diu que quan s'esmeni el defecte a què es refereix el paràgraf anterior, comunicarà altres defectes), s'han d'estructurar com un acte administratiu (expressant ordenadament fets i fonaments de dret; amb peu de recurs), i si són negatives s'han d'argumentar.

Resolució de 24 de novembre de 2009 (BOE 7, de 8 de gener de 2010: 352)

Declara inscriptible una escriptura de pròrroga del termini d'un préstec hipotecari atorgada després d'haver vençut el termini inicial, sense que això suposi la constitució d'una nova obligació i una nova hipoteca (atès el caràcter accessori d'aquesta). El caràcter extintiu de la novació no es pressuposa, llevat que existeixi una declaració terminant de les parts, o que l'obligació resultant de la modificació sigui incompatible amb l'antiga (art. 1204 CC), cosa que aquí no es produeix, ja que l'alteració del termini es pacta precisament per facilitar el compliment de l'obligació inicial. El venciment del termini no té com a efecte l'extinció de l'obligació, sinó l'efectivitat de la hipoteca en cas d'incompliment.

D) Unilateral

Resolució de 4 de març de 2010 (BOE 82, de 5 d'abril de 2010: 5443)

Primer es va inscriure una hipoteca unilateral l'acceptació de la qual va quedar pendent; dos anys després es va estendre una nota marginal d'expedició de certificació de càrregues en procediment d'execució de l'esmentada hipoteca; i dos anys després es presenta una escriptura en què la part hipotecant sol·licita la cancel·lació de la hipoteca (aportant l'acta que acredita la pràctica de la notificació al creditor i el transcurs del termini de 2 mesos, en la forma prevista a l'art. 141 LH).

La Direcció denega la cancel·lació. La hipoteca unilateral, un cop inscrita, existeix i recull tots els elements requerits per constituir-la, sense perjudici dels efectes d'una possible no-acceptació, de manera que la inscripció crea un dret potestatiu per al creditor i una oferta vinculant per al constituent (R. de 16 de maig de 2005). A més, en aquest cas, atès que al registre consta l'expedició de la certificació de càrregues en procediment executiu, el registrador no pot cancel·lar la hipoteca per causes diferents de l'execució mateixa (art. 688-2 Lec).

10. IMMATRICULACIÓ

A) Per títol públic adquisitiu

Resolució de 16 de novembre de 2009 (BOE 7, de 8 de gener de 2010: 347)

Es pretén una immatriculació per la via de l'art. 205 LH: com a document fefaent anterior, s'aporten unes capitulacions matrimonials amb pacte de separació de béns i liquidació de guanys (en què la finca s'adjudica per meitats indivises als cònjuges); i com a títol immatriculable, una escriptura d'aportació a la nova societat de guanys que ambdós han creat entremig (8 dies després d'haver dissolt els primers guanys).

Les simples sospites del registrador sobre la realitat del negoci jurídic no són suficients per suspendre la inscripció, però en aquest cas la Direcció considera que estem davant de transmissions instrumentals, títols aparents atorgats per aconseguir

la immatriculació, ja que la situació al final del procés immatriculador és la mateixa que hi havia en el moment d'iniciar-lo.

Cita als vistos la R. de 21 de maig de 2007 (BOE 15 de juny de 2007) i es remet expressament a la R. d'11 de març de 2006 (BOE 92, de 18 d'abril de 2006: 6913).

B) Per títol judicial

Resolució de 8 d'abril de 2010 (BOE 126, de 24 de maig de 2010: 8288)

Denega la immatriculació d'una finca per expedient de domini, perquè la interlocutòria no concreta la participació indivisa en què adquireix cada copropietari, ni el caràcter de guanys, privatiu o presumptament de guanys amb què va adquirir el copropietari casat, i sense que aquests punts es puguin deduir perquè de la interlocutòria no resulta quin va ser el títol d'adquisició. Tots aquests punts entren, sens dubte, en l'àmbit de la qualificació registral dels documents judicials.

Resolució de 10 de novembre de 2009 (BOE 7, de 8 de gener de 2010: 343)

Declara inscriptible una sentència recaiguda en judici declaratiu ordinari, que ordena cancel·lar una inscripció immatriculadora prèvia, i procedir a la inscripció a favor de l'actor. No escau exigir els requisits de les immatriculacions perquè en inscriure's la sentència no queda desimmatriculada la finca, sinó que formalment estarem davant d'una inscripció segona.

Però encara que hi hagués immatriculació, l'obtinguda mitjançant procediment declaratiu ordinari no precisa de les garanties que els art. 205 LH i 298 RH exigeixen per als títols notariais (doble títol públic, publicació d'edictes i suspensió dels efectes de la inscripció durant 2 anys). Tampoc calen aquestes garanties a les immatriculacions per expedients de domini, o certificacions i reparcel·lacions administratives. El que sí que s'exigeix en qualsevol immatriculació és la certificació cadastral descriptiva i gràfica de la Llei 13/1996.

C) Llegats

Resolució de 18 de gener de 2010 (BOE 58, de 8 de març de 2010: 3802)

El testament del causant, a més d'instituir hereva, ordenava dos llegats: el d'uns immobles a una fundació «en constitució»; i el de fons d'inversió «a favor de l'Església Catòlica». A l'escriptura d'acceptació i partició d'herència, sobre la qualificació de la qual es discuteix, l'hereva va al·legar que la fundació no es va arribar a constituir i, per tant, el llegat ordenat al seu favor va quedar nul perquè s'atribuïa a una persona inexistent; a continuació va acordar amb el representant de l'Arxidiòcesi de Burgos transformar el llegat de fons pel llegat de quatre finques de les llegades inicialment a la fundació.

La Direcció no descarta que efectivament el llegat a la fundació hagi quedat ineficaz (la voluntat del testador és la Llei de la successió; i el testador ni va constituir la fundació en vida, ni ha expressat una voluntat constitutiva que inclogui elements essencials, com ara els fins fundacionals); tanmateix, fins i tot



quan no hi ha marmessor i és competència de l'hereu interpretar i executar el testament, no pot declarar ineficax per si mateix una disposició com aquesta, sinó que cal una resolució judicial. Pel que fa a la modificació de l'objecte de llegat a l'Església, fins que no es declari judicialment la ineficàcia del llegat a la fundació, l'hereva no pot disposar dels béns llegats a aquesta.

11. MITJANS DE PAGAMENT

Resolució de 12 de novembre de 2009 (BOE 7, de 8 de gener de 2010: 345)

Resolució de 5 de març de 2010 (BOE 82, de 5 d'abril de 2010: 5444)

Ambdues resolucions reiteren la doctrina general de la Direcció sobre interpretació dels art. 24 LN (redactat per la Llei 36/2006, de 29 de novembre) i 177 RN (la redacció del qual pel RD 1804/2008, de 3 de novembre, encara és més rigorosa), en matèria d'acreditació dels mitjans de pagament als actes sobre immobles.

- Els compareixents han de manifestar a l'escriptura els imports en metàl·lic, ja siguin anteriors o coetanis.
- En cas de pagament per transferència o domiciliació, ja sigui anterior o coetania a l'escriptura, els compareixents hi han de manifestar els codis dels comptes de càrrec i abonament.
- En cas de pagament per xec o un altre instrument de gir:

Si és simultani a l'escriptura, el notari ha d'incorporar-ne el testimoni; a més, si és un xec bancari o similar, el compareixent ha de manifestar el codi del compte contra la qual s'aporten els fons.

Si és anterior a l'escriptura, els compareixents, a més de les dades exigides per l'art. 24 LN [quantia i classe de cada mitjà de pagament; si s'escau, si és nominatiu o al portador], han de manifestar la numeració i el codi de compte de càrrec; i en cas de xec bancari o similar, el codi del compte amb càrrec al qual s'aporten els fons.

- Si els compareixents es neguen a aportar algun dels documents o dades anteriors, el notari ho ha de fer constar a l'escriptura, que no podrà quedar inscrita al Registre de la propietat (art. 254-3 RH).
- La forma i correcció de la constància notarial dels mitjans de pagament queda sota la competència registral (sense que es pugui al·legar: ni l'analogia amb el judici notarial de suficiència de facultats representatives; ni la interpretació literal de l'art. 254-3, que sembla limitar la qualificació registral a l'únic cas de negativa dels compareixents a identificar els mitjans de pagament).
- L'art. 177 RN no té per objecte regular la forma dels pagaments, sinó la forma de la seva constància als instruments públics, per tant, les successives redaccions que se li do-

nin són aplicables als documents atorgats durant els seus respectius períodes de vigència, encara que els pagaments haguessin estat anteriors.

- Les normes vigents no exigeixen la constància de la persona a favor de la qual es lliura l'instrument de gir quan aquest sigui nominatiu, per això resulta admissible a efectes registrals (sense perjudici de les normes fiscals i sobre blanqueig de capitals), que un instrument de cobrament integrant del preu pugui estar lliurat a nom de qui no sigui el creditor.

A més i en particular:

La R. de 12 de novembre de 2009 (BOE 7, de 8 de gener de 2010: 345) afirma que el règim sobre l'obligació d'acreditar els mitjans de pagament es refereix a pagaments anteriors o coetanis a l'atorgament de l'escriptura, però no a pagaments ajornats (sense perjudici del deure de fer constar la forma en què s'ha convingut el pagament ex art. 10 LH). Confirma la R. de 9 de juliol de 2009 (BOE 213, de 3 de setembre de 2009: 14198).

La R. de 5 de març de 2010 (BOE 82, de 5 d'abril de 2010: 5444) no considera acreditats els mitjans de pagament per la mera remissió a un document adjunt, del qual resulta que els imports es van ingressar a compte en cada data, però sense precisar si en metàl·lic, o per xec, transferència o domiciliació.

12. MENCIONS

Resolucions d'1 de febrer de 2010 (BOE 82, de 5 d'abril de 2010: 5436)

Se sol·licita per instància la cancel·lació d'una expressió continguda a la inscripció d'una finca, relativa a una disminució de cabuda com a conseqüència d'una expropiació. Aquesta expressió és una veritable menció, referida a un dret —el demani— que hauria de ser objecte d'inscripció separada i especial (supòsit similar al de la R. de 26 de juliol de 2007).

Com a menció que és, no hauria d'haver tingut accés al registre en el seu moment. Tanmateix, la Direcció en denega ara la cancel·lació, perquè posteriorment a la inscripció que conté la menció, es va immatricular la porció expropiada com a finca independent. Així, en cas que ara es cancel·lés la referència a la disminució de cabuda, s'estaria produint una doble immatriculació.

13. NÚMERO D'IDENTIFICACIÓ FISCAL I NÚMERO D'IDENTIFICACIÓ D'ESTRANGER

Resolució de 25 de març de 2010 (BOE 114, de 10 de maig de 2010: 7483)

* A l'efecte de complir l'obligació legal d'acreditació del NIF en actes de transcendència immobiliària i tributària (art. 23 LN i 254 LH), recapitula la normativa aplicable:

- En general, el NIF es pot acreditar mitjançant l'exhibició d'un document expedid per a aquest fi per l'administració

tributària; d'un document nacional d'identitat, o d'un document oficial d'assignació de número personal d'identificació d'estranger (art. 18-2 RD 1065/2007, de 27 de juliol).

- Per a les persones físiques estrangeres, el NIF és el número d'identitat d'estranger (art. 20-1 mateix RD). Tot estranger a qui se li hagi expedit l'autorització per romandre a Espanya més de 6 mesos ha d'obtenir la targeta d'identitat d'estranger (art. 4-2 LO 4/2000, d'11 de gener).
- Els ciutadans comunitaris residents a Espanya per més de 3 mesos s'han d'inscriure al registre Central d'Estrangers i obtenir un certificat de registre que incorpora el seu número d'identitat d'estranger (RD 240/2007, de 16 de febrer). El notari els ha d'identificar mitjançant el seu document d'identitat o passaport, documents que s'han de ressenyar convenientment a l'escriptura adjuntant-ne el NIF, quan sigui procedent [no obstant això, convé recordar que l'art. 23 c) LN exigeix que el document d'identitat tingui, a més de foto, firma; la qual cosa no es produeix al document romanès o el francès].
- El número d'identitat d'estranger està format per nou caràcters: lletra X, set números i una lletra de control (OMI de 7 de febrer 2007, modificada per l'Ordre INT/2058/2008, de 14 de juliol).

