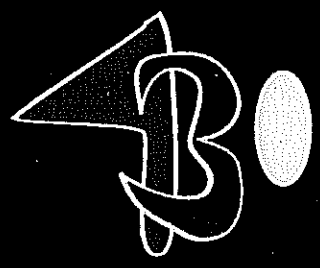
LUNES
CUATRO TREINTA



Revista de asuntos registrales

Año XVI - Núm.348 - 2ª Quincena, junio, 2003

sumario

-348. 2ª Quincena de Junio, 2003

CASOS PRACTICOS 2

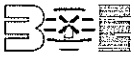
RESOLUCIONES 4

SENTENCIAS 8

CONDICIÓN RESOLUTORIA NO CANCELADA Y TERCER ADQUIRENTE (COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DGRN DE 12 DE ABRIL DE 2003) por Luz M. Martínez Velencoso . 13

KIOSCO por Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés..... 20

SECCIÓN FISCAL por Martín Brotons Rodríguez 39


RESEÑA LEGISLATIVA 50

LUNES 4'30

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

COORDINADORA GENERAL
Carmen Gómez Durá

COLABORADOR ESPECIAL
José Bollaín Gómez

CONSEJO DE REDACCIÓN

Alberto Adán García
Maria-Emilia Adán García
Fatima Azpitarte Santos
Cristina Carbonell Llorens
Vicente Carbonell Serrano
Rafael Carbonell Serrano
Vicente Domínguez Calatayud
Consuelo García Pedro
Inmaculada Gosálvez Simbor
Susana Juste Ribes
Cristina Martínez Ruiz
Fernando Ortega Gironés
Mercedes Ríos Peset
Alicia de la Rua Navarro
Miguel Soria Lopez

MAQUETACIÓN
Regina Martínez Vicente

SECRETARIA
Sta. María Dolores
Pintor Peyró, 12
46010 - Valencia
Tfno.: 963 897 813
FAX: 963 694 195
cuatrotreinta@hotmail.com

Depósito legal: V-1212-1988

La revista Lunes 4.30 agradece y respeta los trabajos de todos sus colaboradores sin asumir las opiniones vertidas en los mismos.

casos prácticos

Por Cristina Martínez Ruíz
(Registradora de la Propiedad)

SUCESIÓN HEREDITARIA CONDICIONAL.

Un testador instituye heredero a su hermano (A) bajo la condición de que a su muerte (la de A) deje hijos, y para el caso de que falleciera sin dejar hijos, los bienes pasarán a los hijos que la hermana (B) del testador tuviera en ese momento.

El testador fallece y A hereda los bienes. Una de las fincas heredadas la vende a un tercero y se inscribe la venta bajo la condición de al fallecimiento de A éste deje hijos.

A fallece sin dejar hijos, y se presenta una escritura en el Registro en la que cinco señores dicen que son los hijos de B y ratifican la venta de la finca hecha por A.

Esta escritura de ratificación no se puede inscribir pues esos cinco señores deben acreditar que al fallecimiento de A eran los únicos hijos de B, para lo que será necesario acta de notoriedad, tal y como establece el artículo 82.3 RH.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Un edificio constituido en propiedad horizontal tiene una planta baja que está dividida en dos elementos independientes, uno destinado a local comercial y otro destinado a garajes, perteneciendo ambos al mismo propietario.

En los estatutos se reconoce a favor del dueño del garaje la posibilidad de agruparlo, dividirlo, ... sin necesidad de autorización de la Junta de Propietarios, pero no se dice lo mismo respecto del local comercial.

El dueño de ambos elementos presenta en el Registro una escritura de agrupación de los mismos diciendo que el resultado de la agrupación es una planta baja destinada a locales y a garajes.

Esta escritura no puede inscribirse ya que para agrupar el local comercial a otro elemento se requiere autorización de la Junta de Propietarios, ya que para este local no existe una cláusula estatutaria que elimine esta autorización.

SEGURO DECENAL EN LAS OBRAS NUEVAS.

Una sociedad es dueña de dos solares que son dos fincas registrales diferentes y pide licencia para construir dos viviendas pareadas.

El proyecto que presenta es único para las dos viviendas y la licencia se concede para la construcción de dos viviendas pareadas.

La sociedad vende cada solar a un particular y los particulares presentan una escritura de declaración de obra nueva terminada de cada una de las viviendas pareadas.

En la escritura cada particular declara haber construido en su parcela una única vivienda unifamiliar para uso propio, y describen cada vivienda de modo que no resulta que exista una pared medianera ni ningún otro elemento común, ya que sólo dicen que por uno de sus linderos una vivienda linda con la otra.

Aunque hubo algún contertulio que entendió que sí era necesario el seguro decenal en este caso ya que partiendo del proyecto y de la licencia, no estamos ante una única vivienda unifamiliar ni ante un promotor individual, la mayoría entendieron que no era necesario pues estamos ante dos solares, dos viviendas que de la descripción parecen independientes, y dos particulares que la van a destinar al uso propio.

PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL.

En el Registro se ha extendido al margen de la inscripción de la hipoteca nota marginal de expedición de la certificación a la que se refiere el art. 236-b RH, es decir, en un procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca, y el titular de la finca pide que se cancele pues el acreedor ha desistido de dicho procedimiento.

Para cancelar la nota será necesario que el Notario que solicitó la certificación registral haga constar ese desistimiento por parte del acreedor hipotecario .

Mientras la nota marginal no se cancele, si llega al Registro una escritura de cancelación de la hipoteca el Registrador deberá comunicarlo inmediatamente al Notario, art. 236-b.3 RH.

COMPRAVENTA CON CONDICIÓN RESOLUTORIA.

En el Registro figura inscrita la venta de unos pisos en construcción a una serie de compradores particulares bajo la condición resolutoria de que si no pagan al vendedor la cantidad del precio pendiente de pago a la entrega de los pisos terminados, se resolverá la venta y los pisos volverán a la propiedad de la sociedad vendedora.

Después de esta venta, se anota el embargo del derecho del vendedor a recuperar los pisos en caso de que se cumpla la condición resolutoria.

Con posterioridad, la sociedad constructora desaparece sin haber terminado los pisos, y los propietarios de los mismos quieren cancelar la condición resolutoria y la anotación del embargo manifestando que si ellos no han pagado la cantidad pendiente del precio es porque la constructora no ha terminado los pisos ni los va a terminar ya que ha desaparecido.

Por un lado, para la cancelación de la anotación del embargo deberán personarse en el procedimiento y ante el juez que la ordenó y exponer sus alegaciones, ya que es el juez que ordena la anotación a quien le corresponde cancelarla.

Para cancelar la condición resolutoria, dado que la sociedad constructora no puede prestar su consentimiento en escritura pública, los interesados tendrán que ir a un procedimiento declarativo ordinario.

MINISTERIO DE JUSTICIA

RESOLUCIONES

Dirección General de los Registros y del Notariado

Por CONSUELO GARCÍA, PEDRO FANDOS y SUSANA JUSTE.
(Registradores de la Propiedad)

R. 11-MARZO-2003 (BOE 26-04-03)

INTERPRETACIÓN DEL ÚLTIMO INCISO DEL ARTÍCULO 9-8 DEL CC

Se plantea el significado del siguiente párrafo del artículo 9-8 del Código Civil, introducido por la Ley de 15 de Octubre 1990 "los derechos que por ministerio de la Ley se atribuyan al cónyuge superstite se regirán por la misma Ley que regule los efectos del matrimonio".

En el caso planteado se trata de una escritura de partición de herencia intestada de un causante de vecindad catalana adquirida por residencia, en la que sus herederos intestados son la viuda y sus dos hijos menores, atribuyéndose la primera en pago de gananciales la mitad de los bienes, y en pago de sus derechos intestados conforme a la legislación de Cataluña el usufructo de la otra mitad (es decir usufructo universal), correspondiendo a los hijos la nuda propiedad.

Según el Registrador la interpretación del último inciso del artículo 9-8 es la siguiente: los esposos estaban sujetos al régimen de gananciales , y por tanto a la viuda no le corresponde el usufructo universal que le atribuye el derecho catalán, sino usufructo de un tercio conforme al derecho común. El tema estriba en determinar qué Ley se debe aplicar en el supuesto de concurrir varios ordenamientos jurídicos en una sucesión. En esencia caben dos interpretaciones:

1.- La Ley que rige los efectos del matrimonio regula todas y cada una de las atribuciones que corresponden al supérstite.

2.- O que dicha Ley se aplique sólo a las atribuciones legales de carácter familiar que surjan a favor del viudo al fallecer su cónyuge, pero no a las atribuciones legales que correspondan al supérstite por ministerio de la Ley ligadas al régimen económico matrimonial sean de carácter familiar o sucesorio. Por tanto quedan fuera del precepto los derechos abintestato, con la consecuencia de que dicho precepto no regirá la atribución del usufructo universal al cónyuge supérstite en la herencia intestada del cónyuge premuerto.

El Presidente del TSJ y la DGRN estiman el recurso a efectos doctrinales

(Susana Juste)

R. 23-ABRIL-2003
(BOE 17-05-03)

DERECHO DE OPCION DE COMPRA CADUCIDAD DEL EJERCICIO DEL EJERCICIO DEL DERECHO Y CADUCIDAD DEL ASIENTO.

En el Registro aparece constituido un derecho de opción de compra en favor de una sociedad y para el supuesto de que ésta no lo ejercite antes del día 15 de febrero de 1999, los titulares registrales constituyen otro derecho de opción de compra a favor de otra sociedad, de tal modo que si transcurre el plazo para el ejercicio de la primera opción pactada (8 de febrero de 1999) sin que se ejercite, la sociedad que lo ostentaba pierde la posibilidad de ejercitarlo en otro tiempo. La eficacia del segundo derecho de opción de compra está sometido a la condición suspensiva de que la primera sociedad no ejercite dentro del plazo concedido el derecho de opción de compra contituido con anterioridad. Esta circunstancia quedará acreditada y por tanto la segunda opción de compra se extinguirá, si antes del día 12 de febrero de 1999 se presenta en el Registro la escritura pública de compra.

Presentada en el Registro escritura en que los titulares registrales solicitan la cancelación del derecho de opción de compra a favor de la primera sociedad por no haberse presentado en el Registro, en el plazo acordado, la escritura de ejercicio de la opción, el Registrador deniega la cancelación por no constar el consentimiento del titular del derecho de opción ni resultar del Registro la extinción del derecho.

La D.G. confirma la calificación del Registrador, porque el plazo para el ejercicio de la opción es plazo de caducidad del derecho y no de caducidad del asiento, sin que pueda el Registrador cancelar el asiento, aunque haya transcurido el plazo fijado para el ejercicio del derecho, porque desconoce si la opción se ha ejercitado o no dentro del plazo fijado. Además, las partes habían previsto la extinción del segundo derecho de opción de compra, pero no la del primero.

(Consuelo García Pedro)

R. 24-ABRIL-2003
(BOE 17-05-03)
Y R. 15-ABRIL -2003
(BOE 19-05-03)

OPCIÓN DE COMPRA.

La DGRN las resuelve en el mismo sentido que la Resolución de 27 de marzo de 2003. BOE de 3 de mayo de 2003.