* En el supòsit resolt, la Direcció considera que el número de targeta de residència de l'atorgant (francesa) consignat a l'escriptura, és el seu número personal d'identificació d'estranger i, conseqüentment, el seu NIF. Remet a les dues resolucions de 3 de desembre de 2007 (BOE de 15 de gener de 2008: 684 i 685) sobre supòsits similars, mateixa notaria i mateix registrador.

Resolució de 5 de març de 2010 (BOE 82, de 5 d'abril de 2010: 5444)

Cal fer constar que el NIF de les dues societats administradores de la societat venedora, en representació de les quals compareixen els seus administradors mateixos com a persones físiques (els art. 254-2 LH i 156-5 RN exigeixen que s'indiquin els NIF dels compareixents i de les persones o entitats en representació de les quals actuen, i el fet que actuen representant a qui, al seu torn, representa l'entitat venedora, no suposa cap excepció).

14. OBRA NOVA

A) En general

Resolució de 15 de gener de 2010 (BOE 44, de 19 de febrer de 2010: 2712)

No es pot acreditar una llicència municipal d'obres mitjançant un ofici del regidor d'Urbanisme. Sí que seria possible que l'alcalde comunicés directament la llicència al notari. Però en general correspon al secretari de l'Ajuntament el control de l'acte administratiu, la qual cosa suposa no només donar fe de l'acte, sinó també de la seva validesa i vigència.

El fet que la superfície total construïda de l'obra que es declara superi la superfície computable urbanísticament no impedeix la inscripció, ja que hi ha superfícies construïdes que no es computen a aquest efecte, com per exemple les construïdes sota rasant. A més, la certificació de l'arquitecte expressa la conformitat de la construcció amb el projecte.

B) Llibre de l'edifici (i resta de requisits de l'art. 19 LS)

Resolució de 9 de gener de 2010 (BOE 44, de 19 de febrer de 2010: 2710)

Com a continuació de la successió de resolucions que últimament està establint doctrina de la Direcció en aquesta matèria, confirma i interpreta la prohibició d'autoritzar i inscriure declaracions d'obra nova acabada o actes de final d'obra sense l'acreditació documental dels punts exigits per l'art. 19-1 LS, que segons la resolució-circular de 26 de juliol de 2007, són l'assegurança decenal i el llibre de l'edifici, i el notari ha de fer constar a l'escriptura l'existència d'aquest i la disponibilitat del promotor per complir la seva obligació de lliurar un exemplar d'aquest llibre a cadascun dels usuaris de l'edifici.

La Direcció resol que no cal acreditar a la declaració d'obra requeriments dels quals no depèn l'adquisició de la propietat sobre el que s'ha edificat segons la legislació comuna i l'autònoma. Per tant, a la declaració d'obra no cal acreditar l'obtenció de la llicència d'ocupació. La Direcció entén constantment que la referència de l'art. 19-1 LS a l'acreditació documental de les autoritzacions administratives que prevegi la legislació d'ordenació territorial i urbanística, «només es pot entendre com a relativa a la llicència d'edificació».

A més, aquesta resolució afirma que l'art. 19 de la Llei del sòl de 2007 (així com les anteriors normes sobre aquesta matèria) no té per objecte regular els requeriments d'execució de les obres, sinó els de la seva documentació i inscripció. Per tant, les successives redaccions legals en la matèria són aplicables als documents atorgats durant la seva vigència, encara que les obres s'hagin executat en un moment anterior.

C) Obra antiga (art. 52 RD de 4 de juliol de 1997)

Resolució de 26 de març de 2010 (BOE 114, de 10 de maig de 2010: 7484)

Es refereix a una escriptura de declaració d'habitatge unifamiliar, la descripció i antiguitat del qual (superior a 15 anys) s'acrediten mitjançant un certificat de pèrit judicial immobiliari. La Direcció no considera que hi hagi defectes que impedeixin la inscripció: ni les diferències de cabuda entre el registre, el títol i el cadastre, però de manera que l'obra «cap» àmpliament a qualsevol de les tres cabudes (això sí, fins que la diferència no es justifiqui degudament, s'ha de mantenir la cabuda registrada); ni el fet que la certificació catastral inclogui un magatzem que no està recollit a la declaració d'obra (en aquest moment només interessa la ins-



cripció de l'habitatge); ni el fet que l'escriptura digui que la superfície de parcel·la ocupada per l'edificació és de 126,75 metres quadrats, mentre que el certificat tècnic al·ludeix a una «superfície ocupada» de 2.531 metres quadrats (aquesta segona dada és sens dubte una expressió defectuosa del tècnic, ja que aquesta xifra correspon a la cabuda total de la parcel·la, i, tanmateix, la resta del certificat confirma que la superfície ocupada en planta per l'edificació és de 126,75 metres quadrats).

Sí que hi ha defecte en la falta de certificat del col·legi oficial a què pertany el tècnic que fa el certificat, acreditatiu de les facultats d'aquest a efectes de l'art. 50 RD 1093/1997.

Resolució de 4 de desembre de 2009 (BOE 16, de 19 de gener de 2010: 857)

En una declaració d'obra referida a una edificació antiga, la descripció de l'edificació i la seva antiguitat poden acreditar-se amb el mateix mitjà, o amb mitjans diferents, sempre que no hi hagi cap dubte fundat que un i altre mitjà es refereixen a la mateixa edificació. Per això, la Direcció denega la inscripció d'una declaració d'obra, basada en una certificació d'arquitecte que no identifica suficientment la finca, ja que es limita a citar els titulars contigus segons el registre, divergint pel que fa al nom del paratge, que tampoc coincideix amb la certificació cadastral. A més, les autoritats de la zona han interposat denúncies contra declaració d'obra basades en certificacions falses de prescripció d'infraccions urbanístiques, seguides de vendes a tercers de bona fe.

Resolucions de 21 de novembre de 2009 (BOE 7, de 8 de gener de 2010: 351)

En el seu dia es va inscriure una escriptura d'obra nova que incorporava el certificat tècnic acreditatiu d'una antiguitat superior a 5 anys. Ara la Direcció considera inscriptible una esmena que incorpora un certificat tècnic acreditatiu d'una antiguitat anterior a l'any 2000. No hi ha incompatibilitat entre ambdues afirmacions. Tampoc és cap obstacle que l'obra no figuri al Cadastre, ja que la declaració es fa en virtut d'un altre mitjà legalment admès.

15. PRINCIPIS HIPOTECARIS

A) Tracte successiu

Resolució de 19 d'abril de 2010 (BOE 138, de 7 de juny de 2010: 9074)

Denega la inscripció d'una expropiació forçosa, perquè en el moment de presentar-la, la finca està inscrita a nom d'una persona que no ha intervingut en el procediment i que la va adquirir mitjançant una subhasta en execució de la hipoteca que gravava la finca.

Aquesta solució la imposa el dret constitucional a la tutela judicial efectiva i els principis registrals de legitimitat, tracte successiu, prioritat i protecció del tercer hipotecari.

Resolució de 12 de març de 2010 (BOE 99, de 24 d'abril de 2010: 6516)

Es refereix a una sentència ferma que ordena elevar a públic un acord privat en virtut del qual els membres d'una família acorden partir i adjudicar béns comuns, uns procedents de l'herència de la seva mare i altres no. La Direcció resol, entre altres coses (vegeu «documents judicials»), que no seria necessària la partició d'herència prèvia per inscriure la dissolució de comunitat, ja que no hi ha res que impedeixi una dissolució parcial de comunitat (referida als béns no procedents d'herència). Però és que a més en el procediment s'han debatut aspectes que impliquen l'acceptació tàcita de l'herència (valoració de les finques, validesa del consentiment prestat pels hereus, validesa del títol successori...). Tampoc impedeix la disposició de béns concrets de l'herència, la falta de liquidació prèvia dels guanys (supòsit de tracte abreujat de l'art. 20-5 LH).

Resolució de 13 de gener de 2010 (BOE 52, de 1 de març de 2010: 3300)

Denega la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic de la cessió onerosa d'ús de places d'aparcament subterràni en règim de concessió, atorgada judicialment en rebel·lia del demandat, perquè la inscripció se sol·licita quan la concessió figura ja inscrita a nom d'una persona diferent del transmetent i del condemnat a la sentència que s'executa. Tampoc es va sol·licitar cap anotació preventiva de demanda.

Resolució de 8 de gener de 2010 (BOE 52, de 1 de març de 2010: 3298)

Denega la inscripció d'una interlocutòria recaiguda en expedient de domini per a la represa de tracte interromput, per tres defectes. Primer, no consten algunes de les circumstàncies personals del promotor exigides a l'art. 51-9 RH (DNI, estat civil i, si s'escau, règim econòmic i nom i cognoms de la muller). Segon, no consta si la citació als titulars d'assenyaments contradictoris de menys de 30 anys i els seus causahavents s'ha fet com a mínim un cop personalment, ni si han comparegut o no en l'expedient (punts l'exigència dels quals resulta de l'art. 202 LH, deriven del principi de tracte successiu com a aplicació del principi de tutela judicial efectiva, i entren dins de l'àmbit de qualificació registral). Tercer, com que l'expedient es refereix només a una part de la finca registral, la inscripció exigeix la llicència de segregació o declaració d'innecessarietat.

16. PROCEDIMENT REGISTRAL

A) En general

Resolució de 6 de maig de 2010 (BOE 150, de 21 de juny de 2010: 9829)

La Direcció recorda que les Lleis 24/2001 i 24/2005 han introduït al procediment registral les garanties pròpies del procediment administratiu reglat, la qual cosa implica que les qualificacions han de ser escrites, no poden ser successives ni

es poden traslladar a un moment posterior (a la qualificació del supòsit, el registrador diu que quan s'esmeni el defecte apreciat inicialment, comunicarà altres defectes), s'han d'estructurar com un acte administratiu (expressant ordenadament fets i fonaments de dret; amb peu de recurs), i si són negatives s'han d'argumentar.

Resolució de 27 d'abril de 2010 (BOE 150, de 21 de juny de 2010: 9827)

Al còmput dels terminis establerts pel Reglament hipotecari no se li aplica l'art. 5 del Codi civil, sinó que té la seva pròpia regulació a l'art. 109 RH, en el qual, entre altres regles, es diu que els terminis fixats per mesos o anys es computen de data en data i si l'últim dia és inhàbil, es prorroguen fins al primer dia hàbil següent.

Resolució de 14 d'abril de 2010 (BOE 126, de 24 de maig de 2010: 8291)

La qualificació negativa ha d'argumentar suficientment cada defecte, sense que n'hi hagi prou simplement fent la cita rutinària d'un precepte legal o resolució DGRN, sinó que cal justificar la raó per la qual aquest precepte és aplicable i la interpretació que se n'ha de fer (R. de 25 d'octubre de 2007).

Per això, la Direcció estima el recurs sense entrar a resoldre el fons del cas resolt. El registrador s'havia limitat a denegar la inscripció, per falta de llicència municipal, d'una escriptura de segregació de finca rústica, donant com a únic motiu la remissió a una resolució (referida, per cert, a sòl urbà). No s'entra a valorar altres dades rellevants, com per exemple, que l'escriptura és de data anterior a la norma autonòmica que exigeix ara aquesta llicència.

Resolució de 18 de gener de 2010 (BOE 58, de 8 de març de 2010: 3802)

L'art. 254 LH s'entén com a complert si el document presentat conté: la nota firmada pel liquidador de l'impost que n'acrediti el pagament, la prescripció o exempció; o la nota al peu del títol que expressi la presentació de l'autoliquidació corresponent (i si el registrador creu que l'autoliquidació és incorrecta, sempre pot posar-ho en coneixement d'Hisenda). Reitera la doctrina de 2 resolucions de 13 de març de 2009 (BOE 89, d'11 d'abril de 2009: 6095 i 6096).

Resolució de 17 de novembre de 2009 (BOE 7, de 8 de gener de 2010: 348)

Per entendre com a complerts els requeriments fiscals exigits pels art. 254 i 255 LH, no cal acreditar la liquidació, sinó només la mera presentació a Hisenda, a qui el Registrador, si ho estima procedent, podria comunicar la no-liquidació d'un concepte que ell entengui liquidable. Es remet a les resolucions 5 i 16 de febrer de 2008.

B) Informació i publicitat registral

Resolució de 23 de novembre de 2009 (BOE 16, de 19 de gener de 2010: 855)

Denega la pràctica d'una anotació preventiva d'embargament sobre unes finques inscrites a nom d'una persona amb el mateix nom que el demandant, però amb diferents números de DNI i el nom de la muller. La confusió és deguda al fet que a la nota simple obtinguda per Internet (FLOTI) les finques apareixen a nom del demandat i amb el mateix DNI.

Independentment de la raó per la qual a la nota el sistema va assignar al titular un DNI diferent del que apareix al registre, els assentaments prevalen sobre la publicitat formal, fins i tot encara que es tracti de certificacions (art. 226 LH); sense perjudici de l'eventual responsabilitat civil del registrador per les despeses ocasionades pel seu error.

C) Recursos i qualificació substitutòria

Resolució de 21 de novembre de 2009 (BOE 7, de 8 de gener de 2010: 351)

Si se sol·licita una qualificació substitutòria, el termini per interposar el recurs no es compta des de la notificació de la primera qualificació, sinó des de la del substitut, ja que la qualificació substitutòria no és pròpiament un recurs, sinó que s'assembla a una reposició prèvia, amb els conseqüents efectes suspensius (R. de 9 d'octubre de 2006).

17. PROPIETAT HORITZONTAL

A) Estatuts, títol constitutiu i les seves modificacions

Resolució de 12 d'abril de 2010 (BOE 126, de 24 de maig de 2010: 8290)

Atès que els estatuts inclouen l'autorització expressa per subdividir sense consentiment la junta, s'admet la inscripció d'una escriptura per la qual, sense comptar amb el citat consentiment, el propietari d'un local en un soterrani al qual correspon l'ús privatiu d'una zona comuna de l'edifici, en segrega un altre local, i atribueix a la resta de la finca l'esmentat ús privatiu i estableix uns estatuts del local segregat amb la previsió d'anar-ne segregant places d'aparcament amb atribució de quotes als elements comuns del departament.

Resolució de 12 de gener de 2010 (BOE 52, d'1 de març de 2010: 3299)

Denega la inscripció d'una divisió horitzontal dels departaments de la qual s'identifiquen així: al soterrani, aparcaments de l'1 al 18 i trasters de l'1 al 7; a planta baixa, habitatge baixos A i local comercial; a planta primera, habitatges A a F; planta segona, habitatges A a E. La finalitat de la norma que obliga a numerar correlativament (art. 5 LPH i 8-4 LH) és permetre identificar separatament cada departament sense confusió entre aquests, la qual cosa no s'aconsegueix al títol qualificat, on a la lletra o número cal afegir altres dades, com la planta.



Remet a la R. de 9 d'octubre de 2006 (BOE de 10 de setembre de 2006: 19566)

Resolució de 14 de gener de 2010 (BOE 44, de 19 de febrer de 2010: 2711)

Es pretén dividir un habitatge en altres dos. El registrador aplica l'art. 53 RD 1093/1997 i exigeix la llicència municipal perquè entén que es volen constituir més elements susceptibles d'aprofitament independent que els que es recullen a l'obra nova.

Atès que les limitacions del domini s'han d'interpretar restrictivament, la Direcció resol que només s'ha d'exigir aquesta llicència si hi ha una norma amb rang de Llei que ho faci expressament. És cert que l'art. 66 de la Llei d'ordenació urbanística d'Andalusia exigeix una llicència per a les parcel·lacions i presumeix que n'hi ha, entre altres supòsits, quan, mitjançant divisions horitzontals, s'assigna l'ús individualitzat de parts a titulars diferents. Però la Direcció creu que aquest precepte no es refereix a edificacions, sinó a terrenys. La propietat horitzontal pròpiament dita, encara que sigui per parcel·les, no suposa una parcel·lació perquè manté la unitat jurídica del sòl.

B) Despeses comunes

Resolució de 15 d'abril de 2010 (BOE 138, de 7 de juny de 2010: 9071)

Resolució de 15 d'abril de 2010 (BOE 138, de 7 de juny de 2010: 9072)

Deneguen la inscripció de sengles clàusules estatutàries per les quals el propietari únic de l'edifici exclou del pagament de les despeses comunes durant tres anys els elements privatis inscrits al seu nom, mentre les finques segueixin sent seves i tingui intenció de vendre-les.

És cert que la jurisprudència ha passat de declarar invàlid el pacte d'exempció en les despeses (S. TS de 18 de juny de 1970), a permetre, sobre la base de l'actual art. 9-5 LPH, un règim de despeses basat en mòduls diferents a la quota (S. TS de 22 de maig de 2008). Però en tot cas l'exempció total en les despeses s'ha de justificar en una causa proporcionada (per exemple, l'exempció que els propietaris de planta baixa no paguin ascensor; o que els amos dels locals no paguin despeses de portal i escala), la qual no es produeix en el supòsit resolt, on resulta incongruent l'esmentada exempció, amb la conservació, per part de la promotora, del seu dret de vot i de la seva participació en el solar, proporcionals a la seva quota. L'exclusió en les despeses generals suposaria una exclusió de la llei aplicable (art. 6-2 CC), en perjudici de tercers, ja que la resta de propietaris haurien de suportar una quota molt superior a la que els correspondria per llei.

C) Llibre d'actes i certificacions

Resolució de 30 de març de 2010 (BOE 126, de 24 de maig de 2010: 8286)

Correspon als registradors de la propietat (art. 17 LPH i 415 RH) la diligència dels llibres d'actes i el control successiu del

número d'ordre dels llibres de comunitats i subcomunitats de propietaris i conjunts immobiliaris, la qual cosa inclou situacions fàctiques anàlogues sense l'adequat reflex registral però als llibres de les quals consti clarament que està cridat a reflectir els acords d'un òrgan col·lectiu d'un tipus tal que reculli interessos específics:

- Si aquests règims estan inscrits, el registrador ha d'estendre una nota marginal al llibre de l'edifici o conjunt sotmès a propietat horitzontal.
- Si es tracta de situacions fàctiques anàlogues (com la del supòsit resolt: una comunitat ordinària sobre un local-aparcament inclòs a la propietat horitzontal d'un edifici), el registrador ha de consignar les dades del llibre diligenciat en un llibre arxiu previst a aquest efecte.

Reprodueix la doctrina de la R. de 22 de maig de 2008 (BOE 143, de 13 de juny de 2008: 10184).

D) Complex immobiliari i propietat horitzontal per parcel·les

Resolució de 3 de febrer de 2010 (BOE 82, de 5 d'abril de 2010: 5438)

Considera inscriptible una propietat horitzontal per parcel·les que inclou, a més dels elements comuns, tres parcel·les com a elements privatis: sobre dos de les quals es projecten actualment sengles construccions; i sobre la tercera s'afirma que la construcció encara no es realitza, i es fan constar els límits d'edificabilitat previstos per l'ordenació urbanística.

No hi ha cap obstacle per a la inscripció, ja que tant la Direcció com la doctrina admeten no només la propietat horitzontal per parcel·les i la prehoritzontalitat, sinó també la construcció per fases dels elements privatis, de manera que el propietari corresponent n'ha de fer constar la descripció precisa en un moment posterior, sense necessitat que la resta hi concorrin (igual que els amos dels altres dos elements poden fer constar per ells mateixos alteracions sobre el que s'ha projectat), sempre que el que s'ha construït estigui dins de la legislació urbanística i els pactes de la propietat horitzontal.

Resolució de 3 de desembre de 2009 (BOE 16, de 19 de gener de 2010: 856)

Tot i que l'art. 24 LPH unifiqui el seu règim, cal distingir entre:

- Complexos immobiliaris, que inclouen: parcel·les i/o edificacions objecte de propietat separada, destinats principalment a habitatge o locals; i els titulars dels quals participen, a més, com a dret vinculat «ob rem» a les seves finques privatives, en una copropietat indivisible sobre altres immobles: vials, instal·lacions o serveis. El sòl no és un element comú, sinó privatiu i per això la segregació o parcel·lació requereix una llicència o declaració d'innecessarietat.

- Propietat horitzontal («per parcel·les» o no): el sòl és un element comú, la unitat jurídica del qual es manté, encara que s'assigni l'ús privatiu de determinades porcions. Així, no suposa parcel·lació i no requereix llicència.

En el cas resolt, encara que la figura inscrita es denomina «propietat horitzontal per parcel·les», el sòl no és un element comú, per la qual cosa realment es tracta d'un complex immobiliari. En relació amb aquest, es presenta una escriptura en què, d'un element format per habitatge i zona esportiva, se segrega l'habitatge. La Direcció entén que la llicència municipal és necessària, exigida tant pel RD 1093/1997 sobre inscripció d'actes urbanístics, com per la norma substantiva aplicable (art. 166-1 Decret legislatiu 1/2000 de la Llei del sòl de Canàries).

18. PROTOCOL FAMILIAR

Resolució de 24 de març de 2010 (BOE 114, de 10 de maig de 2010: 7482)

Es refereix a una escriptura que formalitza acords unànimes de tots els socis d'una societat limitada, sobre el nomenament de determinats administradors. En concret, denega la inscripció del pacte pel qual es podrà separar aquests determinats administradors dels seus càrrecs per acord dels socis que representen els dos terços dels vots corresponents a les participacions en què es divideixi el capital social.

L'escriptura no detalla quina és la naturalesa d'aquest pacte. Si es pretén que formi part dels estatuts socials (en la via dels art. 53-3 i 68-2 LSRL), caldria realitzar la corresponent modificació estatutària. Si, pel contrari es pretén que sigui un pacte parasocial, que vinculi obligatòriament els socis però sense modificar el règim societari, tampoc podria accedir al Registre Mercantil, perquè aquest accés només està previst mitjançant una mera ressenya o dipòsit en els supòsits concrets dels art. 5 i 6 RD 171/2007 sobre publicitat dels protocols familiars.

19. RECTIFICACIÓ I ESMENA

Resolució de 7 de maig de 2010 (BOE 153, de 24 de juny de 2010: 10033)

Denega la cancel·lació d'una anotació preventiva d'embargament pretesa perquè el recurrent entén que es va practicar, en el seu moment, indegudament (el procediment es va dirigir inicialment contra una finca que després es va agrupar amb una altra; es va esmenar el manament inicial per dirigir-lo contra la finca resultant de l'agrupació; posteriorment es va produir la desagrupació, arrossegant-se també l'embargament a la finca respecte de la qual al principi no s'havia demanat l'embargament i que és la que ara es vol alliberar). La Direcció reitera que els assentaments practicats estan sota la salvaguarda dels tribunals. Per a la cancel·lació pretesa caldria el consentiment de tots els titu-

lars o una resolució judicial en un procediment dirigit contra tots ells.

Resolució de 16 de gener de 2010 (BOE 58, de 8 de març de 2010: 3801)

És possible una rectificació d'inexactituds registrals sense la necessitat de recórrer als procediments establerts a l'art. 40 LH, en els supòsits en què és possible comprovar plenament els errors produïts als títols mitjançant documents autèntics independents de la voluntat de les parts, la qual cosa no es produeix en el supòsit resolt, on es pretén la rectificació dels llandars i paratge inscrits sobre la base d'un altre títol atorgat el segle XIX, i on, a més, el registrador té dubtes sobre la identitat entre la finca inscrita i la resultant de la rectificació que es pretén, i sense que s'hagi aportat cap certificació cadastral descriptiva i gràfica.

Resolució de 5 de gener de 2010 (BOE 34, de 8 de febrer de 2010: 2008)

Denega la inscripció d'una instància privada de rectificació de diversos assentaments referits a diverses finques (agrupacions i segregacions de fa més de vint anys), alguna de les quals figura avui inscrita a favor de terceres persones que no han prestat el seu consentiment, si bé la part rectificanc considera que la rectificació no els perjudica.

Resolució de 19 de novembre de 2009 (BOE 7, de 8 de gener de 2010: 350)

Consta inscrita una venda amb reserva d'usdefruit vitalici a favor de la venedora fins a la defunció d'ella mateixa i d'una germana seva que no compareix, de manera que es va inscriure l'usdefruit conjunt i successiu a favor d'ambdues.