(Susana Juste)

R. 16-ABRIL-2003
(BOE 19-05-03)

APORTACION DE BIENES A LA SOCIEDAD CONYUGAL

En este supuesto, pactada inicialmente la separación de bienes entre los cónyuges, se pasó después, constante matrimonio, al régimen de la sociedad de gananciales, con la pretensión de hacer comunes los bienes adquiridos y las deudas contraidas por cualquiera de ellos desde el momento de la celebración del matrimonio, o sea, mientras rigió la separación de bienes.

Posteriormente, disuelta la sociedad de gananciales por divorcio aunque pendiente la liquidación, uno de los cónyuges pretende inscribir como común un bien adquirido por el otro cuando en el matrimonio regía el regimen de separacion de bienes, acudiendo a un negocio de aportación del bien a la sociedad de gananciales en el que además de su consentimiento presta el de su antigua esposa, haciendo

uso del poder que recíprocamente se habían conferido a tal fin en la escritura que recogia el cambio de régimen.

La D.G. señala que el poder que invoca el otorgante del título cuya inscripción ha rechazado el Registrador quedó revocado por la aplicación del art. 102-2º del C.C. y por tanto ese consentimiento ha de tenerse por inexistente.

Además, los términos de las capitulaciones matrimoniales no son lo suficientemente explícitos sobre el alcance de la comunicación de bienes convenido y por tanto sería necesario concretar a posteriori en qué bienes se daban las circunstancias que determinaban su integración o exclusión de la nueva masa ganancial para lo que era necesario el consentimiento al menos de quien figurase como su titular, lo que justifique esa aparentemente innecesaria exigencia de posteriores escrituras de aportación para cuyo otorgamiento los cónyuges se apoderaran recíprocamente y que una vez extinguido el poder sólo el afectado pueda llevar a cabo sin perjuicio de instar que se supla judicialmente su negativa a hacerlo.

(Consuelo García Pedro)

R. 21 -ABRIL-2003 (BOE 19-05-03)

VALOR DEL PODER ALEMÁN A EFECTOS DE REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Se presenta una escritura de elevación a público de un documento privado de compraventa y herencia, cuyos otorgantes son de una parte el administrador único de la sociedad vendora, y de otra parte los cuatro hijos herederos de la compradora de nacionalidad alemana, representados por un letrado, que acredita dicha representacion en virtud de documento autorizado en Alemania apostillado y traducido al español, en el que el Notario legitima las firmas de los poderdantes y los identifica, pero expresa que desconoce el contenido del texto dado que está redactado en español, idioma que no conoce.

La cuestión que se plantea es si dichos poderes alemanes deben o no considerarse documento público a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad, habida cuenta de que el Registrador considera que no existe juicio notarial de capacidad , ya que si el Notario desconoce el idioma en que está redactado, ello impide apreciar su capacidad.

La DGRN resolvió el 11 de Junio de 1999 un supuesto similar, y recuerda que en derecho alemán el poder puede otorgase en dos tipos de documentos públicos: El equivalente a nuestra escritura pública y el que pudiera llamarse "poder diligencia", con carácter general para ambos se exige al Notario que se asegure de la capacidad de los que firman, sin que se exija la constancia expresa de este juicio. Este poder diligencia se considera en derecho alemán apto para herencias y para provocar inscripción en los Registros Públicos.

La DGRN estima el recurso y revoca la nota.

(Susana Juste Ribes)

R. 22-ABRIL-2003 (BOE 19-05-03)

USUFRUCTO. CONSTITUCIÓN A FAVOR DE DETERMINADAS PERSONAS Y SUS DESCENDIENTES.

El Registrador rechaza la inscripción de una escritura por la que una sociedad cede a determinadas personas y a sus descendientes hasta la segunda generación, a cambio de una contraprestación anual, el derecho de usufructo sobre dos fincas. Son objeto de recurso los siguientes defectos alegados por el Registrador:

1.-La necesaria ratificación de la Junta General, por no tratarse de un acto dentro del objeto social propio de una sociedad mercantil,

dada la escasa cuantía de la contraprestación de los usufructuarios. La D.G. revoca este defecto y reitera la doctrina en orden a los actos neutros, complemetarios y contrarios al objeto social.

2.-No se acredita ni se manifiesta en la escritura la vigencia del cargo del Consejero Delegado. Tampoco este defecto puede mantenerse por no ser imprescindible dicha manifestación , que no exige ninguna norma, y por contra se afirma que el cargo está inscrito en el Registro Mercantil.

3.- Constituido un derecho a favor de una pluralidad de personas debe constar la participación que les corresponde. Este defecto debe mantenerse, pues no siendo un usufructo conjunto, así lo exige el artículo 54 R.H.

4.-Debe aclararse si al fallecimiento de los primeros titulares la nueva transmisión del derecho de usufructo es a favor de sus descendientes o sus herederos directos, pues no son expresiones sinónimas, y así lo confirma la D.G.

5.- No consta el nombre de los cónyuges de las personas que adquieren el derecho de usufructo, ya que los casados lo harán con carácter ganancial a no ser que tengan otro régimen económico matrimonial. Así lo confirma la D. G., en base a los arts. 9 L.H. y 51.9 R.H.

6.- Falta de concreción de los apartados II y IV de la claúsula segunda, en contra del principio de especialidad, que exige concretar el contenido y extensión del derecho real. La D.G. señala que tales claúsulas, al carecer de trascendencia real, no deben acceder al Registro, lo que no impide la inscripción del total negocio.

(Consuelo García Pedro)

R. 7-MAYO-2003 (BOE 6-06-03)

LEGALIZACIÓN LIBRO DE ACTAS

El recurrente presenta escrito solicitando la cancelación de una nota marginal de haberse diligenciado el libro de actas de una comunidad residencial, alegando la inexistencia de la misma. El Registrador deniega la inscripción pues existen datos de los que se desprende la existencia de dicho complejo. La DGRN revoca el recurso y confirma la nota del Registrador, pues conforme al 415 RH el recurso en él contemplado es para la negativa del Registrador a practicar la nota marginal de haberse diligenciado el libro de actas, pero no para su cancelación y conforme al art. 40 L.H., los asientos del Registro, una vez practicados están bajo la salvaguarda de los Tribunales y sólo podrán rectificarse por los medios que el propio precepto establece y entre ellos no figura el recurso gubernativo.

(Pedro Fandos Pons)

R. 10-MAYO-2003 (BOE 6-06-03)

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DESLINDE DEL DOMINIO PÚBLICO MARITIMO TERRESTRE

Se pretende por el recurrente la cancelación de una anotación preventiva de deslinde del dominio público marítimo terrestre practicada sobre una finca de su titularidad a instancias del Servicio Provincial de Costas de Alicante, mediante escrito en el que se alega que la solicitud de cancelación del asiento al Servicio de Costas debe entenderse estimada por silencio postivo. El Registrador suspende la inscripción pues debe presentarse la calificación del acto presunto que acredite el consentimiento del Servicio de Costas a la cancelación, la DGRN no estima el recurso y confirma la nota del Registrador, pues la anotación sólo puede cancelarse por caducidad, por terminación del expediente, que en este caso aún no se ha producido, o por ser excluida la finca del procedimiento, pero siendo un procedimiento iniciado de oficio por la Administración no es aplicable el art. 43 de la LRJAP y PAC 30/92 sino el art. 44.

(Pedro Fandos)

SENTENCIAS

ALICIA DE LA RUA NAVARRO
Registradora de la Propiedad

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE OCTUBRE DE 2002.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD: FALTA DE CONSTANCIA, EN UNA INSCRIPCIÓN DE COMPRAVENTA, DE UNA CLÁUSULA EN LA QUE EL VENDEDOR SE RESERVA PARA DETERMINADO EVENTO LA FACULTAD DE RETRAER. OMISIÓN DE LA DENEGACIÓN MOTIVADA.

ARTÍCULOS CITADOS: 9, 18, 19, 65, 66, 99 Y 300 DE LA LEY HIPOTECARIA; 51.6, 111, 127, 429 Y 434.4 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO; 1507, 1508 Y 1518 DEL CÓDIGO CIVIL.

Hechos:

1º.- El 27 de marzo de 1991 el Pleno del Ayuntamiento de la ciudad X aprueba el Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas que habían de regir en la venta mediante subasta pública de una parcela de propiedad municipal, finca registral A, adjudicándose provisionalmente a la entidad mercantil B, S.A. el 11 de junio de 1991 y adoptándose el acuerdo de adjudicación definitiva el 4 de julio siguiente.

2º.- El 6 de agosto de 1991 se otorgó la correspondiente escritura pública, a la que se adjuntó, formando parte integrante de la misma, el Pliego de Condiciones, cuya cláusula dos establece: "Si el bien enajenado no fuese destinado a uso hotelero en el plazo de dos años a contar desde la notificación, el adquirente deberá abonar al Ayuntamiento 20 millones de pesetas o alternativamente el Ayuntamiento podrá ejercitar el derecho a retraer la finca vendida. El pago del precio y demás gastos necesarios no se abonarán por el Ayuntamiento en concepto de compensación por el uso y disfrute del adquirente de la parcela tramitada". Dicha cláusula no fue inscrita en el Registro de la Propiedad.

3º.- Transcurridos dos años desde la adjudicación sin que la entidad B, S.A. hubiera destinado la parcela a uso hotelero ni abonado los 20 millones de pesetas, el Pleno del Ayuntamiento acordó resolver el contrato y retraer la finca vendida.

4º.- La entidad mercantil B, S.A. había vendido la finca a C, S.A. mediante escritura pública del 18 de diciembre de 1991, inscrita en el Registro de la Propiedad el 21 de abril de 1992, quien a su vez la permutó al Banco D a

cambio de créditos en escritura pública de 26 de octubre de 1993, inscrita en el Registro el 27 de diciembre del mismo año.

5º.- El Ayuntamiento interpuso demanda de reclamación de cantidad por importe de 20 millones de pesetas contra el Registrador de la Propiedad, por el concepto de indemnización de daños y perjuicios causados a la parte actora a consecuencia de no haber inscrito la cláusula segunda del Pliego de Condiciones.

6º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda. En la apelación, la Audiencia Provincial revoca aquella sentencia y condena al demandado. Éste recurre en casación.

Fundamentos de Derecho:

Se alegan por el demandado dos cuestiones fundamentales:

a) En primer lugar, considera que en la cláusula controvertida no se contiene una condición resolutoria expresa ni un pacto resolutorio y que, por tanto, carece de trascendencia real, no debiendo acceder al Registro de la Propiedad.

b) En segundo lugar, que en la parte dispositiva de la escritura no se recoge dicha cláusula, que aparecía en el Exponiendo II, por lo que en aplicación de la doctrina de los contratos reproductivos hay que distinguir dos consentimientos sucesivos, sin que en el segundo de ellos, el contenido en la escritura de compraventa, se establezca la facultad de pago de 20 millones de pesetas ni la facultad de reversión al Ayuntamiento, que solamente se consagraban en el primero de los consentimientos, en la adjudicación definitiva derivada de la subasta pública bajo el Pliego de Condiciones correspondiente.