Ara la Direcció denega la rectificació que consisteix a cancel·lar l'usdefruit a favor de la germana no venedora, mitjançant una diligència afegida a l'escriptura inicial amb la compareixença de tots els interessats, fins i tot de la citada germana no venedora. Tot i que en general no es pot realitzar cap inscripció a favor de qui no presta el seu consentiment, tampoc es pot inscriure per via de rectificació el que no s'hagués pogut inscriure per via directa: al seu dia l'única interpretació coherent va ser l'usdefruit conjunt d'ambdues germanes, ja que si s'hagués exclòs a la germana no venedora i aquesta arribés a sobreviure, l'usdefruit hagués subsistit sense determinació de titular (a falta d'una previsió clara que permetés considerar-lo inclòs a l'herència de la premorta).

Resolució de 9 de novembre de 2009 (BOE 7, de 8 de gener de 2010: 342)

Resolució d'11 de novembre de 2009 (BOE 7, de 8 de gener de 2010: 344)

Supòsits idèntics.

Es va inscriure una compravenda amb condició resolutòria en garantia de la part del preu que va quedar ajornada: el 80%. En una escriptura posterior el venedor va reconèixer haver per-



cebut un altre 10%, però a la nota marginal corresponent es va cancel·lar per error la condició resolutòria.

La Direcció entén que l'error produït a l'hora d'estendre la nota no és material, sinó de concepte, ja que varia el veritable sentit del títol. En particular és el tipus d'error conceptual de l'art. 327 RH: el degut a l'apreciació equivocada de les dades que consten al registre.

Hi ha dues vies per esmenar-lo: o un acord unànim dels interessats i del registrador (o, si no n'hi ha, una resolució judicial); o una rectificació d'ofici per part del registrador sense necessitat de consentiment dels interessats, sempre que l'error resulti clarament dels assentaments practicats o —com passa en aquest supòsit—, tractant-se d'assentaments de presentació i notes, quan n'hi hagi prou amb la inscripció principal per donar-lo a conèixer (art. 217 LH i S. TS de 28 de febrer de 1999). Això sí, la rectificació no afecta tercers fins a partir de la data en què es verifiqui.

20. RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

A) En general

Resolució de 5 de març de 2010 (BOE 82, de 5 d'abril de 2010: 5444)

Denega la inscripció d'una escriptura de compravenda perquè, tot i que el veïnatge dels atorgants és comú i l'escriptura es va atorgar en territori de dret comú, en afirmar que estan casats en règim de guanys, cal especificar si aquest règim és legal o convencional (remet a la R. de 15 de juny de 2009, que interpreta així l'art. 159 RN; infra.).

B) Aportació a guanys

Resolució de 29 de març de 2010 (BOE 132, de 31 de maig de 2010: 8658)

Resolució de 31 de març de 2010 (BOE 132, de 31 de maig de 2010: 8659)

Mitjançant un document privat subscrit el 18 d'abril de 2007 un adquirent aleshores divorciat va comprar dos habitatges i una participació indivisa de local d'aparcament, pagant una part del preu i ajornant-ne la resta. No consta que es tracti de l'habitatge habitual, ni que hi hagués «traditio». El dia 13 de febrer de 2009 s'atorga l'escriptura de venda que «ratifica i eleva a públic» el document privat; en aquesta escriptura el mateix adquirent i la seva muller actual compren per a la seva societat de guanys «a l'empara del que disposa l'art. 1355 del Codi civil». La Direcció declara inscriptible l'escriptura:

- És cert que l'art. 1357 CC considera privatiu els béns «comprats» (no diu «adquirits») a terminis per un dels cònjuges abans de començar els guanys, encara que el preu ajornat es pagui amb diner procedent dels guanys. Però, fent honor al principi de llibertat de pacte (art. 1323 CC), cal considerar prevalent la facultat prevista a l'art. 1355 que permet als cònjuges atribuir caràcter de guanys

als béns que «adquireixin» a títol onerós durant el matrimoni (en aquest cas el Codi no diu compra, sinó adquisició, i aquesta es produeix amb la «traditio» en atorgar l'escriptura). És doctrina reiterada de la Direcció estendre la possibilitat d'atribuir caràcter de guanys, no només als béns adquirits a títol onerós, sinó també a qualsevol desplaçament patrimonial entre els patrimonis privatiu i el consorcial, sempre que constin tots els elements constitutius de l'aportació i, entre ells, que s'expressi o dedueixi del títol la causa, havent-n'hi prou d'esmentar-ne l'onerositat o gratuïtat.

- En el supòsit concret resolt no s'ha fet constar expressament la causa, però no és necessari, perquè es tracta del supòsit literal de l'art. 1355; és a dir, adquisició amb acord simultani d'atribució de guanys, acord la finalitat del qual és ampliar el patrimoni consorcial per satisfer millor els interessos familiars i, llevat que existeixi un pacte en contra, produeix el dret de reemborsament previst a l'art. 1358 CC.
- El fet que el document privat referit a la resolució 8658 al·ludís, sense concretar, a «una quota indivisa» del local que dóna dret a l'aparcament d'un vehicle, mentre l'escriptura concretés matemàticament la citada quota (un cent cinquanta-cinquè), no suposa cap discordança que impedeixi la inscripció, sinó que precisament compleix l'exigència de l'art. 54 RH.

C) Caràcter dels béns (privatiu o de guanys)

Resolució de 5 de desembre de 2009 (BOE 16, de 19 de gener de 2010: 858)

Declara registrable, per nota marginal, la confessió de privativitat del cònjuge de l'adquirent, que no constava a la còpia que al seu dia es va inscriure, però sí en una addició al peu de la còpia (tercera) ara presentada. La falta de constància inicial de la confessió i el temps transcorregut no afecten «per se» a la seva eficàcia, sense que tampoc s'hagin qüestionat en el recurs les formalitats extrínseques de la citada addició. La privativitat no s'ha de considerar acreditada per un document públic (art. 95-2 RH), sinó que resulta d'una mera confessió (ex art. 95-4 RH).

Resolució de 17 de novembre de 2009 (BOE 7, de 8 de gener de 2010: 348)

Una meitat indivisa d'una finca està inscrita a nom d'un cònjuge, com a bé privatiu per confessió de l'altre. Ara es presenta una escriptura de dissolució de condomini amb l'altre copropietari, per la qual el cònjuge beneficiat per la primera confessió adquireix el ple domini amb una nova confessió de privativitat del seu consort, referida ara a la totalitat del bé. Ambdues manifestacions no són contradictòries, sinó complementàries.

D) Embargament de guanys (vegeu també REM d'estrangers)

Resolució de 6 de novembre de 2009 (BOE 7, de 8 de gener de 2010: 341)

En matèria d'embargament de béns de la societat de guanys en liquidació, distingeix 3 supòsits:

- Embargament de béns concrets de la societat de guanys en liquidació: exigeix que les actuacions processals se segueixin contra tots els titulars (art. 20 LH), que si s'escau serien els hereus del cònjuge premort (art. 144-4 RH).
- Embargament de la quota global que correspon a un cònjuge en tota la massa patrimonial: les actuacions es poden seguir només contra el cònjuge deutor i s'han de resoldre en una anotació només sobre els béns que s'especifiquin en el manament judicial en la part que correspongui al dret del deutor (166-1 «in fine» RH): si després aquests béns no se li adjudiquen a ell, quedaria estèril l'anotació, però no la trava, ja que l'embargament es projectaria sobre els béns adjudicats efectivament.
- Embargament dels drets que puguin correspondre a un cònjuge sobre un bé de guanys concret, un cop dissolta la societat conjugal: les actuacions poden dirigir-se només contra el cònjuge deutor, però si després aquest bé no se li adjudica a ell, la trava quedaria estèril. Per això, cal rebutjar el seu reflex registral.

Reitera la doctrina de: R. de 4 de juliol de 2009 (BOE 213, de 3 de setembre de 2009: 14194) i R. de 17 de gener de 2007 (BOE de 23 de febrer de 2007: 3889).

En el supòsit concret resolt, la Direcció denega la inscripció de l'adjudicació resultant de l'embargament, l'objecte de la qual és una meitat indivisa d'un bé de guanys. Tot i que la societat de guanys està dissolta per defunció del cònjuge no deutor, fins a la liquidació no hi ha atribució de quotes indivises sobre béns concrets.

E) Dissolució i liquidació de guanys

Resolució de 22 de març de 2010 (BOE 114, de 10 de maig de 2010: 7480)

En una liquidació de societat de guanys continguda en un conveni regulador aprovat judicialment, la Direcció aprecia tres defectes:

- Ha de constar el nom i cognoms del secretari judicial que autoritza el testimoni que es presenta.
- Cal acreditar (mitjançant certificació, llibre de família o nota al peu del document) la inscripció del títol al Registre Civil.
- Al conveni s'inclouen béns que pertanyen privativament per meitat a ambdós cònjuges. La DGRN entén aplicable l'art. 1323 CC i admet la transmissió de béns entre cònjuges

per qualsevol títol, fins i tot l'intercanvi de béns privatius amb motiu de la liquidació de la societat conjugal. Però exigeix que aquesta operació tingui un reflex documental adequat; en aquest cas, una escriptura pública i no un conveni regulador, l'efectivitat merament liquidatòria del qual pressuposa sempre el caràcter de guanys dels béns. Reitera la doctrina de la R. de 3 de juny de 2006 i la R. de 31 de març de 2008.

La Direcció considera aquesta doctrina compatible amb la R. de 29 d'octubre de 2008 (BOE 279, de 19 de novembre de 2008: 18667), el supòsit de fet de la qual és diferent: admet la inclusió en un conveni regulador, juntament amb un bé propi de la seva societat de guanys anterior, de diversos béns privatius dels cònjuges adquirits constant un segon règim de separació, sense que calgui una escriptura pública de dissolució de condomini, ja que: la regulació legal del conveni regulador es refereix en general al règim econòmic matrimonial, no només als guanys; en el règim de separació cal la liquidació quan no es desitgi seguir compartint un patrimoni actiu comú o un deute comú; és doctrina reiterada la inscriptibilitat de les sentències que aproven convenis reguladors sense necessitat d'escriptura pública (v. gr. R. de 21 de gener de 2006).

F) Habitatge familiar

Resolució de 18 de novembre de 2009 (BOE 7, de 8 de gener de 2010: 349)

Un conveni regulador estableix que les filles tindran el seu domicili familiar en un habitatge privatiu del pare mentre no siguin independents patrimonialment.

La Direcció reitera la seva doctrina sobre la naturalesa del dret d'ús de l'habitatge, com a dret familiar i no real, que per tant pot ser de durada variable i permet dissociar entre titular (només el cònjuge que té la custòdia dels fills) i beneficiaris (fills i cònjuge, la convivència dels quals es vol facilitar a favor de la família).

Però resol que el que es constitueix en aquest supòsit no és el dret d'ús d'habitatge familiar tipificat legalment i inscriptible al registre, sinó una mera intenció o obligació sense repercussió per a tercers, ja que els seus efectes són dubtosos i no resulta atribuït al cònjuge, veritable titular del dret d'ús tipificat al Codi civil. Es remet a la R. de 27 d'agost de 2008 (BOE 224, de 16 de setembre de 2008: 15065) i la R. de 5 de juny de 2008 (BOE 159, de 2 de juliol de 2008: 11262).

21. REGISTRE DE BÉNS MOBLES

Resolució de 4 de febrer de 2010 (BOE 99, de 24 d'abril de 2010: 6508)

Resolució de 5 de febrer de 2010 (BOE 99, de 24 d'abril de 2010: 6509)

Admeten la inscripció de sengles manaments que ordenen l'embargament de la posició jurídica que els demandats, com



a arrendataris financers, tenen sobre sengles vehicles. És cert que, segons l'art. 15-3 de la Llei de vendes a terminis de béns mobles, s'ha de sobreseure el procediment de constrenyiment sobre béns mobles inscrits quan per certificació registral constin drets a favor de persones diferents del deutor embargat; i en els supòsits d'ambdues resolucions, el domini correspon encara a l'arrendador financer. Però no obstant això, la regla 15 de la instrucció DGRN de 3 de desembre de 2002, permet anotar l'embargament que tingui per objecte la posició jurídica del comprador a terminis o de l'arrendatari financer, si bé l'anotació es pot cancel·lar en cas que l'arrendatari no exerciti l'opció de compra, o el venedor amb pacte de reserva de domini recuperi els béns per impagament del comprador. No és un obstacle el fet que l'ordenant de l'embargament sigui el propi arrendador.