El Tribunal Supremo parte de que la cláusula tiene, cuando menos, una apariencia notoria de trascendencia real, por lo que el demandado no debió limitarse a ignorarla, sino que debió denegar su inscripción, con arreglo a su convicción, con la motivación adecuada; la acción ejercitada es la de responsabilidad civil por negligencia, la cual viene configurada por la falta de una "denegación motivada" de la inscripción de la cláusula, que habría permitido subsanar o recurrir.

Al margen de ello, y en cuanto a la consideración o no de la cláusula como de naturaleza real, entiende el Alto Tribunal que de su redacción resulta evidente que en ella no se recoge una condición resolutoria expresa, pero si se contiene un pacto de retro o retracto convencional, regulado en los ats. 1507 y siguientes del C.c. que constituye un derecho real con acceso al Registro de la Propiedad.

El retracto convencional consiste en un convenio por el que el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida, devolviendo al otro contratante la suma recibida y los gastos consignados; se trata en definitiva de un pacto de reversión estipulado con el carácter de condición potestativa. Sus notas características son: a) que su ejercicio dependa de la simple voluntad del vendedor; b) que consista en un derecho a retraer o recuperar, no a adquirir de nuevo; c) que el derecho se ejercite durante el plazo contractual o legal marcado, ya que en caso contrario el comprador adquiere de modo irrevocable el dominio de la cosa vendida por caducidad del derecho a recuperarla; d) satisfacción de las prestaciones del art. 1518 del C.c.

En el caso en cuestión se dan estos requisitos, ya que la inexistencia de precio y plazo lo suple la ley, a falta de pacto (arts. 1507 a 1509). El único problema surge por el inciso final de la cláusula: "El pago del precio y demás gastos necesarios no se abonarán por el Ayuntamiento en concepto de compensación por el uso y disfrute del adquirente de la parcela tramitada". La cuestión radica en si las partes pueden componer el interés pecuniario en un sentido distinto al del art. 1518 del C.c., cuya aplicación consideran algunos autores que tiene carácter imperativo, mientras que otros entien-

PRUDENCI JURIS

den que contienen un mínimo exigible. Se trata así de determinar el alcance del inciso final de la cláusula respecto del párrafo anterior, es decir si contamina el mismo y determina su falta de valor como derecho real, o sólo ha de tenerse como no puesto dicho inciso final. De ahí que el demandado debiera haber realizado "calificación motivada", aunque actuando según su soberano criterio.

Por otro lado, el Tribunal Supremo pone de manifiesto que en el contrato de compraventa no se produjeron dos consentimientos sucesivos, sino uno solo. La escritura respondió únicamente a dar forma pública al acto preexistente a los efectos probatorios y de constancia registral. Y en dicha escritura se incluye el pliego de cláusulas económico administrativas, protocolizado en la matriz, a que se refiere el exponiendo II, por lo que de acuerdo con el art. 33 del R.H., según el cual se entenderá por título, no sólo los documentos fundamentales, sino también los complementarios, no cabe duda de que las cláusulas del citado pliego forman parte del citado pliego forman parte del título.

En consecuencia se desestima el recurso de casación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE DICIEMBRE DE 2002.

HIPOTECA: EL CRÉDITO GARANTIZADO CON ELLA HA DE SER SATISFECHO AL ACREEDOR HIPOTECARIO, AL MARGEN DE LAS TRANSMISIONES DE LA FINCA HIPOTECADA HECHAS POR EL DEUDOR A TERCEROS.

ARTÍCULOS CITADOS: 104 DE LA LEY HIPOTECARIA; 1253 Y 1876 DEL CÓDIGO CIVIL.

Hechos:

1.- El 22 de octubre de 1981 la Caja de Ahorros A otorgó, mediante la correspondiente escritura pública, un préstamo hipotecario a favor de los esposos D. BBB y Dª CCC, para la construcción de un edificio, recayendo la garantía hipotecaria sobre las viviendas del mismo.

2.- Tres de estos pisos fueron vendidos por los deudores hipotecarios, en virtud de escrituras otorgadas el 23 de mayo de 1983, a D. DDD y su espoda Dª EEE, a D. FFF y su esposa Dª GGG y a D. HHH y su esposa Dª III. Los adquirentes pagaron el importe completo de carga hipotecaria que gravaba cada una de las viviendas que adquirieron , pero D. BBB y Dª CCC no aplicaron dicho dinero a la cancelación de las hipotecas que las gravaban a favor de la Caja de Ahorros A.

3.- La entidad acreedora reclamó la cantidad adeudada por dicho préstamo mediante la ejecución de la garantía hipotecaria en procedimiento dirigido contra D. BBB y Dª CCC. En dicho procedimiento, al amparo del art. 131 de la Ley Hipotecaria, el Juzgado libró mandamiento al Registro de la Propiedad para que expidiera certificación de título y cargas de las fincas hipotecadas, y apareciendo éstas transmitidas a terceros, la entidad reclamante solicitó la notificación a los mismos de la existencia del proceso a los efectos previstos en la regla 5ª del citado precepto.

4.- Los titulares de las fincas solicitaron a la Caja de Ahorros A subrogarse en el préstamo hasta la responsabilidad hipotecaria, abonando las cantidades atrasadas asumiendo voluntariamente el pago de las amortizaciones que se devengaran posteriormente.

5.- Los adquirentes de las fincas interpusieron demanda contra la Caja de Ahorros A y

contra D. BBB y Dª CCC, reclamando la devolución de las cantidades entregadas por éstos, así como la cancelación registral de las inscripciones de las hipotecas sobre sus pisos.

6.- En 1ª Instancia se desestimó la demanda. En apelación se revocó dicha sentencia, condenando a la Caja de Ahorros A a restituir las cantidades percibidas. La Caja de Ahorros recurre en casación.

Fundamentos de Derecho:

No queda probado en ningún momento que la Caja de Ahorros hubiera percibido anteriormente las cantidades entregadas por los demandantes, y sí, en cambio, que el día de la venta de los pisos no había en la cuenta corriente abierta en la Caja de Ahorros A a favor de los vendedores saldo suficiente para cancelar el importe de cada una de las hipotecas que gravaban dichos inmuebles.

El art. 104 de la L.H. señala que la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida. Y el art. 1876 del C.c. atribuye un poder de realización del objeto directamente al acreedor para la satisfacción del crédito garantizado con ella. Establece también el efecto erga omnes que tiene la hipoteca, pues cualquiera que sea el poseedor del objeto está sujeto al ius distrahendi del acreedor. Así mismo, cabe destacar el carácter accesorio de la hipoteca, que garantiza el cumplimiento del crédito concreto para cuya seguridad fue constituida.

Con todo ello se ha de concluir que no afectan a la vigencia de la hipoteca las incidencias que ocurran en las titularidades del crédito o del patrimonio.

Por otro lado, frente a la alegación realizada por los demandantes de un enriquecimiento injusto por parte de la entidad acreedora, tampoco se da a la vista de los hechos expuestos al no concurrir el triple requisito de un enriquecimiento del demandado, un correlativo empobrecimiento del deudor y una falta de causa justificativa del enriquecimiento.

En consecuencia, se estima el recurso de casación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2002.

DOBLE INMATRICULACIÓN: DEBE RESOLVERSE CON CRITERIOS BÁSICAMENTE CIVILES, ATRIBUYENDO LA PROPIEDAD A QUIEN OSTENTE UN MEJOR TÍTULO.

ARTÍCULOS CITADOS: 1214 Y 1608 DEL CÓDIGO CIVIL.

Hechos:

1.- D. XXX formula demanda interesando se declare su derecho de propiedad sobre la finca A del Registro de la Propiedad contra la entidad Y, S.A., titular de la finca registral B.

2.- La finca A había sido adquirida en virtud de escritura pública de segregación y compraventa otorgada el 3 de abril de 1975 por los hermanos Z a favor del demandante. Se segrega de la finca D, formada a su vez por agrupación de las fincas E, F y G.

3.- La finca B había sido adquirida en virtud de escritura pública de compraventa otorgada el 29 de marzo de 1989, finca que el vendedor había a su vez adquirido mediante escritura de segregación y compraventa. Se había segregado de la finca C, en la que se convirtió el 3 de octubre de 1979 la finca H.

4.- Se entiende que existe identidad entre las fincas F y H.

5.- El Juzgado de 1ª Instancia desestimó la demanda por falta de identificación de la finca.

En apelación se desestimó por considerar mejor título el de los demandados. El demandante formula recurso de casación.

Fundamentos de Derecho:

Tratándose de un supuesto de doble inmatriculación, pues coinciden la situación, linderos y superficie de las dos fincas, debe resolverse con criterios básicamente civiles, atribuyendo la propiedad a quien ostente un mejor título, viniendo la preferencia determinada no tanto por la fecha del título como por la cualidad del derecho que en cada escritura fue transmitido.

La finca F había sido otorgada en establecimiento (censo enfitéutico) por término de cuarenta y nueve años en escritura de 22 de noviembre de 1875, que motivó la inscripción primera de dicha finca, en la que se hizo constar el derecho de recobrar la misma "finido el término de cuarenta y cuatro años".

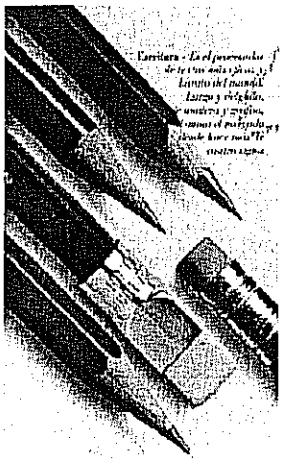
El hijo transmitente del dominio útil al censatario (permaneciendo en dicho transmitente el dominio directo como censualista) en expediente posesorio de 6 de noviembre de 1899 determina una nueva entidad registral, la finca H.

El Tribunal Supremo señala que el derecho real concedido al censatario se extinguió automáticamente el 22 de noviembre de 1919, y por tanto, a partir de esta fecha los sucesores del censatario carecían de cualquier derecho sobre la finca, y nada podían ya transmitir.

Aunque el art. 1608 C.c. establece que es de la naturaleza del censo que la cesión del capital o de la cosa inmueble sea perpetua o por tiempo indefinido, nada obsta al pacto que establece una reversión del dominio útil al directo por el transcurso de un plazo de tiempo determinado. Dicha reversión sería automática, extinguido el término pactado, por autonomía de la voluntad de las partes.

Además, no puede apreciarse prescripción adquisitiva del dominio por el demandante, porque no constan actos posesorios posteriores a la producción automática de la reversión, y porque su título nunca sería suficiente título de dominio.

Por todo ello, se desestima el recurso de casación



CONDICIÓN RESOLUTORIA NO CANCELADA Y TERCER ADQUIRIENTE (COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DGRN DE 12 DE ABRIL DE 2003)

Escribe para Lunes:
LUZ M. MARTÍNEZ VELENCOSO
(Becaria de investigación de la Cátedra Bienvenido Oliver)

1. RESUMEN DE LOS HECHOS

Las partes habían celebrado un contrato de compraventa de una nave industrial con parte del precio aplazado y condición resolutoria. El tenor literal de la condición resolutoria es el siguiente: "La falta de pago de uno cualquiera de los plazos convenidos a su vencimiento, dará lugar a la resolución del presente contrato dándose a esta regla el carácter de expresa y explícita condición resolutoria en perjuicio de tercero. Acreditado el impago de dicha obligación y realizado el requerimiento previsto en el artículo 1.504 del Código Civil en el transcurso de quince días operará de pleno derecho la resolución, con pérdida para la parte compradora del veinte por ciento de cuantas cantidades haya entregado a cuenta del total precio que hará suyas la parte vendedora en concepto de daños y perjuicios así evaluados y consentidos. Las partes establecen y los vendedores especialmente consienten, que la condición resolutoria que respecto a la finca transmitida se pacta, quede extinguida, por el transcurso del término de seis meses, a contar del último vencimiento de pago (que tendría lugar el 2 de abril de 1995), sin que conste en el Registro de la Propiedad, la reclamación del débito por parte de la Entidad vendedora, la cual mediante sus representantes, presta desde ahora su consentimiento y autorización a la parte compradora, para que por sí sola pueda por instrumento notarial, solicitar y obtener su cancelación".

Con fecha 5 de septiembre de 2000 la nave industrial objeto del contrato de compraventa resulta adjudicada en virtud del procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria a un tercero.

Sin que conste en el Registro la reclamación del débito por la entidad vendedora, el asiento que publica la condición resolutoria continúa vigente en el Registro de la Propiedad en fecha 16 de abril de 2002, por tanto, siete años después del último vencimiento de pago.

Los vendedores presentan acta notarial para su inscripción en el Registro de la Propiedad con las siguientes manifestaciones: 1. Como los vendedores no han percibido parte del precio aplazado se entiende que la sociedad adquirente no puede hacer uso de la autorización concedida en la escritura de compraventa, y solicitan, por tanto, la revocación de la misma. 2. Por medio de la presente acta se anuncia el ejercicio de los derechos y acciones que le asistan en defensa de su crédito contra la sociedad compradora.

Entiende el Registrador que no procede la inscripción solicitada porque la parte vendedora no puede revocar la autorización concedida en la escritura de compraventa para la cancelación de la condición resolutoria por implicar una modificación unilateral del contrato. Dicha modificación requiere el consentimiento de ambas partes contratantes y además perjudica a tercero. Asimismo, el acta presentada no contiene ningún acto susceptible de inscripción en virtud del art. 2 LH.

Interpuesto recurso ante la DGRN, ésta decide desestimarlo. En su opinión, "el plazo en que los vendedores podían enervar la facultad de cancelar de la compradora era el de seis meses a contar desde el último vencimiento, plazo que ha transcurrido con exceso. Además, es que ni siquiera se hace una reclamación, puesto que el Acta presentada es simplemente el anuncio o propósito de una reclamación futura que aún no ha tenido lugar".

2. COMENTARIO.

I. INTRODUCCIÓN.

La condición, como elemento accidental del negocio, fruto de la voluntad de las partes, despliega sus efectos de forma automática, de modo que acaecido el evento en que consiste se producen aquellos que, según fuera su carácter suspensivo o resolutorio, estaban inicialmente previstos, sin necesidad de prestar para ello un nuevo consentimiento.

Esos efectos en el caso de una condición resolutoria se traducen en la ineficacia del negocio sujeto a ella, lo que obliga, conforme dispone el artículo 1123 del Código Civil, a restituir lo percibido. Si a ello se añade que esa ineficacia tiene carácter retroactivo, la restitución ha de hacerse en la misma situación jurídica que existía en el momento de la transmisión, lo que implica la extinción, también automática y sin necesidad del consentimiento de los afectados de los derechos que deriven o se hayan constituido sobre el que se resuelve, conforme al principio «resoluto iure concedentis resolvitur ius concesum», que recogen, entre otros, los artículos 513.6 del Código Civil o 107. 10 de la Ley Hipotecaria. Ese efecto concatenado tan sólo quedará enervado en el caso de que entren en juego los principios protectores de la seguridad del tráfico jurídico, que en el caso concreto del imnobiliario exige, como primer requisito, la falta de publicidad registral de la condición (cfr. artículos 34 y 37.1 de la Ley Hipotecaria).

Inscrita una transmisión de dominio sujeta a condición resolutoria, el cumplimiento de ésta legitima al interesado para solicitar la rectificación del contenido del Registro conforme al artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Esa rectificación supone, ante todo, la inscripción de la reversión de aquél operada en favor del transmitente o de la persona que para tal supuesto se hubiera previsto tal como establece el artículo 23 de la misma Ley y, además, en su caso, la cancelación de los derechos inscritos o anotados que traigan causa del resuelto según prevé el artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario.

Y si, como queda dicho, los efectos derivados del cumplimiento de la condición resolutoria tienen su origen en el consentimiento prestado en el título traslativo inscrito en su día, ese mismo título será hábil para practicar las inscripciones y cancelaciones que procedan, sin necesidad de consentimiento de los afectados según establece el párrafo segundo del artículo 82 de la repetida Ley Hipotecaria, siempre y cuando se justifique en debida forma aquel cumplimiento y que, siendo el negocio oneroso, haya tenido lugar la devolución o consignación de lo que procediera devolver tal como exige la norma reglamentaria antes citada.

Adquiere, por tanto, singular relevancia para proceder a la rectificación del Registro la prueba del cumplimiento de la condición resolutoria, siendo éste uno de los puntos más delicados de la técnica hipotecaria, porque es necesario para tal prueba atender a hechos y circunstancias que se desenvuelven fuera del Registro[1]. De ahí que en la práctica se hayan desarrollado técnicas como las empleadas por las partes en el supuesto de hecho de la Resolución objeto de comentario.

En este sentido, dicha práctica trata de paliar el problema que se generaba cuando se había pactado una condición resolutoria en garantía de pago del precio aplazado, y el adquirente que había satisfecho puntualmente todas las letras pendientes del pago aplazado, no podía cancelar la condición resolutoria tabular, o porque había desaparecido el vendedor (v.gr. por fallecimiento o por tratarse de una entidad mercantil desaparecida), o lo que aún es más grave, que éste no estuviese de acuerdo con el otorgamiento de la carta de pago con el pretexto de que le era incómodo y que esta incomodidad tendría que pagársele, poniéndole en la tesitura de tener que iniciar un costoso procedimiento judicial para probar el pago, y así liberar la carga en el Registro[2].

En conclusión, mediante esta práctica se trata de facilitar al comprador la posibilidad de cancelar la condición resolutoria sin tener que acudir al vendedor.

II. LA CONDICIÓN RESOLUTORIA NO CANCELADA Y LOS TERCEROS

Desde mi punto de vista, hay una cuestión de gran importancia en el supuesto de hecho discutido que no se somete a la consideración de la Dirección General de los Registros y del

[1] Cfr. Resolución de la DGRN 23 septiembre 1996 (RJ 1996, 6510).

[2] Cfr. Muñoz de Dios, G., "Condición resolutoria: cancelación si el pago es por medio de letras de cambio y conceptos garantizables", La *Ley, 1988,* t. I, págs. *926 y ss.*

Notariado cual es la posible oponibilidad frente al tercero, adjudicatario de la nave industrial objeto de la venta, de la condición resolutoria caducada, pero no cancelada.

No se entra a decidir sobre esta cuestión porque el acta notarial que se presenta al Registrador para su inscripción se refier en primer lugar, a la revocación de la facultad unilateral de cancelar concedida al comprador, y en segundo lugar, a la reserva del ejercicio de las oportunas acciones judiciales derivadas del impago. Con buen criterio rechaza el Registrador la inscripción de estos extremos en el Registro de la Propiedad.

La cuestión a dilucidar es ¿qué hubiera sucedido si en vez de ello el vendedor hubiese decidido ejercitar directamente la condición resolutoria pactada en el contrato? ¿se vería afectado el tercero, adjudicatario de la finca regístral? Se trata, sin duda, de una cuestión compleja.

Para el tercero de buena fe que reúne los requisitos del art. 34 LH, el contenido del Registro es exacto. En este caso, del Registro de la Propiedad se desprende que la condición resolutoria se había extinguido como consecuencia de la caducidad convencional estipulada en el contrato (por el transcurso de seis meses a constar del último vencimiento de pago sin que conste en el Registro de la Propiedad la reclamación del débito por parte de la entidad vendedora). Puesto que, según se deduce del contrato, para que la condición sea efectiva es necesario el ejercicio de la condición dentro del plazo estipulado de seis meses [3].

Desde mi punto de vista, el ejercicio de la condición resolutoria no es posible por haberse extinguido la facultad del vendedor de hacerla valer, debido a su caducidad convencional. Esta cuestión no tendría tanta trascendencia si la finca objeto de la venta no hubiese sido transmitida a terceros. Pero no porque el vendedor pudiese hacer uso de la condición resolutoria, ya que habría caducado igualmente (por voluntad expresa de las partes en el título constitutivo); sino en virtud de los arts. 1124 y 1504 CC. Por lo tanto, estando caducada, pese a no haber sido cancelada en el Registro de la Propiedad, esta condición resolutoria no puede perjudicar a terceros de buena fe.

---

[3]Cfr. en este sentido la RDGRN 13-3-1999 (RJ 1999, 1726) que se refería a un supuesto de hecho similar. En el contrato se había estipulado que la condición resolutoria pactada caducaría al año de vencimiento de la última letra representativa del precio aplazado si en el Registro de la Propiedad no resultaba que antes de esta fecha hubiera sido renovada la condición o ejercitadas las acciones correspondientes a la sociedad vendedora, bastando para su cancelación el acta notarial de manifestaciones de la compradora. Entiende la DGRN (fundamento jurídico segundo) que: "No ha de discutirse ahora cuáles son las razones que determinaron la particular configuración de la cláusula debatida. Lo cierto es que en ella no se pacta exclusivamente sobre la cancelabilidad del asiento relativo a una condición resolutoria para el caso en que, transcurrido un año desde el vencimiento de la obligación garantizada, no conste en el Registro el ejercicio de acciones tendentes a obtener esa resolución, sino que, al amparo de la libertad de estipulación reconocida a los particulares, tanto en el ámbito de los derechos personales (artículo 1255 del Código Civil) como de los reales (confróntese artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), *se prevé la caducidad misma -y de pleno derecho de esa «condición» en tal hipótesis, de manera que se da al reflejo registral en plazo, del ejercicio de dicha acción resolutoria, el carácter de requisito sustancial para la efectividad de la resolución misma*".

Otra cuestión que puede suscitar la lectura de la Resolución citada es el de la cancelación de la condición resolutoria caducada[4]. Para resolverla, se podría acudir al art. 82, párrafo 5° LH[5], en cuya virtud: «A solicitud del titular registral de cualquier derecho sobre la finca afectada, podrá procederse a la cancelación de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado a que se refiere el artículo 11 de esta Ley y de hipotecas en garantía de cualquier clase de obligación, para las que no se hubiera pactado un plazo concreto de duración, cuando haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dichas garantías o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, siempre que dentro del año siguiente no resulte del mismo que han sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca». En consecuencia, el titular registral de la finca podría solicitar la cancelación de la condición resolutoria caducada.

III. RESOLUCIONES CITADAS POR LA QUE ES OBJETO DE COMENTARIO.

En la Resolución que es objeto de comentario, la DGRN cita otras resoluciones que tienen que ver con la cancelación de asientos registrales por caducidad y los efectos que el asiento que publica el derecho caducado no cancelado en el Registro puede tener frente a terceros, por lo tanto, aunque éste no es el tema central del litigio, lo cierto es que esta problemática sí que es tenida en cuenta en cierta medida.