22. SOCIETAT CIVIL

Resolució de 20 d'abril de 2010 (BOE 138, de 7 de juny de 2010: 9075)

Denega la inscripció d'una compra feta per una societat civil constituïda en un document privat i amb objecte mercantil (comerç de roba i representació de marques comercials). És doctrina reiterada que l'objecte d'una societat en determina la qualificació com a mercantil (R. de 13 de desembre de 1985, R. de 20 de març de 1986, R. d'1 d'abril de 1997, R. de 30 d'abril de 1997, R. d'11 de desembre de 1997), sense que la voluntat dels socis d'acollir-se al règim de la societat civil sigui suficient per eludir l'aplicació de les normes mercantils, moltes d'elles imperatives per protegir l'interès de tercers o del tràfic. La societat del supòsit és mercantil pel seu objecte i, en conceptuar-la com a civil, el títol introdueix una confusió sobre el titular registral suficient per denegar la inscripció (art. 9-4 LH i 51-9 RH).

Per al cas que s'atorgués escriptura de constitució de la societat i s'inscrivís al Registre Mercantil (amb la conseqüent rectificació de la compravenda), la Direcció no es pronuncia sobre la forma en què abans de la inscripció de la societat, podria accedir al Registre de la Propietat la mutació jurídico-real produïda per la compravenda. Es remet a les R. de 22 d'abril de 2000 i 14 de febrer de 2001.

23. SOCIETAT PROFESSIONAL

Resolució de 14 de novembre de 2009 (BOE 7, de 8 de gener de 2010: 346)

Declara inscriptible una escriptura d'adaptació a la LSP en els nous estatuts de la qual s'estableix una remissió inicial i general als preceptes imperatius de la citada Llei, encara que després es digui que per ser administrador no és necessària la condició de soci (reiterant que sense perjudici del que s'estableix per als socis professionals); i es reguli la delegació de facultats dins del consell d'administració sense menció expressa que tots els consellers delegats hagin de ser socis professionals.

És doctrina reiterada de la Direcció que la qualificació de les disposicions estatutàries cal realitzar-la no només literalment, sinó també segons la intenció dels atorgants i valorant-les globalment en el sentit més adequat perquè produeixin efecte (art. 1281, 1284 i 1285 CC); i que quan els estatuts es remetin a la Llei no cal que reproduïxin regles idèntiques a les legals (ex.: resolucions de 4 de març de 1981 i de 3 de febrer de 1986). Resulta obvi que la societat qualificada es registrarà preferentment per l'art. 4-3 LSP: només pot ser administrador qui no sigui soci professional quan sigui legalment possible, i tots els consellers delegats han de ser socis professionals.

24. TÍTOLS INSCRIPTIBLES

A) Documents administratius

Resolució de 16 d'abril de 2010 (BOE 138, de 7 de juny de 2010: 9073)

Denega la inscripció d'un dret de superfície, pretesa en virtut d'una certificació de l'Ajuntament concedent.

L'art. 40-2 LS exigeix, per a la vàlida constitució del dret de superfície, que es formalitzi en escriptura pública i s'inscrigui al Registre de la Propietat. La doctrina entén que aquest precepte s'aplica tant al dret de superfície pactat entre particulars, com al nascut d'una actuació urbanística. No és admissible la inscripció d'un dret sense que consti el consentiment del seu titular, i amb més raó en el cas resolt, on el superficiari assumeix també obligacions davant de l'Ajuntament.

Per tot això, aquest supòsit és diferent del de la R. de 29 de gener de 2009, que va declarar inscriptible per mera certificació administrativa, no ja un contracte, sinó la resolució unilateral per un Ajuntament d'un dret de superfície per incompliment de les condicions resolutòries establertes en el plec de condicions.

B) Documents judicials

Vegeu també «immatriculació», «tracte successiu» i «cancel·lació d'assentaments».

Resolució de 4 de maig de 2010 (BOE 151, de 22 de juny de 2010: 9935)

Es refereix a una escriptura en la qual ven el jutge, per rebel·lia del demandat. La Direcció entén que quan la sentència és de condemna no dinerària (en aquest cas imposa una obligació de fer que consisteix a atorgar una venda), aquesta no és un títol inscriptible al registre, sinó que ho són els actes que es portin a terme en executar-la. En conseqüència, per inscriure la venda, no és necessari adjuntar la sentència, sinó que n'hi ha prou amb què el notari testimonii en relació als particulars dels tràmits essencials del procediment i de la sentència.

Resolució de 21 d'abril de 2010 (BOE 150, de 21 de juny de 2010: 9826)

Denega la pràctica d'una anotació preventiva d'embargament en virtut de manament judicial per dos defectes: com que el procediment se segueix contra l'hereva del titular registral per deutes d'aquest últim, cal adjuntar el certificat de defunció del titular i el títol successori a favor de l'hereva (principi de tracte successiu, ex art. 20 LH); a més, el manament només expressa el NIF del titular registral, i ha d'expressar també el NIF de l'hereva contra la qual se segueix el procediment (art. 254 LH).

Pel contrari, la Direcció no considera defecte el fet de no detallar expressament a quin concepte de responsabilitat correspon una determinada quantitat, perquè una interpretació integradora del document porta necessàriament a concloure que es tracta del principal. Tampoc hi ha dubtes sobre la identitat de la finca, perquè si bé no concorden el portal, la superfície i les dades cadastrals, sí que concorden les dades d'inscripció registral, fins i tot el número de finca (això sí, la descripció que s'ha d'anotar és la resultant del registre, per la qual cosa la resolució de les possibles discrepàncies queda per al moment d'inscriure l'adjudicació derivada de l'embargament).

Resolució de 22 de març de 2010 (BOE 114, de 10 de maig de 2010: 7480)

En una liquidació de societat de guanys inclosa en un conveni regulador aprovat judicialment, han de constar el nom i cognoms del secretari judicial que autoritza el testimoni que es presenta (hi ha dos defectes exposats en el resum més ampli inclòs a la part de règim econòmic matrimonial).

Resolució de 12 de març de 2010 (BOE 99, de 24 d'abril de 2010: 6516)

Es refereix a una sentència ferma que ordena elevar a públic un acord privat en virtut del qual els membres d'una família acorden partir i adjudicar béns comuns, uns procedents de l'herència de la seva mare i altres no. La Direcció resol:

- La sentència no és directament inscriptible, sinó que el títol inscriptible ha de ser l'escriptura pública atorgada en fase d'execució, bé pel condemnat o, en rebel·lia d'aquest, pel jutge. Un cop passats 20 dies sense que el condemnat hagi emès la seva declaració de voluntat, el tribunal resol considerar-la emesa, si els elements essencials del negoci estan predeterminats (art. 708 en relació amb el 548 Lec).
- No seria necessària la partició d'herència prèvia per inscriure la dissolució de comunitat, ja que no hi ha res que impedeixi una dissolució parcial de comunitat (referida als béns no procedents d'herència). Però és que a més en el procediment s'han debatut aspectes que impliquen l'acceptació tàcita de l'herència (valoració de les finques, validesa del consentiment prestat pels hereus, validesa del títol successori...).

- Tampoc impedeix la disposició de béns concrets de l'herència, la falta de liquidació prèvia dels guanys (supòsit de tracte abreujat de l'art. 20-5 LH).

Resolució de 20 de novembre de 2009 (BOE 16, de 19 de gener de 2010: 854)

Es refereix a un manament judicial ferm que declara nul·la una escriptura de divisió i ordena la cancel·lació de les inscripcions corresponents a les noves finques, conservant-se com a única inscripció vàlida la de la finca matriu.

La Direcció entén que no és inscriptible pel que fa a les finques els titulars de les quals són ara persones diferents d'aquelles contra les quals s'ha dirigit el procediment (principi de tracte successiu de l'art. 20 LH). Però respecte de les altres finques sí que procedeix la cancel·lació ordenada, atès que: en el document presentat se sol·licita expressament la inscripció parcial; ja s'havia anotat preventivament la demanda respecte de les citades finques, i de l'anotació mateixa resulten les circumstàncies personals (ex art. 9 LH i 51 RH) que ara no recull totalment el manament.

Resolució de 20 d'octubre de 2009 (BOE 7, de 8 de gener de 2010: 339)

Tracta de la inscripció d'una interlocutòria recaiguda en expedient de domini per a la represa del tracte interromput, referit a diverses finques sorgides al seu dia per divisió d'una altra de primitiva. El registrador denega la inscripció respecte d'una de les finques, per incongruència: al seu entendre, dels fets narrats a la interlocutòria, s'ha de seguir una solució diferent sobre la titularitat dominical actual d'aquella finca. Pel contrari, la Direcció creu que el registrador s'extralimita i interfereix en el fonament de la resolució judicial.

C) Elevació a públic d'un document privat

Resolució de 9 d'abril de 2010 (BOE 126, de 24 de maig de 2010: 8289)

Denega la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'un document privat de compravenda. En el text del document apareixen com a compradors dos cònjuges, però només firma el marit. A l'escriptura firma com a únic comprador el marit, qui al·lega tenir règim de separació pactat en capitulacions, de les quals només s'aporta al registre una mera fotocòpia, si bé s'incorpora una certificació del Registre Civil on consta la indicació marginal que existeix però sense expressar el règim pactat.

La Direcció observa diversos defectes. Només la documentació autèntica pot accedir al registre; i no les meres fotocòpies. La discòrdia evident entre el document i l'escriptura —ja es degui a un error o novació— exigeix el consentiment del venedor i del cònjuge no compareixent. No hi ha acreditació fefaent del règim de separació, ni de la privativitat del preu pagat pel marit, que podria haver tingut origen de guanys.



Ressenyes de les principals resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat

Publicades el primer trimestre de 2010

per Victor Esquirol. Notari de El Masnou

LLICÈNCIA DE PARCEL·LACIÓ

La llicència de parcel·lació és exigible no només per a les segregacions realitzades en escriptura pública sinó també per a les realitzades en document judicial

Resolució de 18 de desembre de 2009 (DOGC 1 de febrer de 2010)

Resum: Així ho dedueix la DGDEJ de la literalitat de l'art. 185 TR de la Llei d'urbanisme, que parla d'escriptures i altres documents públics, on queden englobats els documents judicials. En el mateix sentit, cita les resolucions de la DGRN de 16 de març de 2006 i de 22 de juny de 2007.

MANIFESTACIÓ DE SI L'HABITATGE HIPOTECAT ÉS EL DOMICILI FAMILIAR

L'usufructuari casat que hipoteca un habitatge ha de manifestar expressament si constitueix el seu domicili familiar, sense que el fet que el nu propietari així ho hagi fet constar l'exoneri d'aquesta manifestació

Resolució de 20 de desembre de 2009 (DOGC 3 de febrer de 2010)

Resum: El nu propietari i l'usufructuari d'un habitatge constitueixen un préstec hipotecari a favor d'una entitat financera. El nu propietari manifesta que està casat i que l'habitatge és el seu domicili familiar, raó per la qual el seu cònjuge consent a la hipoteca; l'usufructuari manifesta que està casat però no fa cap manifestació sobre si l'habitatge hipotecat és el seu domicili familiar, tot i que a la compareixença figura com a domiciliat en un altre lloc.

La registradora considera que és necessària aquesta manifestació, a efectes del que disposa l'art. 9 CF. El notari presenta recurs argumentat que la manifestació efectuada pel nu propietari conforme al fet que la finca constitueix el seu habitatge familiar exclou la necessitat que l'usufructuari realitzi aquesta manifestació.

La DGDEJ desestima el recurs. D'una banda perquè l'art. 569-31.2 CCCat, en aplicació del que disposa l'art. 9 CF, exigeix

la manifestació expressa en aquest sentit, sense distingir el dret que té l'hipotecant; d'altra banda, perquè el fet que el nu propietari tingui el seu domicili familiar en l'esmentat habitatge no exclou que l'usufructuari també pugui tenir-lo allà, dret que a més li correspon *ex lege*.