Una de estas resoluciones citadas es la **RDGRN de 27 marzo 2000** (RJ 2000, 2735). En este caso, la entidad mercantil "P. S.A." había constituido a favor de "Gestión Urbanística" un derecho de opción de compra sobre el 20% de determinadas parcelas, señalando precio y plazo para su ejercicio (1 mes a contar desde la aprobación por el Ayuntamiento del proyecto de urbanización de la segunda fase). Con posterioridad, "P. S.A" vendió a "NACYSA' parte de la finca (después de producirse una reparcelación), haciéndose constar que la mencionada finca se encontraba libre de cargas y gravámenes. En opinión de la vendedora, el derecho de opción de compra debía quedar extinguido por caducidad tanto sustantiva como registralmente: 1) Sustantivamente por haber transcurrido el plazo fijado para su ejercicio; 2) Registralmente por haber transcurrido el plazo de cuatro años fijado por el art. 14 RH, aunque formalmente perdure la vigencia del mero asiento registral, cuya cancelación se solicita expresamente por el titular registral. El Registrador deniega la cancelación del derecho de opción de compra por figurar inscrito a nombre de tercero, cuyo consentimiento no consta, según se desprende del art. 82 LH.

---

[4] Vid. Roca Sastre, R.M. y Roca-Sastre Muncunill, L., *Derecho Hipotecario,* t.III, 8ª ed., Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1995, pág. 136. Hay cancelaciones que más que extinguir otro asiento anterior, simplemente constatan registralmente la extinción por caducidad del asiento a cancelar, ya operada pretéritamente.

[5] Introducido por la Ley 24/2001, de 27 diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Lo que se discute en esta Resolución es si puede perjudicar a terceros el derecho inscrito, cuando el propio Registro, además de publicar el alcance del derecho, publique también la inexistencia o extinción sobrevenida del mismo. Es decir, si cabe sostener la tesis según la que la titularidad de derechos sometidos a plazo se extinguen llegado el mismo, aun cuando no se hayan cancelado formalmente y en tanto no se produzca la cancelación, puesto que el propio asiento ya publica la caducidad, no pudiendo perjudicar a terceros.

En opinión de la DGRN, en este caso, el mero transcurso del plazo previsto para ejercitar la opción no permite por sí sólo cancelar el asiento en que consta. No hay norma que sancione la caducidad del mismo (lo que excluye la posibilidad de acudir al art. 353 RH). Si el derecho se ha extinguido, podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso, su cancelación, confórme a los principios generales del art. 82 LH. Será preciso por tanto, consentimiento del interesado o sentencia judicial, puesto que no se sabe si el derecho se ha extinguido (ya que podría haberse ejercitado el derecho de opción extrarregistralmente), puesto que tal extinción no resulta del propio título en cuya virtud se practicó la inscripción.

Por otro lado, en el caso de la **RDGRN 24 febrero 1992** (RJ 1992, 2878), las partes habían celebrado un contrato de permuta de solar por obra futura, en cuya virtud los cedentes tenían la posibilidad de elegir entre el pago de una suma de dinero por el cesionario o por la entrega de unos pisos y plazas de garaje de entre los que se construirán. Para ello, se otorga a favor de los cedentes un derecho de opción de compra, pactándose una condición resolutoria para el caso de que el cesionario no cumpliese con su obligación de entrega si los cedentes decidían ejercitar la opción. Los cedentes ejercitan la condición resolutoria ante un incumplimiento parcial del cesionario. Entiende la DGRN que: "El requerimiento que en su día - 16-12-1983hicieron los vendedores-optantes manifestando su voluntad de adquirir la finca, única vivienda que restaba para completar el pago del precio, se hizo dentro del plazo de opción de los cuatro años a partir de la fecha de la escritura de compraventa del terreno solar, pero al no haberse formalizado la nueva escritura de compraventa, cualquiera que fuese la razón que lo impidió, ni haberse anotado en el Registro del Propiedad la demanda judicial que solicitara tal otorgamiento del optatario-deudor, la notificación hecha ahora en 25-4-1990, dando por resuelta la compraventa al darse uno de los supuestos, el del -apartado d)- establecidos en el pacto resolutorio, sobrepasa en exceso el plazo de cuatro años pactado, para el ejercicio de la opción que finalizaba el 7-1-1984, y al no darse el supuesto de hecho que motivó la singularísima Resolución de 9-10-1989 hay que concluir que los terceros adquirentes no se ven ya afectados ante el contenido de un asiento que publica la caducidad de ese derecho de opción, y que era el fundamento básico de aplicación de la condición resolutoria".

Por último, la restante **Resolución citada de 30 de julio de 1990** (RJ 1990, 6667) se refiere al establecimiento de un derecho de opción de compra sobre la mitad indivisa de un buque por un precio simbólico de 1000 de las antiguas pesetas.

En opinión de la DGRN: "ha de tenerse en cuenta que mientras la cancelación de un asiento caducado se encuentra favorecida por la norma del apartado tercero del artículo 353 del Reglamento Hipotecario, la cancelación del asiento que recoge un derecho que puede estar extinguido, sólo puede practicarse mediante la prueba, debidamente documentada, de la

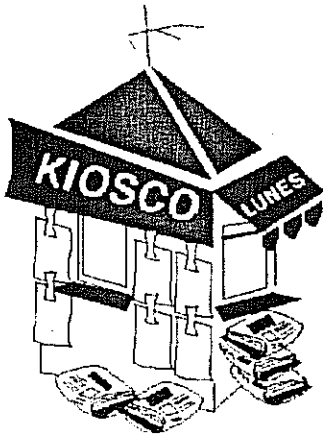
extinción producida al margen del Registro, o por el procedimiento especial de liberación de cargas y gravámenes.

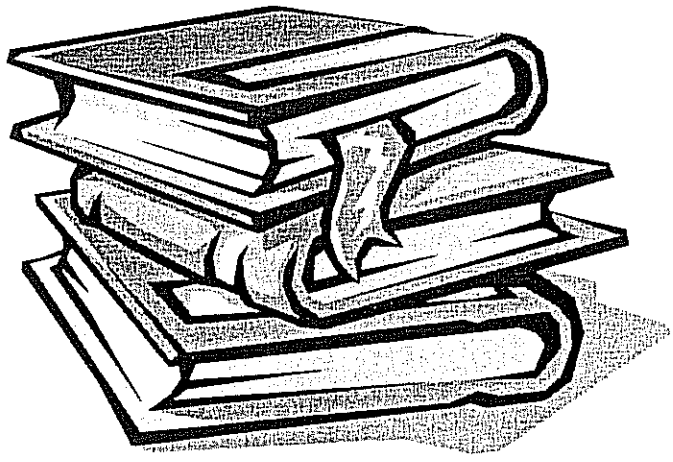
c) En consecuencia, transcurridos los cuatro años, no procede cancelar el asiento que publica el derecho de opción por el procedimiento simplificado del artículo 353 del Reglamento Hipotecario, sino que el expresado asiento continúa publicando un derecho cuyo ejercicio tempestivo o su ejercicio ha de acreditarse extrarregistralmente. Los adquirentes sucesivos del concedente de la opción -sean aquellos de dominio o de derechos limitados- quedan por ello expuestos a las consecuencias de que se acredite ante el Registro que la opción se ejercitó en tiempo oportuno.

d) No es éste del derecho de opción el único supuesto en que los derechos inscritos quedan sometidos, por tiempo indefinido a vicisitudes no inscritas, de manera que, por virtud de una determinada advertencia registral -consignada mediante el correspondiente asiento- el titular conforme al registro queda sometido a lo que suceda al margen de él. Se produce la misma situación, por ejemplo, en los casos de adquisiciones inscritas con posterioridad a una anotación de demanda prorrogada -en que no se produce caducidad del asiento-, o con posterioridad a transmisiones sujetas a retracto convencional o a condición suspensiva. El adquirente, pese a su inscripción, y por virtud de la advertencia registral, queda sometido a la prueba de que se produjo una sentencia estimatoria de la demanda de un tercero, o a la prueba del ejercicio del retracto convencional o del cumplimiento de la condición.

e) La cancelación de los derechos de los terceros que han adquirido con la advertencia de una posible resolución de su derecho como consecuencia de haberse producido un determinado evento al margen del Registro -en este caso, el ejercicio de la opción-, se produce, como es doctrina reiterada de este Centro directivo, en virtud del mismo título del que resulta el ejercicio del derecho, produciéndose una cancelación automática, que no requiere, de conformidad con lo previsto en los citados artículos 172 del Reglamento del Registro Mercantil y 175 del Reglamento Hipotecario, mandamiento judicial ni consentimiento expreso del titular inscrito".

Sin embargo, estos supuestos no son exactamente idénticos al de la Resolución que es objeto de comentario, porque en estos casos citados se debe probar al Registrador, para que pueda cancelar, que no ha tenido lugar extrarregistralmente el ejercicio tempestivo del derecho. Sin embargo, en el caso de la Resolución objeto de comentario, el titular del derecho (el vendedor con condición resolutoria) no podría ejercitarlo en perjuicio de tercero, precisamente porque para ello tendría que haberse hecho constar en el Registro la reclamación del débito en plazo. La situación es la inversa, en el primer caso se le debe probar al Registrador la realidad extrarregistral para la cancelación del asiento por extinción del derecho, en el segundo caso también se le debería haber probado la realidad extrarregistral (la reclamación del débito), pero para poder ejercitar la condición resolutoría y dentro del plazo que se hace constar en el título constitutivo (seis meses desde el vencimiento del último plazo)





SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA

(LEY 7/2003, DE 1 DE ABRIL)

POR **EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS**

(Notario Honorario)

A) EL POR QUÉ DE LA REFORMA

La razón remota de esta reforma no es otra que vestir a la moda. Dicho de otro modo: la adaptación de nuestra legislación a las directivas comunitarias.

Este camino se inició con la nueva ley de S.R.L. (ley 2/1995, de 23 de marzo) que introdujo una mayor flexibilidad en el régimen jurídico de este tipo social (sociedad cerrada en la que conviven elementos personalistas y capitalistas).

Desde entonces -y estamos siguiendo a la Exposición de Motivos de la nueva ley- en el seno de las instituciones europeas se ha continuado trabajando en la mejora y simplificación de las condiciones necesarias para la creación de empresas. Son hitos de este camino:

- la Recomendación, presentada el 22 de abril de 1997 por la Comisión Europea, relativa a la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas (97/344/CEE)

- la creación por la Comisión Europea, por mandato del Consejo Europeo de Amsterdam de 1997, del grupo operativo para la simplificación del entorno empresarial (Grupo BEST),

- la aprobación en abril de 1999 del "Plan de acción para remover el espíritu empresarial y la competitividad" (Plan de acción BEST),

-la "Carta Europea de la Pequeña Empresa" (Carta de Feira), adoptada en junio de 2000 por mandato del Consejo Europeo de Lisboa. En esta carta los Estados miembros se comprometen a forjar un marco jurídico y administrativo que propicie la actividad empresarial a través de

una puesta en marcha menos costosa y más rápida. Consecuencia de ello fue la aprobación por el Consejo del "Programa plurianual a favor de la empresa y el espíritu empresarial, en particular por las PYME" vigente para el periodo 2001-2005, siendo su objetivo fundamental simplificar y mejorar el marco administrativo y reglamentario de las empresas para favorecer su creación,

-la Resolución del Parlamento Europeo 2002/0079, sobre la Estrategia para el pleno empleo, que urgió a los Estados miembros a apoyar el uso de formularios estándar, así como el uso intensivo de las tecnologías de la información y las comunicaciones en los intercambios con las Administraciones Públicas, especialmente en los procedimientos de establecimiento, registro y publicidad de la creación de empresas en consonancia con la Carta de Feira,

- la Conferencia de Ministros Europeos de PYME, celebrada en Aranjuez en febrero de 2002, que insistió en la necesidad de establecer fórmulas societarias sencillas y mejor adaptadas a la realidad de las empresas más pequeñas,

- y finalmente el Consejo Europeo de Barcelona que renovó y reforzó estos compromisos.