Comentari: crec que la doctrina d'aquesta resolució és encertada, ja que, tenint en compte la finalitat de la Llei, la manifestació ha d'anar a càrrec de qui disposa d'un dret la pèrdua del qual pugui comportar la pèrdua de l'ús de l'habitatge del cònjuge no titular. D'acord amb aquest criteri, no seria necessària la manifestació realitzada pel nu propietari, com ja va declarar la DGRN en R. de 22 de maig de 2006, en relació amb l'art. 1320 CC, doctrina que es pot entendre extensible a la protecció exigida pel legislador català. Altres resolucions interessants de la DGRN sobre la matèria són la de 10 de novembre de 1987, que exigeix la manifestació expressa, sense que sigui suficient la consignació d'un domicili diferent a la compareixença de l'escriptura; la de 17 de desembre de 1987, que exigeix la manifestació de qui ven per poder, sense que sigui necessària ni suficient la manifestació realitzada pel poderdant en atorgar el poder (ja que la situació pot haver canviat mentrestant); la de 27 de juny de 1994, que no l'exigeix en un cas de venda dels titulars proindivisos d'un habitatge; i la de 22 de maig de 2006, que tampoc l'exigeix quan la hipoteca es constitueix en el mateix acte de la compra.

Finalment, aprofito per recordar les resolucions de la DGDEJ sobre el tema. En R. de 22 de maig de 2006 va resoldre que no era necessari que una vídua i un divorciat manifestessin que no formaven una unió estable de parella. I en R. de 19 de febrer de 2007 va declarar que tampoc era exigible en el cas de la divisió d'un habitatge en dos seguida de l'adjudicació als comuners de les finques resultants, si quedava clar que aquestes reunien condicions d'habitabilitat.

CENSOS. CANCEL·LACIÓ

Resolucions de 5 de febrer i 8 de febrer de 2010 (DOGC 18 i 22 de març de 2010)

Resum: Una finca està gravada amb un dret de rec a favor d'altres finques, que es va constituir "a canvi d'una entrada de

cinc sous barcelonins i pel cens anual irredimible de tres quateres de blat fàcil de barrejar". El propietari de la finca gravada amb el dret de rec demana la cancel·lació del cens, però manté com a càrrega el dret de rec. La persona interessada interposa un recurs governatiu al·legant que, un cop cancel·lat el cens, no es pot mantenir com a càrrega el dret de rec, que era la seva contraprestació. El registrador entén que són drets independents.

La DGDEJ interpreta que els termes jurídics utilitzats a la constitució dels drets que es discuteixen són confusos, ja que en realitat no estem davant d'un dret real de cens sinó davant d'una servitud (de dret de rec), constituïda a canvi d'un cànon anual (el mal anomenat cens). Per tant, no es pot considerar que el dret de rec formi part d'un cens i s'hagi de cancel·lar juntament amb aquest, ja que no es pot confondre la contraprestació amb el dret de rec constituït. En conseqüència, la cancel·lació del dret de rec no es pot dut a terme emparant-se en la Llei de censos, sinó que s'hauran d'aplicar les normes generals de la Llei hipotecària i les especials relatives a l'extinció de les servituds previstes a l'art. 566-11 CCCat.

Comentari: Comparteixo el criteri d'aquesta resolució, ja que la naturalesa jurídica de la institució que ens ocupa s'avé més amb una servitud (dret real que grava parcialment una finca en benefici d'una altra) que amb un cens (que implica més aviat la divisió del domini d'una finca). Per tant, cal aplicar les normes generals dels drets reals sobre la seva extinció i cancel·lació registral. Queda pendent, tanmateix, la qüestió de la subsistència d'una servitud la contraprestació de la qual ha estat cancel·lada registralment, però la seva resolució no pot ser objecte de recurs governatiu.

FIDEÏCOMÍS TÀCIT

El fideïcomís tàcit requereix que no hi hagi dubtes sobre la voluntat del testador d'establir una crida successòria

Resolució de 9 de febrer de 2010 (DOGC 22 de març de 2010)

Resum: El testador, mort l'any 1906, va instituir hereu al seu fill, si bé amb la clàusula següent: "Si mor sense que li sobrevisquin fills legítims i naturals el substitueix i nomena hereus al seu fill X i al seu net Y, a parts iguals." El propietari de la finca, que qualifica l'esmentada institució com un fideïcomís condicional, en sol·licita la cancel·lació per prescripció o caducitat. El registrador nega la cancel·lació sobre la base que: a) no pot apreciar la prescripció; b) no està prevista legalment la cancel·lació per caducitat en aquest supòsit; i c) s'ha complert la condició d'haver mort el fiduciari sense fills, en virtut de la qual cosa la finca hauria d'haver passat als fideïcomissaris, cosa que no es va produir.

La DGDEJ estima el recurs i, per tant, resol a favor de la cancel·lació registral, ja que interpreta que la institució disposada pel testador no és una substitució fideïcomissària, sinó vulgar. Es basa en el principi *contra fideicomissum semper est in dubio iudicandum*, que implica que si existeix dubte

sobre si una substitució és vulgar o fideïcomissària, s'entén que és vulgar, regla que forma part de la tradició jurídica catalana i que han recollit la Compilació, el CS i el CCCat. La DG considera que el dubte està justificat, ja que la clàusula testamentària no utilitza el terme fideïcomís i fins i tot quan la llei permeti els fideïcomisos tàcits, aquests s'han de desprendre clarament de la voluntat del testador. En canvi, a la clàusula comentada el testador no prohibeix al seu hereu l'alienació dels béns hereditaris, ni preveu que la substitució hagi de romandre fins i tot quan el substituït arribi a ser hereu, ni utilitza l'expressió que l'hereu mori "en qualsevol temps". Per tant, entén que la crida a favor de X i Y només serà efectiva si el primer hereu premor el causant sense deixar fills, com és propi de les substitucions vulgars, i que el simple fet acreditat que l'hereu hagi sobreviscut el testador és suficient per practicar la cancel·lació.

Comentari: Aquesta resolució em sembla valenta i encertada, tot i que trobo a faltar la reproducció de la clàusula completa de la institució d'hereu, que confirmi la brevetat de la fórmula utilitzada. Valenta, perquè a primera vista sembla que es pretén establir un fideïcomís, i no descarto que aquesta fos la intenció del redactor del testament. Em baso en la literalitat de l'inici de la clàusula "si (l'hereu) mor sense que el sobrevisquin fills": no és normal que s'utilitzi aquesta fórmula si el que es pretén és disposar una substitució vulgar; un fet excepcional com és preveure que l'hereu premori el testador i a més sense fills acostuma a requerir fórmules diferents com "si premor" o "si no arriba a heretar". Ara bé, en la meua opinió, el fet determinant per qualificar la substitució de vulgar és la falta de limitacions a les facultats dispositives de l'hereu. No és raonable concloure que l'expressió "si mor sense que el sobrevisquin fills", sense més, implica que l'hereu no pugui fer ús d'una de les facultats primordials inherents al dret de domini com és la disposició dels béns, en contra del criteri legal de reduir al mínim les limitacions dispositives dels propietaris.

LLICÈNCIA DE DIVISIÓ

No és necessària la llicència urbanística ni la declaració que no fa falta per dividir un edifici en règim de propietat horitzontal, si no s'incrementa el número de departaments privatis en relació amb els que consten a la inscripció d'obra nova i en la llicència d'obres

Resolució de 10 de febrer de 2010 (DOGC de 22 de març de 2010)

Resum: Es declara en règim de propietat horitzontal un edifici que consta inscrit al Registre de la Propietat i descrit com una casa composta de planta baixa, destinada a magatzem, i dos pisos en altura, a cada un dels quals hi ha un habitatge. La mateixa descripció es desprèn de la certificació cadastral. La divisió horitzontal té lloc mitjançant la creació de tres entitats: el magatzem en planta baixa i els dos habitatges. El notari autoritzant fa constar a l'escriptura que no escau la llicència ni la declaració municipal d'in necessàrietat perquè ja consta al Registre el



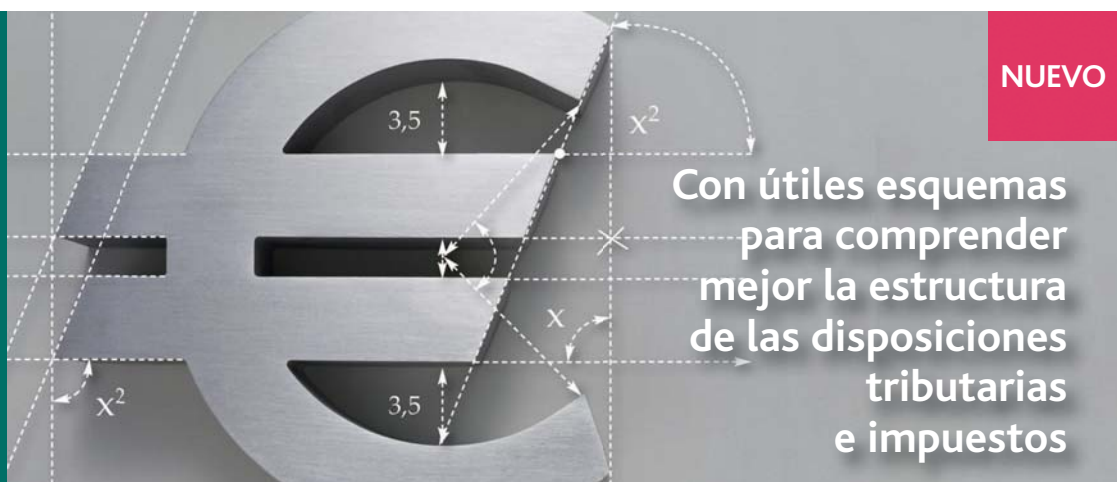
destí de l'edificació i el número d'habitatges que inclou, sense que s'hagi produït un augment dels establiments. El registrador considera que la llicència o la declaració d'innecessarietat són imprescindibles i es remet a un escrit municipal d'al·legacions que informa que no s'ha augmentat el número d'establiments en relació amb els que consten a la llicència d'obres que es va concedir en el seu moment, però que entén que s'ha d'aportar al Registre la declaració d'innecessarietat de la divisió.

La DGDEJ resol que no fa falta ni la llicència ni la declaració en aquest sentit per atorgar l'escriptura de divisió horitzontal, ja que no s'incrementa el número d'establiments en relació amb els que consten a l'escriptura d'obra nova. Així resulta de l'art. 179.2 del Decret legislatiu 1/2005, de 26 de juliol, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei d'urbanisme, i de l'art. 238 del Decret 305/2006, de 18 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei d'urbanisme. I en relació amb l'escrit de l'Ajuntament que declara que no fa falta la llicència,

però que és necessari obtenir la declaració d'innecessarietat, considera que aquest escrit ja compleix amb aquesta finalitat i declara inadmissible que s'obligui la persona interessada a demanar una nova declaració municipal d'innecessarietat, sobre la base dels principis de tutela judicial efectiva i eficàcia de l'Administració, proclamats als art. 24 i 103 de la Constitució, i el dret a una bona Administració Pública, inclòs a l'art. 30 de l'Estatut d'Autonomia.

Comentari: Sembla increïble que s'hagi hagut d'arribar fins a la DG per resoldre un tema tan evident. En descàrrec de la institució registral, he de dir que el criteri que defèn aquest registrador de la propietat no l'assumeixen molts companys seus, segons em consta per la meua experiència professional. I encara és més sorprenent l'informe municipal, que declara que la llicència no és necessària, però obliga a obtenir de l'Ajuntament mateix una nova declaració d'innecessarietat.

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 Col·legi rep la Creu de Sant Jordi 2010

La Generalitat de Catalunya ha concedit enguany la Creu de Sant Jordi, un dels màxims reconeixements que atorga aquesta institució, al Col·legi de Notaris de Catalunya. Un total de 32 personalitats i 13 entitats que s'han destacat pels serveis prestats a Catalunya en el pla cívic i cultural, van rebre el guardó de mans del president de la Generalitat. L'acte de lliurament va tenir lloc el passat 21 d'abril, a les 19 hores, al [Saló Sant Jordi del Palau de la Generalitat](#), amb l'assistència de més de 500 persones i representants del Govern, institucions i destacats membres de la societat civil catalana. Joan Carles Ollé, Degà del Col·legi, en presència de tots els membres de la Junta de Govern i d'una destacada representació de col·laboradors, va recollir el guardó.