De lo dicho se desprende que la razón próxima de la reforma es la de remover los obstáculos administrativos que dificultan a las empresas su constitución y el desarrollo de su actividad .

B) **FORMA DE LA REFORMA**

Ésta se lleve a cabo mediante ley (respeto al principio de jerarquía normativa arts. 9.3 CE 2.2 C.c.) La nueva ley consta de un artículo único que modifica la L S.R.L (ley 2/1995) y que se dicta al amparo a lo dispuesto en el art. 149.1.6ª y 8ª de la Constitución (vide la disp. final cuarta de la misma).

El articulo único se subdivide en cinco apartados:

- en el primero se añade a la L. S. R. L. un nuevo capitulo XII (arts. 130 al 144, ambos inclusive). En el primero de los artículos de este capitulo, el 130, se establece que la Sociedad Nueva Empresa es una "especialidad de la Sociedad de la Responsabilidad Limitada"; ello significa - como se señala concretamente en el apartado V de la E. de M. - que en lo no regulado expresamente serán de aplicación las disposiciones del régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada,

-en el segundo se añaden a la repetida L. S. R. L. seis disposiciones adicionales (octava a decimotercera, ambas inclusive), en la que sucesivamente se define el Documento único Electrónico (DUE); se contempla la necesaria colaboración social de notarios, registradores mercantiles y otros profesionales colegiados con las Administraciones públicas para que puedan operar en nombre y representación de terceros; se establece el sistema de recursos contra la calificación de la escritura de constitución de la Nueva Empresa; se modifica el régimen disciplinario de notarios y registradores; se prevé la creación de modelos de cuentas simplificadas que deberán ser aprobadas por Orden del Ministerio de Economía; y se establecen las medidas fiscales aplicables a este tipo de sociedades,

- en el tercero se modifican los arts. 29 (transmisión voluntaria "inter vivos" de participaciones sociales), 32 (transmisión "mortis causa" de dichas participaciones), 40 (adquisición derivativa

de las participaciones) 97 (derecho de separación), 101 (reemabolso de participaciones) y 102 (escritura pública de reducción del capital social o de adquisición de participaciones),

- en el apartado cuarto se introducen en la L. S. R. L. los artículos 40 bis y 40 ter, relativos al régimen de las participaciones propias y consecuencias de la infracción de la normativa aplicable al respecto, y

- en el quinto se incorpora a las tantas veces citada L.S.R.L. un nuevo art. 42 bis que permite la emisión de participaciones sin voto.

Finaliza la nueva ley con dos disposiciones adicionales (la primera modifica el apartado 4 del artº 33 de la ley 43/1995, en 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, y la segunda el pár. primero del apartado 3 del art. 10 de la ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita) y cinco finales (modificaciones de los arts. 1056, 1271 y 1406 C.c., para solventar los problemas de supervivencia de la sociedad derivados de la sucesión generacional; habilitaciones reglamentarias al Gobierno para el desarrollo reglamentario de la nueva ley; informe sobre la aplicación de la ley que deberá elaborar el Ministerio de Economía en el plazo de tres años a partir de su entrada en vigor, relativo a la repercusión e incidencias producidas por la aplicación de la misma; el ya indicado fundamento constitucional (artº 149.1.6ª y 8ª); y la entrada en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE -o sea el 2 de junio de 2003).

C) PROBLEMAS Y SOLUCIONES

Las dificultades que para la creación de nuevas empresas se presentaban a los emprendedores de una actividad empresarial derivan, esencialmente, de los trámites administrativos necesarios para su constitución y puesta en marcha, de la complejidad de la contabilidad y del régimen jurídico de las formas necesarias a su disposición.

Para la solución de estos problemas la nueva ley se fundamenta en tres elementos esenciales: el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), el sistema de contabilidad simplificada y el régimen jurídico de la Nueva Empresa. Veámoslos por separado.

I) Centro de información y Red de Creación de Empresas (CIRCE). Como explica la E. de M. este Centro " se concibe como una red de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT), en los que se asesora y se prestan servicios a los emprendedores, tanto en la gestación , tramitación administrativa y puesta en marcha de sus iniciativas empresariales como durante los primeros años de actividad de las mismas".

Para hacer posible la constitución de la Nueva Empresa en tiempos sustancialmente inferiores a los actualmente requeridos la ley (¿por qué la E. de M. sigue hablando de "proyecto"; esperamos la rectificación de errores) contempla la posibilidad de realizar los trámites administrativos necesarios para ello y su puesta en marcha por medios telemáticos creando el Documento único Electrónico, el DUE -que nadie debe confundir con el "DIU"-.

El DUE es definido en las nueve disp. adic. octava de la L.S.R:L. (que se añade por el ya citado apartado segundo del artículo único de la ley que pretendemos examinar) como "aquel en el que se incluyen todos los datos referentes a la sociedad Nueva Empresa que, de acuerdo con la legislación aplicable, deben remitirse a los registros jurídicos y las Administraciones públicas competentes para

la constitución de la Sociedad y para el cumplimiento de las obligaciones en materia tributaría y de Seguridad Social inherentes al inicio de su actividad".

Presenta el DUE dos aspectos fundamentales e innovadores en nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, su carácter integrador: la inclusión en un solo documento administrativo de todos los datos requeridos para la realización efectiva de los trámites antes mencionados (constitución y cumplimiento de obligaciones tributarías y de Seguridad Social). De otro, su naturaleza electrónico telemática, que deriva de la necesidad de utilizar las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones para hacer posible la agilización de los procedimientos administrativos en el ámbito de la creación de empresas.

La seguridad jurídica, imprescindible en todo comercio electrónico, se garantiza mediante la utilización de la firma electrónica, tanto en las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos como entre éstos y los notarios y registradores mercantiles, en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio (vide nuevo art. 134 L.S.R.L: apar.2 "in fine"). A este respecto la Instrucción de 18 de marzo de 2003, de nuestra Dirección General, con relación al art. 107 de la ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE nº 85, de 9 de abril) en su apartado sexto establece que "de conformidad con la normativa por la que se rige la «Sociedad Limitada Nueva Empresa» y en los supuestos previstos en ésta, los notarios y registradores se remitirán la información y documentación necesaria para la constitución de este tipo social a través del sistema CIRCE mediante la utilización de su firma electrónica avanzada. Asímismo, los notarios y registradores utilizarán este sistema de información en las relaciones telemáticas que deban mantener con las Administraciones Públicas para dicha finalidad".

Completa la regulación del DUE y de los puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT) la mentada nueva disp. adic. Octava añadida a la L.S.R.L., así como la adic. siguiente (la novena).

a) Documento único Electrónico (DUE):

- Contenido, lengua y ámbito de aplicación: El DUE será aprobado por el Consejo de Ministros y estará disponible en todas las lenguas oficiales del Estado Español.

- Los datos que deben remitirse son solamente los necesarios para la realización de los trámites competencia del organismo correspondiente; serán por tanto, distintos los que deban remitirse al Registro Mercantil de los que deben enviarse a la Seguridad Social, Administraciones Públicas, etc.

Reglamentariamente o mediante convenios con las Administraciones Publicas, podrán incluirse nuevos datos en el DUE y asimismo reglamentariamente se establecerán las especificaciones y condiciones para su empleo en la constitución de cualquier forma societaria (vide par. Y del apartado 1 de la disp. adic. octava y apartado 6 de la novena).

- Remisión: mediante el empleo de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas de acuerdo con lo dispuesto por las normas aplicables al empleo de tales técnicas, teniendo en cuenta lo previsto en las legislaciones especificas.

Respecto al uso de la firma electrónica téngase en cuenta la Instrucción a la que nos hemos referido no hace mucho.

- Obligatoriedad: En principio -más adelante lo analizaremos con mayor detenimiento parece que el notario autorizante de la escritura de constitución está obligado a utilizar el DUE (vide apartado 5 del nuevo art.134), si bien los socios fundadores podrán manifestarle, previamente al otorgamiento de la misma , su interés en realizar por sí mismos los trámites y la comunicación de los datos incluidos en el DUE o designar un representante para que lo lleve a efecto, en cuyo caso no será de aplicación lo establecido en la presente disposición adicional (apartado 3 de la misma). Aclara el nuevo art. 134.3 que en este supuesto el notario deberá expedir la primera copia autorizada en soporte papel en un plazo no superior a 24 horas.

b) Puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT):

- Concepto y funciones: Serán oficinas desde las que se podrá solicitar la reserva de denominación social (cfr. apar. cuarto del art. 134) y se asesorará y prestarán servicios a los emprendedores, tanto en la definición y tramitación administrativa de sus iniciativas empresariales como durante los primeros años de actividad de las mismas, y en ellas se deberá iniciar la tramitación del DUE.

- Establecimiento: La Administración General del Estado, a través del Ministerio de Economía, podrá celebrar convenios de establecimiento de PAIT de las Sociedades Nueva Empresa con otras Administraciones Públicas y entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro.

-Oficinas sustitutorias: Los centros de ventanilla única empresariales (Protocolo de 26 de abril de 1999) mediante los correspondientes instrumentos jurídicos de cooperación con Comunidades Autónomas y entidades locales podrán realizar las funciones de orientación, tramitación y asesoramiento prescritas en la ley para la creación y desarrollo de sociedades Nueva Empresa.

- Forma de actuación: Las Administraciones públicas establecerán al efecto procedimientos electrónicos para realizar los intercambios de información necesarios.

- Colaboración social: Las Administraciones Tributarias podrán hacer efectiva la colaboración social prevista en la Ley General Tributaria (art. 96 de la ley 230/1963, de 28 de diciembre), en la presentación de declaraciones, comunicaciones u otros documentos tributarios relacionados con la constitución e inicio de la actividad de la sociedad Nueva Empresa, a través de Convenios celebrados con el Consejo General del Notariado, el Colegio de Registradores de España y otros colegios profesionales, así como las cámaras de comercio y los puestos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT).

Las Administraciones Tributarias también podrán prever mecanismos de adhesión de dichos convenios por parte de notarios, registradores mercantiles y otros profesionales colegiados a fin de hacer efectiva dicha colaboración social.