L'Executiu català va acordar concedir la Creu de Sant Jordi al Col·legi «[en reconeixement a la valuosa implicació, des del segle XIX, en la defensa i desenvolupament del dret civil català](#)». La tasca d'il·lustres col·legiats en la seva compilació de fa mig segle ha estat decisiva, de la mateixa manera que és molt rellevant la participació del nostre notariat en l'elaboració de la legislació civil posterior a l'Estatut d'Autonomia».

Aquesta distinció pretén reconèixer la funció dels notaris al llarg de la història, un col·lectiu que sempre ha mantingut un important pes específic a Catalunya, fent importants aportacions científiques al camp del Dret Civil. Cal recordar que precisament enguany es commemora el 50è aniversari de la Compilació del Dret Civil de Catalunya.

En el seu discurs, el president de la Generalitat, Josep Montilla, va destacar que les personalitats i entitats guardonades «donen continuïtat i enriqueixen el llegat social, cultural, intel·lectual i cívic de Catalunya», afirmant que «constitueixen referents en sentits ben diversos com la vàlua científica i acadèmica, des de la física i la geologia, a l'antropologia i el dret».

La distinció es va crear el 1981 amb la finalitat de distingir les persones naturals o jurídiques que, pels seus mèrits, hagin prestat serveis destacats a Catalunya. Qualsevol ciutadà, grup de ciutadans o entitat pot demanar que s'atorgui aquest guardó a alguna persona, ja sigui física o jurídica.

El disseny de la creu, de l'orfebre Joaquim Capdevila, està inspirat en la creu de l'escut de Sant Jordi, patró de Catalunya, i en l'àmbit del simbolisme religiós s'interpreta com un símbol de victòria.



Joan Carles Ollé, degà del Col·legi de Notaris de Catalunya, va rebre el guardó de mans del president de la Generalitat



**La Creu de Sant Jordi
és un dels màxims
reconeixements
que atorga la Generalitat
de Catalunya
a una institució**

Creus de Sant Jordi 2010

Trenta-tres Personalitats

Jaume Alsina Calvet. Empresari. Fundador del Grup Alimentari Guissona.
Alberto Aza Arias. Diplomàtic. Cap de la Casa de Sa Majestat el Rei.
Agustí Maria Bassols i Parés. Advocat i polític. President del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya.
Joan Botam i Casal. Religiós caputxí. Fundador del Centre Ecumènic de Catalunya.
Helena Cambó i Mallol. Mecenes. Presidenta de l'Institut Cambó.
Montserrat Carulla i Font. Empresària i mecenes. Presidenta Patronat Fundació Lluís Carulla.
Teresa Maria Castanyer i Bachs. Lingüista. Assessora lingüística de Televisió de Catalunya.
Josep Maria Codina i Vidal. Físic. Director de l'Observatori Fabra.
Joaquim Díaz i Muntané. Actor i director de doblatge.
Isidre Fainé i Casas. Economista i financer. President Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona.
Maria Àngels Falguès Avril. Activista cultural i política i editora. Fundadora d'Edicions del Trabucaire.
Maria Lluïsa Ferrer i Martínez. Educadora i directiva de serveis socials. Fundadora i presidenta de la Fundació Síndrome de Down de Girona i Comarques Astrid-21.
Josep Fornas i Martínez. Assessor fiscal, editor i polític.
Salvador Gabarró Serra. Enginyer industrial i directiu. President del grup Gas Natural – Unión Fenosa.
Tomàs Gil i Membrado. Músic.
José Antonio González Casanova. Polític, jurista i escriptor.
Francesc González Ledesma. Periodista, advocat i escriptor. Ex president del Consell de la Informació de Catalunya.
Jordi Gumí i Cardona. Fotògraf. Docent a l'Escola Massana de Barcelona i a l'Institut d'Estudis Fotogràfics de Catalunya.
Carlos Jiménez Villarejo. Fiscal. President del Comitè d'Ètica de la Policia de Catalunya.
Maria Dolores Juliano Corregido. Antropòloga social.
Teresa Juvé Acero. Pedagoga i escriptora.
Manuel López Lozano. Jurista i polític.
José María de Mena Álvarez. Cap de la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.
David Moner Codina. Advocat i dirigent esportiu. President de la Unió de Federacions Esportives de Catalunya.
Manuel Oltra i Ferrer. Compositor.
Maria Pàrraga Escolà. Educadora i experta en trastorns de l'aprenentatge. Directora de la Fundació Pedagògica El Brot.
Manuel Pérez Bonfill. Escriptor i professor de llengua i literatura.
Jordi Porta Ribalta. Promotor cultural. President d'Òmnium Cultural i Director de la Fundació Jaume Bofill.
Joan Rosell Sanuy. Geòleg.
Carles Sumarroca Coixet. Pèrit industrial i empresari. President d'Honor de Comsa Emte.
Maria Tera Miralles. Locutora de ràdio.
Joan Vila Grau. Pintor i vitraller. Fundador revista *Qüestions d'Art*.

Tretze Entitats

Associació de Mestres Rosa Sensat.
Associació del Via Crucis Vivent.
Casa Catalana de Saragossa.
Casino Unió Comercial.



Esbart Català de Dansaires.
Escola Valenciana – Federació d'Associacions per la Llengua.
Federació de Grups Amateurs de Teatre de Catalunya.
[Il·lustre Col·legi de Notaris de Catalunya](#)
Llotja de Reus.
Memorial Democràtic dels Treballadors i Treballadores de Seat.
Orde de la Mercè. Província de Catalunya-Aragó.
Societat Coral La Badalonense.
Unió Catalana d'Hospitals. Associació d'Entitats Sanitàries i Socials.



Commemoració del 50è Aniversari de la Compilació del Dret Civil de Catalunya

En el marc dels actes previstos per commemorar el 50è aniversari de la Compilació del Dret Civil de Catalunya, el Col·legi ha organitzat, a càrrec de diversos col·legiats, en els darrers mesos un [cicle de conferències](#) arreu del territori català.

El primer acte va tenir lloc a [Lleida](#), el passat 27 d'abril, i va comptar amb la presència de l'alcalde de la ciutat, Àngel Ros. La conferència va córrer a càrrec de Juan José López Burniol i, sota el títol de «L'impuls polític de la Compilació», el ponent va dissertar sobre el llarg procés cultural, polític i jurídic que va conduir al text de 1960. Durant el mes de maig, concretament el dia 5 a [Tarragona](#) i el 26 a [Girona](#), van tenir lloc les conferències de Martín Garrido Melero, sobre «El nou Dret Successori català: de la Compilació a l'actualitat», matèria sobre la que el conferenciant és un reputat especialista; i de Manuel Faus Pujol, titulada «De la Compilació a la innovació», respectivament: el conferenciant, familiar d'un dels compiladors, va fer una gran defensa del llegat de la Compilació, i alhora oferí un contrapunt crític de part de la legislació civil catalana posterior.

També [Tortosa](#) va acollir una Jornada al mes de Juny, organitzada conjuntament amb el Col·legi d'Advocats de Tortosa, i comptant amb la presència de l'alcalde de la ciutat, Ferran Bel, centrada en les especialitats locals del dret tortosí, en què hi van prendre part Elías Campo Villegas, qui va dissertar al voltant de «Els règims conòmics matrimonials al Dret Especial de Tortosa»; Miguel Ángel Campo Güerri, sobre «El testament sense institució d'hereu al Dret Especial de Tortosa»; Pedro Carpena Sofio va centrar la seva exposició en «L'engany a mitges, o la renúncia anticipada a l'acció de rescissió per lesió. El seu pacte a l'instrument públic»; i finalment Antonio Carril Pan, l'únic ponent no notari sinó Magistrat i expresident de l'Audiència provincial de Tarragona, que va centrar-se en «Els vicis del coïnsentiment en la renúncia de l'acció de rescissió per lesió, el tractament jurisprudencial».

L'acte final de commemoració va tenir lloc a [Barcelona](#), a la seu del Col·legi, el passat 21 de juliol, exactament 50 anys després de la data en què es va promulgar la compilació. Robert Follià Camps, destacat continuador de la tasca de la generació compiladora, va conferenciar sobre «Significat i importància de la Compilació». Amb la presència de la Consellera de Justícia, Montserrat Tura, i de diverses



Les conferències a Lleida (pàgina anterior), Tarragona, Girona i Tortosa van precedir l'acte central a Barcelona

autoritats de l'àmbit jurídic i econòmic, aquest acte va cloure oficialment l'ampli programa dissenyat per rememorar la compilació del Dret Civil de Catalunya, en què els notaris van tenir una molt destacada contribució i continua, avui dia, essent un document de referència útil i diària per a tot el notariat (*més informació al proper número*).

Cal agrair, una vegada més, la tasca portada a terme per tots els membres de la Comissió creada a tal efecte en el si del Col·legi, integrada per Joan Bernà i Xirgo, Jordi Figa López-Palop, Josep Rodríguez Calvo, Gabriel Suau Roselló i Josep M. Villafranca Mercé i presidida pel Degà, Joan Carles Ollé.

LA INESTIMABLE CONTRIBUCIÓ DEL NOTARIAT

És només una figura literària l'afirmació de Josep Pla que tot el paisatge que s'albira des del Pedró de Pals l'han conformat els notaris de la Bisbal; però és una realitat constatable, com escrivia Duran i Bas, que l'organització social d'un poble es troba reflectida en les seves lleis civils que modelen els trets característics de les seves relacions personals i patrimonials.

La Compilació de Dret Civil de Catalunya de 1960 és un punt d'arribada, final exitós d'un llarg procés de conservació i defensa del dret civil propi, que s'inicia en el Segle XVIII i agafa embranzida en el segle XIX en començar els treballs preparatoris del Código Civil, aconseguint introduir l'article 12 d'aquest text legal que preservava els anomenats aleshores drets forals, i continua després fins la plasmació legal d'aquests drets civils peninsulars en les Compilacions, fonamentalment arran del Congrés de Dret Civil de Saragossa de 1946.

La Compilació, un text d'extraordinària qualitat jurídica, és una obra col·lectiva, impulsada pel conjunt de la societat civil i la comunitat jurídica catalana. Fonamentalment, però, en la seva el·laboració hi destacaren els juristes pràctics, advocats i notaris, sobretot. És just recordar que en la tasca de redactar-la fou decisiva la contribució del notariat i d'alguns dels seus membres més il·lustres, com Ramon Maria Roca Sastre, Ramón Faus, José Ma de Porcioles i Lluís Figa Faura, incorporant-hi moltes de les institucions pròpies de Catalunya però també, com diu el seu article 2, de les peculiars d'algunes poblacions o comarques com són Barcelona, Tortosa i els seus termes, el Camp de Tarragona, el Bisbat de Girona, la Vall d'Aran, el Pallars Sobirà i la Conca de Tremp que, malgrat el pas del temps, s'havien conservat vigents, depurades i actualitzades en els seus protocols.

Aquesta implicació del notariat amb el Dret Civil de Catalunya de fet és molt anterior a la Compilació. Ha continuat després de la Constitució de 1978 amb figures tant rellevants com Josep Maria Puig Salellas, i continua en la actualitat, amb una participació nombrosa i qualificada de col·legiats en el si de l'Observatori de Dret Privat de la Generalitat, treballant amb el conjunt de col·lectius jurídics, catedràtics, professors universitaris, advocats i registradors, sobretot, en l'el·laboració del Codi Civil de Catalunya.



La Directora General va estar acompanyada de diversos membres de la Junta de Govern

El Dret de Societats, vist per la Directora General dels Registres i Notariat

El Col·legi va comptar amb la presència, el passat 27 de maig, de la Directora General dels Registres i del Notariat, [María Ángeles Alcalá](#), qui va pronunciar la conferència «Present i futur del Dret de Societats en un marc econòmic canviant».