En la disp. adicional novena, que regula la expresada colaboración social, se determina en sus apartados 3 a 6, ambos inclusive, que serán los Ministerios de Hacienda y de Trabajo y Asuntos

Sociales los que, a través de las Ordenes correspondientes, establecerán los supuestos y condiciones en que las entidades convenidas y los notarios, registradores mercantiles y otros profesionales colegiados adheridos, deban presentar por medios telemáticos declaraciones, comunicaciones y otros documentos en representación de terceras personas, sin perjuicio de la normativa especifica relativa a la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en la Administración pública y en la seguridad jurídica preventiva.

II) Sistema de contabilidad simplificada. Simplificado el ente (la sociedad) procede, asimismo, la simplificación del cumplimiento de sus obligaciones contables.

Además de lo prevenido en la expuesta disp. adic. duodécima (modelos de cuentas anuales que deberán ser aprobados por Orden del Ministerio de Economía y en los que se tendrá en cuenta la reducida dimensión de la sociedad Nueva Empresa), en el art. 141 se establece que la contabilidad de este nuevo tipo de sociedades "podrá llevarse, en los términos que reglamentariamente se determinen, de acuerdo con el principio de simplificación en los registros contables de forma que, a través de un único registro, se permita el cumplimiento de las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone en materia de información contable y fiscal". Sistema, pues, de registro único basado en la llevanza del libro diario, de tal modo -leemos en el apartado IV de la E. de M. -que se favorezca la composición inmediata de las partidas a cumplimentar en los modelos de cuentas anuales abreviadas sin que sean necesarios documentos contables adicionales. Ya se verá a que conduce tanta simplificación

III) Régimen jurídico.

a) Denominación (art. 131). La denominación social estará formada por los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores seguidos de un código alfanumérico que permite la identificación de la sociedad de manera única e inequívoca. Estamos ante una denominación subjetiva especial; especial por cuanto al nombre completo de una persona se añade el código alfanumérico (cfr. art. 401 R.R.M.). El Ministro de Economía, por Orden, regulará el procedimiento de confección de dicho código (los códigos alfanuméricos se forman con una serie de números, letras y caracteres. Suponen una especie de PIN -número de identificación personal-).

En la denominación deberá figurar necesariamente la indicación "Sociedad Limitada Nueva Empresa" o su abreviatura "SLNE".

La denominación social se incorporará inmediatamente a una subdirección especial de la Sección de Denominaciones de Registro Mercantil Central,

Las certificaciones acreditativas de la denominación podrán solicitarse, indistintamente, por un socio o por un tercero en su nombre. El beneficiario o interesado a cuyo favor se expida la certificación coincidirá necesariamente con el socio fundador que figura en la expresada denominación.

Aunque nada diga el art. 131, por la aplicación supletoria del art. 2.2 L.S.R.L., no se podrá adoptar una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente. Lo dicho nos lleva a planteamos un concepto de identidad no previsto en el art. 408 R.R.M.; y decimos no previsto por cuanto hasta ahora no había denominaciones con código alfanumérico añadido. Y la pregunta del millón: ¿habrá identidad simplemente cuando haya coincidencia de los dos apellidos y el nombre, sin tener en

cuenta para nada el código alfanumérico?. Y otra más: si el socio fundador sólo tiene un apellido, por ejemplo, un alemán ¿podrá figurar en la denominación de una sociedad Nueva Empresa?.

b) Objeto social (art. 132). Como explica la E. de M. "la configuración jurídica del mismo es otro de los elementos innovadores del régimen jurídico de la Nueva Empresa". A tales efectos, continua diciendo la E. de M. "se establece un objeto social amplio y de carácter genérico, cuya función no es otra que la de permitir una mayor flexibilidad para el desarrollo de actividades económicas diferentes, sin necesidad de tener que acudir a continuas modificaciones estatutarias. Esta decisión obedece a una realidad constatable, que no es otra que la del carácter cambiante de los pequeños negocios durante sus primeros años de actividad. Además, un objeto social así definido permite facilitar la calificación e inscripción de la escritura de constitución de la Nueva Empresa".

En esta línea el art. 132 dispone que " La sociedad Nueva Empresa tendrá como objeto social todas o alguna de las siguientes actividades que se transcribirán literalmente en los estatutos: la actividad agrícola; ganadera; forestal; pesquera; industrial; de construcción; de profesionales o de servicios en general".

Lo dicho no implica que no pueda incluirse en el objeto social cualquier actividad distinta de las anteriores. Si así se hiciese y como consecuencia de ello se produjera una calificación negativa del registrador mercantil, no se paralizará la inscripción. Ésta se practicará sin la actividad singular de que se trate siempre que los socios fundadores lo consientan expresamente en la propia escritura de constitución o con posterioridad a ella (art. 132.2).

La admisión de este objeto social amplio y de carácter genérico no es total, por cuanto en el propio artº 132 se prohibe:

- Que se incluyan en el objeto social actividades para las cuales se exija forma de sociedad anónima, ni aquéllas cuyo ejercicio implique objeto único y exclusivo (apartado 3),

- y que no podrán adoptar la forma social de Nueva Empresa aquellas sociedades a las que resulte de aplicación el régimen de las sociedades patrimoniales regulado en el capitulo VI del título VIII de la ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (arts. 75 a 77) (apartado 4). Se refiere a aquellas sociedades en las que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto a actividades económicas y a las que más del 50% del capital social pertenezca a diez o menos socios o a un grupo familiar (cónyuge y parientes, en línea directa colateral, consanguínea o por afinidad, hasta el cuarto grado, inclusive).

La admisión de un objeto social de las características expresadas ¿no supone dar la razón a todos aquellos autores que se inclinan para dar al mismo menor importancia que la que suelen atribuirle los Registradores Mercantiles en base a lo dispuesto en los arts. 9 L.S.R.L. y 117 R.R.M?.

c) Número de socios y aptitud para serlo (art.133). Al tiempo de la constitución el número socios no podrá exceder de cinco y sólo podrán serlo las personas físicas (apartado 1).

Dispone, además, el apartado 2 del propio artº 133 que "no podrán constituir ni adquirir la condición de socio único de una sociedad Nueva Empresa quienes ya ostenten la condición de socios únicos de otra sociedad Nueva Empresa. A tal efecto, en la escritura de constitución de la sociedad Nueva Empresa unipersonal o en la escritura de adquisición de tal carácter se hará constar por el

socio único que no ostenta la misma condición en otra sociedad Nueva Empresa.- La declaración de unipersonalidad podrá hacerse, en su caso, en la misma escritura de la que resulte dicha situación".

Durante la vida de la sociedad, según el art. 136, apartados 1 y 2, se permite la transmisión voluntaria por actos "inter vivos"de participaciones sociales a favor de personas físicas y que, como consecuencia de ello, se pueda superar el número de cinco socios. ¿Qué sucederá en caso de transmisión "mortis causa" si los estatutos no establecen a favor de los socios sobrevivientes y, en su defecto, a favor de la sociedad, un derecho de adquisición de las participaciones de] socio fallecido?. Supuesto no previsto en el propio art. 136, ni tampoco en el nuevo apartado 2 del art. 32. Nuestra modesta opinión es que la solución debe ser la misma que la establecida para el caso de transmisión voluntaria por actos "inter vivos", es decir, que se podrá superar el mínimo de cinco socios (cfr. art. 136.3 "a contrario").

Para finalizar el examen de este art. 133, compárese la posibilidad contemplada en el párrafo final de su apartado 2 ("la declaración de unipersonalidad podrá hacerse, en su caso, en la misma escritura de la que resulte dicha situación"), con lo establecido en el art. 126 L.S.R.L. y art. 203 R.R.M.

d) Constitución de la sociedad (art. 134). Reitera el párrafo primero del apartado 1 lo prevenido en el art. 11. 1 L.S.R.L; válida constitución mediante escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil (añadido: correspondiente a su domicilio, cfr. art.17.1 R.R.M). Con la inscripción adquirirá la sociedad Nueva Empresa su personalidad jurídica.

A su vez, el párrafo segundo del mismo apartado 1 permite - al igual que el art. 12.3 L.S.R.L.- que en la escritura de constitución se incluyan los pactos y condiciones que los socios tengan por conveniente, siempre que no contravengan lo prevenido en el capitulo XII, regulador, como ya sabemos, de las sociedades Nueva Empresa

No previene este capitulo XII la diferencia entre escritura de constitución y estatutos, ni el contenido mínimo de uno y otros. Evidentemente, y por aplicación supletoria, habrá de estarse en los dispuesto en los arts. 12 y 13 L.S.R.L. y 176 y 177 R.R.M.. Téngase en cuenta respecto de los estatutos que en la nueva disp. adicional décima, apartado 2, está previsto que por Orden del Ministerio de Justicia se aprobará (imperativo) un modelo orientativo de estatutos de este tipo de sociedades Nueva Empresa.

De no decir nada de escritura y estatutos dice mucho, podríamos decir que todo, el propio artº 134 en cuanto a trámites para el otorgamiento e inscripción de la escritura de constitución. Vide sus apartados 2 a 11, cuya síntesis puede ser la siguiente:

- los tramites podrán realizarse a través de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas (que es lo que se trata para ganar en rapidez y economía de gastos),

- la remisión telemática al Registro Mercantil de copia autoriza de la escritura de constitución sólo podrá realizarse por el notario (firma electrónica avanzada); entiéndase el autorizante de la matriz o quien le sustituya legalmente (artº 112 de, la ley 24/2001 de 27 de diciembre, y artº 17 bis de la ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado),

- se admite que los socios fundadores, con carácter previo al otorgamiento de la escritura de constitución, eximan (no se dice cómo) al notario de las obligaciones que se establecen en el

articulo que resumimos y que designen un representante para la realización de los trámites o expresen su voluntad de hacerlo por sí mismos. En este caso, el notario deberá expedir la primera copia autorizada en soporte papel en un plazo no superior a 24 horas, computado desde la autorización de la escritura de constitución,

- el notario deberá comprobar que no existe ninguna denominación social anterior e idéntica a la de la sociedad que se pretende constituir. Una vez comprobado, procederá de modo inmediato al otorgamiento de la escritura de constitución. El término "inmediato" no es muy preciso que digamos y mejor que de otorgamiento debería haberse hablado de autorización,

- el registrador mercantil, cualquiera que sea la forma de tramitación (por DUE o por los interesados o sus representantes) y siempre que se utilicen los estatutos aprobados por Orden del Ministerio de Justicia (¿cuándo se publicará esta Orden?), deberá calificar e inscribir, en su caso, la escritura de constitución en el plazo máximo de 24 horas, contado a partir del asiento de presentación o, si tuviera defectos subsanables, desde el momento de presentación de documentos de subsanación,

- si el registrador calificare negativamente el titulo presentado, lo hará saber al notario autorizante de la escritura y, en su caso, el representante que, a tal efecto, los socios fundadores hubiesen designado en ella (alerta a los notarios ejercientes: no olvidarse de esta designación), dentro de las 24 horas siguientes a la presentación. Asimismo lo notificará a las Administraciones Tributarias competentes,

- si la falta apreciada fuera susceptible de ser subsanada de oficio por el notario y éste estuviere de acuerdo con la calificación, procederá a su subsanación en el plazo máximo de 24 horas, dando cuenta de ella a los socios fundadores o a sus representantes. Aunque no se diga, también deberá comunicarse al registrador (¿plazo?),

- si el notario o las partes quisieran recurrir contra la calificación negativa, se estará a lo dispuesto en los arts. 322 a 329 L.H., salvo en lo referente a los plazos de resolución, que en este caso serán de 45 días (nueva disp. adicional décima, apartado l),

- practicada la inscripción, inmediatamente (indeterminado) el registrador notificará al notario los datos registrales para su constatación en la matriz y en las copias que expida y le remitirá la parte correspondiente del DUE a la que habrá incorporado dichos datos,

- recibidos estos datos por el notario deberá expedir copia autorizada en soporte papel de la escritura de constitución en un plazo no superior a 24 horas. En esta copia deberá hacer contar el NIF de la sociedad y la remisión de copia de la escritura de constitución a las Administraciones Tributarias competentes, para que éstas envíen a los socios fundadores (¿no sería mejor haber dicho a los órganos de administración de la sociedad?) el NIF definitivo. También a petición de los socios fundadores, procederá el notario a remitir los documentos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social,

- e inscrita la sociedad, el registrador mercantil transmitirá al Registro Mercantil Central los datos correspondientes a los actos sociales de la sociedad en la forma y plazos reglamentariamente establecidos, y realizará, a petición de los socios fundadores o sus representantes, las demás comunicaciones que le sean requeridas.