En la seva presentació, el Degà del Col·legi, Joan Carles Ollé, va agrair a la Directora General la seva defensa constant de la funció notarial i de l'actual sistema de seguretat jurídica preventiva, així com la cerca permanent del consens entre notaris i registradors. Tanmateix, també li va transmetre el descontent del col·lectiu notarial davant de

les recents mesures econòmiques adoptades pel Govern, recollides al Reial Decret 8/2008, de 20 de maig, en la mesura que afecten un aranzel que ja ha estat objecte de moltes rebaixes i que, des que es va aprovar l'any 1989, no s'ha actualitzat. Pel que fa a la conferència, va afirmar que «fenòmens com la globalització, la mundialització dels mercats, la immigració o la crisi econòmica actual impliquen canvis vertiginosos en la societat mateixa i en les iniciatives per part dels poders públics i dels organismes legislatius, als quals cal posar molta atenció». En aquest sentit, va afirmar que «el notariat sempre ha sabut adaptar-se a tots els canvis socials», i va destacar que durant l'any llarg de mandat de la nova Directora s'observa un fort impuls de renovació i modernització dignes d'elogi.

Canvis de tendència

En el transcurs de la conferència, M^a Ángeles Alcalá va fer un [breu repàs a la història i l'evolució del Dret de Societats](#), i va analitzar determinats [canvis de tendència](#), així com els [reptes](#) que ha d'assumir Espanya per abordar la necessitat de [modificacions legals](#) que vénen imposades des d'Europa. A continuació, publiquem un resum de la seva exposició.

En els últims anys, se ha produït un [replantejament](#) respecte de les tradicionals relacions tipològiques de les societats de capital i en relació amb els models empírics. Ja no es parla de societat anònima i de societat de responsabilitat limitada, sinó de societat cotitzada i societat tancada. S'han fet nombroses reformes normatives en l'última dècada, tant en estats membres de la Unió Europea com en Dret comunitari, prenent sovint com a base el debat sobre «corporate governance».

En el Dret de Societats Cotitzades han influït especialment els escàndols financers, els debats sobre el funcionament de mercats, les diferències entre el model anglonord-americà i l'europeu continental i la necessitat de protecció dels inversors. Entre les [reformes més destacades](#) trobem la Llei de control i transparència de 1998 i la Llei sobre accions i flexibilització de l'exercici dels drets de soci de 2001, o la Llei de transparència i publicitat de 2002, totes a Alemanya. A Itàlia, el text únic financer de 1998 i la reforma del Codi civil de 2003 han marcat un nou marc de referència. A França es va desenvolupar una nova regulació econòmica el 2001 i la nova regulació dels mercats financers de 2002, a més de modificacions profundes en relació amb el Dret de Societats de Capital i les conseqüents reformes del Codi civil i dels codis de comerç. Al Regne Unit, l'any 2001 es va modificar la «company Act». A Espanya es va incorporar la Llei financera de 2000 i, sobretot, la Llei de transparència de 17 de juliol de 2003. En el context europeu, trobem les propostes de la



Des de l'any 2000 fins a l'actualitat, el 95% de societats constituïdes a Espanya ho han fet com a societat de responsabilitat limitada

Comissió de l'any 2003, que recollien les recomanacions que l'informe Winter havia anat incorporant. També la modificació de la primera directiva comunitària va ser significativa com a mecanisme de protecció. Als Estats Units, s'han intentat incrementar els nivells de seguretat, confiança i transparència amb la Llei Sarbanes-Oxley de 2002, d'àmbit federal.

Pel que fa a la [protecció de l'inversor](#), s'han obert dos camins: d'una banda l'increment d'instruments de transparència i informació per garantir que l'inversor tingui prou elements de valoració; i el control sobre l'administració societària. En aquest sentit, s'incorporen noves tecnologies en el funcionament societari, com a mitjà de protecció de l'inversor, fent que la divulgació de la informació rellevant es faci de manera no costosa per al soci i que es pugui divulgar als mercats, no a destinataris concrets. D'altra banda, es pretén que els inversors s'impliquin en la gestió societària a través de la seva participació en la Junta General. Amb aquest fi, s'introdueixen instruments de potenciació de la Junta, per una banda, i d'abaratiment i flexibilització dels instruments de participació del soci, per l'altra.

Els mercats anglonord-americans tenen poc a veure amb el mercat d'Europa occidental, com tampoc és comparable la sociologia de la cotitzada. Per això en el context dels debats i reformes a Europa, s'opta per una doble via: mantenir instruments tradicionals del Dret de l'Europa continental, i incrementar els mecanismes orientats als mercats més propis dels models anglonord-americans. En relació amb la cotitzada, s'ha intentat fer un sistema coordinat en què no s'abandonin els aspectes societaris i es reforcin els aspectes financers.

D'altra banda, a Europa occidental s'obre un [debat entre model dualista i model monista](#), i s'aprecia una expansió del model dualista d'administració societària al qual els països llatins eren inicialment contraris. La teòrica associació entre el model dualista i la representació dels treballadors en l'estructura societària s'ha dissolt i països com França i Itàlia han incorporat aquest model a les seves legislacions nacionals. En aquest moment Espanya és un dels pocs països que no tenen una alternativa al sistema monista, a excepció de la incorporació del Reglament d'estatut de societat a la Unió Europea, que sí que ho preveu.

Preponderància de la Societat de Responsabilitat Limitada

A Espanya, les societats de responsabilitat limitada s'han consolidat com el model estàndard de societat preferent per a les petites i mitjanes empreses (pimes). Així, des de l'any 2000 fins a l'actualitat, el 95% de societats constituïdes a Espanya ho han fet com a societat de responsabilitat limitada; i un 1% des de 2008 i amb tendència decreixent, com a societats anònimes. Els treballs dels legisladors espanyols, com ho han estat els dels europeus, van en la línia de millorar, simplificar i abaratir costos en el procés de creació de pimes, intentant que la intervenció estatal se centri més a fomentar i ajudar que no a controlar la constitució de societats. D'altra banda, es pretén simplificar i abaratir els costos constitutius. El 2008 es va publicar el document «Small Business Act», on es reconeix el paper fonamental de les pimes a l'economia comunitària, en la creació de llocs de treball i en el PIB, així com la idea que la seva constitució ha de respondre normativament a una forma oberta, flexible, econòmica i ràpida. L'objectiu és crear un marc econòmic de competència entre les pimes al si del mercat interior i millorar l'entorn jurídic i administratiu relatiu a la seva constitució i funcionament.

La idea que ja s'ha incorporat a algunes reformes del Dret Espanyol de Societats ha estat [l'adaptació dels tipus societaris als models sociològics d'empresa](#). També s'ha creat un nou tipus societari: la societat limitada nova empresa, la singularitat de la qual resideix a preveure un procés constitutiu diferent. Altres països, com Alemanya o Portugal, el que han fet és adaptar o reformar la legislació sobre societats de responsabilitat limitada introduint modificacions en referència a la seva constitució, simplificant i abaratint costos. Cal assenyalar, en aquest context, el



María Ángeles Alcalá va afirmar que vivim un moment crucial, marcat per profunds canvis

**“Defensem
la modernització
del model sense
alterar-ne l’essència.
Notaris i registradors
sou observadors
privilegiats”**

reglament de societat privada europea que s'està debatent actualment, i que té com a idea orientadora la conformació d'un tipus societari nou per a les pimes. Si veu la llum, suposarà un important canvi de tendència, ja que el seu plantejament gira al voltant d'un tipus societari de capital, amb la translació dels mecanismes de control als mercats i la inoperància d'instruments tradicionals de control propis del dret d'Europa continental. La flexibilitat organitzativa i el reconeixement d'un ampli marge d'autonomia de voluntat marquen un canvi d'orientació del Dret Comunitari en matèria societària.

El futur pròxim: modernitzar el sistema sense alterar la seva essència

Segons la Directora General, els propers anys seran anys de [reformes del Dret de Societats](#) al nostre país. El nou context regulador europeu intenta harmonitzar el dret de societats per establir marcs reguladors molt flexibles, però imposant models específics a les legislacions nacionals, la qual cosa pot canviar la manera de legislar dels estats membres. Es pot crear un context de regulació en el qual existeixi competència entre legislacions i en què les empreses optin per ubicar la seu social als països on la legislació societària els sigui més favorable. Per tant, la legislació societària pot convertir-se en un element de creació de teixit productiu i de creació de llocs de treball, i resulta fonamental en el disseny dels sistemes econòmics europeus.

A Espanya s'ha aprovat la ponència de la Comissió General de Codificació sobre el Text refós de la llei de societats de capital –matèria fins ara poc ordenada i asimètrica– i, per altra banda, estem pendants de la transposició de la Directiva comunitària sobre drets dels accionistes. Cal considerar l'accionista des de la doble condició d'inversor i d'accionista, fins i tot a les cotitzades, i cal afrontar la incorporació d'instruments de manera adaptada i singularitzada segons les particularitats pròpies de la cotitzada, però sense renunciar a instruments societaris.

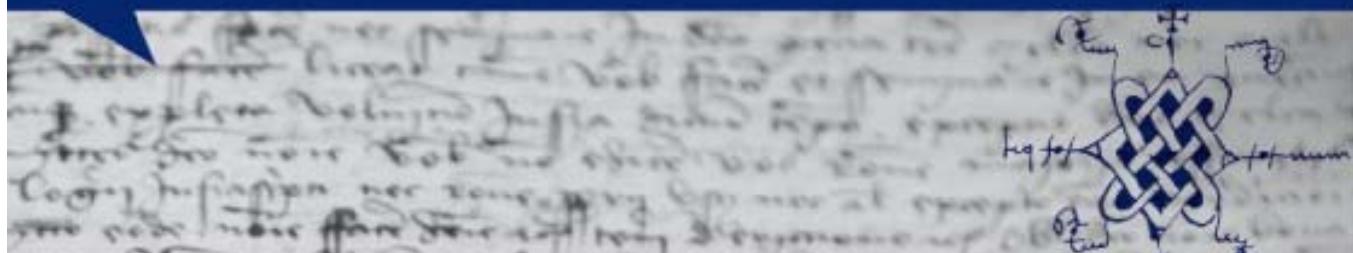
Pel que fa a la regulació del Dret de Societats com a mitjà per incrementar la competitivitat del sistema econòmic i de les empreses, l'objectiu de la simplificació i de la reducció de costos constitutius s'ha aconseguit a Espanya creant un tipus societari nou. Però la societat nova empresa no ha calat entre els operadors jurídics i econòmics. Ara s'ha canviat la tendència per abordar un procés de simplificació, agilització de tràmits i abaratiment de costos per a les pimes. El Projecte de Llei d'economia sostenible, als seus articles 38 i 42, configura un sistema constitutiu de societats que pretén ser àgil, flexible, ràpid i econòmic. A Alemanya, per exemple, s'ha suprimit l'escriptura pública per a les microempreses, o Portugal l'ha suprimida per a la constitució de petites societats. Aquí, tot i suposar un sacrifici, s'ha aconseguit assolir la idea de la simplificació i flexibilització sense haver de renunciar al nostre model. Agilitzar el procediment mitjançant la generalització de mètodes telemàtics, reduir els temps de resposta dels funcionaris públics que hi intervenen i alleugerir la càrrega administrativa dels ciutadans són alguns dels objectius d'aquesta Llei.

Com a conclusió, María Ángeles Alcalá va afirmar que vivim un moment crucial, marcat per profunds canvis econòmics, socials i tecnològics que tindran una gran transcendència pel que fa al marc jurídic general i al Dret de Societats. Seran necessaris canvis fets amb coherència i serietat i tenint sempre en compte l'entorn econòmic. Per fer-ho, serà necessari comptar amb la col·laboració de tots els operadors econòmics i, sobretot, amb els operadors jurídics i «tots els que tradicionalment heu fet realitat el procés de constitució de societats. Cal fer una reflexió sobre el paper que s'ha de desenvolupar en el nou marc normatiu i econòmic. El que defenem és la modernització del model sense alterar-ne l'essència. Notaris i registradors sou observadors privilegiats i les vostres consideracions professionals tenen un valor extraordinari en aquest procés que iniciem, que suposarà un procés de transformació i de modernització del Dret de Societats del nostre país».

cnoti- cias

SETEMBRE
2010

Butlletí informatiu del Col·legi de Notaris de Catalunya



[Butlletí informatiu del Col·legi de Notaris de Catalunya, per veure faci 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