No se olvide, y por ello lo reiteramos, que todas las remisiones y notificaciones a que se ha hecho referencia y que realicen los notarios y los registradores mercantiles lo serán con firma electrónica avanzada.

A los fines y efectos de que los plazos establecidos en el art. 134 se cumplan la disp. adicional undécima de la nueva ley incluye la modificación del régimen disciplinario de Notarios y Registradores de la Propiedad, de bienes Muebles y Mercantiles, adicionando para los Notarios un párrafo c) al apartado B), g) del art. 43. dos, apartado segundo, de la ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, y para los Registradores un párrafo j) al apartado B) del artº 313 del texto refundido de la L.H. (en la redacción que le dio el art. 101.2 de la ley 24/2001, de 27 de diciembre, también de Medidas fiscales , etc.) que, respectivamente, califican de infracciones graves el incumplimiento reiterado de los plazos del art. 134.

e) Capital social (art. 135). No podrá ser inferior a tres mil doce curos ni superior a ciento veinte mil doscientos dos euros. El capital mínimo coincide con lo establecido para las sociedades de responsabilidad limitada; el máximo (veinte millones de las desaparecidas pesetas) tiene su razón de ser en la esencia de la Nueva Empresa: sociedad modesta.

En todo caso, la cifra de capital mínimo indicada sólo podrá ser desembolsada mediante aportaciones dinerarias (art. 135.2).

Lógicamente y aunque no se diga, el capital habrá de estar totalmente desembolsado desde su origen (cfr.artº.4 L.S.R.L.).

f) Participaciones sociales. En el nuevo capitulo XII el legislador se preocupa únicamente en el art. 136 de la transmisión de las mismas.

Ya expusimos la prohibición contenida en el apartado 1: la transmisión voluntaria por actos "inter vivos"de participaciones sociales sólo podrá hacerse a favor de personas físicas ; y la consecuencia de esta posibilidad: poder superarse el número de cinco socios (apartado 2).

No es muy afortunada la redacción del apartado 3 cuando contempla la adquisición por personas jurídicas de participaciones sociales. Posibilidad más que extraña ya que "ab initio" no pueden ser socios (art. 133.1) y "a posterior" sólo pueden transmitirse las participaciones voluntariamente por actos "inter vivos" a favor de personas físicas. Esta extrañeza la disipa el legislador en el apartado 3 del propio art. 136 cuando lo inicia con la expresión "en todo caso". Este "en todo caso" abarcará los supuestos de transmisión forzosa y adquisición "mortis causa". Cuando como consecuencia de una de estas formas de transmisión adquirieran personas jurídicas participaciones sociales -continua diciendo el mentado apartado 3-, deberán ser enajenadas a favor de personas físicas en el plazo de tres meses, contados desde la adquisición, en caso contrario, la sociedad Nueva Empresa quedará sometida a la normativa general de la sociedad de responsabilidad limitada, sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores de no adoptarse para ello el correspondiente acuerdo en los términos previstos en el nuevo art. 144, que examinaremos más adelante.

Se ha aprovechado la ocasión de la publicación de la ley que repasamos para introducir en la L.S.R.L. las siguientes modificaciones de carácter general relativos al régimen de la transmisión de participaciones sociales (vide apartados tercero y cuarto del artículo único de la nueva ley):

1º) Transmisión voluntaria por actos "inter vivos". Modificación del párrafo c) del apartado 2 del art. 29. Establecía y continúa estableciendo el art. 29.2 que, a falta de regulación estatuaria, la transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos "inter vivos" exige que el socio que se proponga transmitirlas lo comunique por escrito a los administradores y que la transmisión se apruebe por la sociedad mediante acuerdo de la Junta General. Este consentimiento sólo podrá denegarse si se comunica al transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones. La novedad consiste en añadir a la letra c) del indicado apartado 2 un segundo párrafo, con arreglo al cual "Cuando no sea posible comunicar la identidad de uno o varios socios o terceros adquirentes de la totalidad de las participaciones, la Junta General podrá acordar que sea la propia sociedad la que adquiera las participaciones que ningún socio o tercero aceptado por la Junta quiera adquirir, conforme a lo establecido en el artículo 40".

2º) Régimen de la transmisión "mortis causa". continua vigente la regla de que la adquisición de alguna participación por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio (art. 32.1) y la posibilidad de que los estatutos establezcan un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido a favor de los socios sobrevivientes (art. 32.2). La modificación afecta a esta apartado 2 en un doble sentido: de una parte, el derecho de adquisición puede establecerse no sólo a favor de los socios sobrevivientes sino también, y en su defecto, a favor de la sociedad. De otra, el sistema de valoración de las participaciones. Antes era el "valor real que tuvieren el día del fallecimiento del socio", ahora "el valor razonable".

La fijación de este "valor razonable" continua rigiéndose por lo prevenido en el art. 100, que se refiere al valor real, que, a falta de acuerdo sobre el mismo o sobre la persona que haya de fijarlo y el procedimiento a seguir, se determinará por el auditor de cuentas de la sociedad o el nombrado por el Registrador Mercantil si la sociedad no estuviere obligada a verificación contable.

Misterio: ¿por qué el nuevo art. 32 habla de "valor razonable" y para su fijación se remite a un articulo que habla de "valor real" y no se altera el sistema para su determinación?.

3º) Adquisición derivativa de las propias participaciones. La modificación que se lleva a cabo en el art. 40, es doble.

En primer lugar, se introduce un nuevo supuesto en el que la sociedad puede adquirir sus propias participaciones. A tal efecto se añade una letra d) al apartado 1 del artículo de que se trata, conforme a la cual la adquisición será posible, previa autorización de la Junta General, "cuando se efectúe con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y tenga por objeto:= Adquirir las participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad;= Adquirir las participaciones como consecuencia de la aplicación de una cláusula restrictiva de la transmisión de las mismas;= Adquirir las participaciones transmitidas «mortis causa»".

Y en segundo lugar, se modifica el apartado 2 en orden al plazo de amortización o enajenación y se determina el precio en caso de enajenación. Según la redacción originaria "las participaciones propias adquiridas por la sociedad deberán ser inmediatamente amortizadas". Ahora se prevé, no solamente la amortización sino también la posibilidad de enajenación, y el plazo para ello es el de tres años, debiendo respetarse en caso de enajenación el régimen legal y estatutario de transmisión. En orden al precio de enajenación se preceptúa que éste no puede ser inferior "al valor razonable de las participaciones fijado conforme a lo previsto en el artículo 100".

La dotación de una reserva, por el importe del valor nominal de participaciones amortizadas cuando la adquisición no comporte devolución de aportaciones a los socios, no sufre variación.

4º) Régimen de las participaciones porpias. Para superar el silencio de la redacción originaria de la L.S.R.L.- silencio justificado por cuanto, como acabamos de ver, las participaciones propias adquiridas por la sociedad debían ser "inmediatamente amortizadas"- se introducen en ellas dos nuevos artículos , a saber:

-el artº 40 bis, conforme al cual "Mientras permanezcan en poder de la sociedad adquiriente las participaciones propias o de la sociedad dominante se les aplicarán las siguientes reglas:= a) Quedarán en suspenso todos los derechos correspondientes a las participaciones propias o de la sociedad dominante. =b) Se establecerá una reserva en el pasivo del balance de la sociedad adquirente equivalente al importe de las participaciones adquiridas, computado en el activo, que deberá mantenerse en tanto a las participaciones no sean enajenadas o amortizadas".

-y el artº 40 ter, referente a las consecuencias de la infracción. De una parte, se decreta la nulidad de las adquisiciones de participaciones propias o de la sociedad dominante efectuadas en contravención de lo dispuesto en la sección 4ª del cápitulo IV de la Ley (arts. 39 a 42, ambos inclusive).

Y de otra, se establece que si las participaciones no fueran enajenadas en el plazo de tres años (que es el prevenido en el nuevo apartado 2 del artº 40), la sociedad deberá acordar inmediatamente su amortización y la reducción del capital. Caso de que la sociedad omitiere estas medidas, cualquier interesado podrá solicitar su adopción por la autoridad judicial. Los administradores de la sociedad adquirente están obligados a solicitar la adopción judicial de estas medidas cuando, por las circunstancias que fuera, no pueda lograrse el correspondiente acuerdo de amortización y de reducción de capital.

No se olvide que continua vigente, además, el art. 42 relativo al régimen sancionador por infracción de cualquiera de las prohibiciones establecidas en la indicada sección 4º del capitulo IV (multa a los administradores).

5º) Participaciones sin voto. Para ayudar a resolver el problema de las dificultades de financiación, que se presenta en la mayoría de las empresas, la ley introduce en el apartado quinto de su artículo único una nueva sección 5ª al capítulo IV de la L.S.R.L., integrada por el nuevo art. 42 bis en el que se regulan las participaciones sin voto.

En este precepto se permite que cualquier tipo de S.R.L. - no solamente la Nueva Empresa- pueda crear participaciones sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social.

El régimen de estas participaciones será, en cuanto les sea aplicable, el prevenido en los arts. 90 a 92 L.S.A. para las acciones sin voto.

Se establece, por último, que este tipo de participaciones estarán sometidas a las normas estatutarias o supletorias legales sobre transmisión y derecho de asunción preferente.

6º) Derecho de separación. En el apartado 2 del artº 97 se incorpora la novedad introducida en el artº 40, por ello se establece que "Para la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública que documente los acuerdos que originan el derecho de separación (vide arts 95 y 96 L.S.R.L., añadimos nosotros) y salvo que la Junta General que los haya adoptado autorice la adquisición de las participaciones de los socios separados conforme a lo previsto en el artículo 40, será necesario que en la misma escritura o en otra posterior se contenga la reducción del capital en los términos del articulo 102 (que se redacta de nuevo como veremos seguidamente) o la declaración de sus administradores de que ningún socio ha ejercido el derecho de separación dentro del plazo anteriormente establecido" (un mes desde la publicación del acuerdo en el BORME o desde la recepción de la comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo -párrafo segundo del apartado 1 del mismo artº 97-).

7º) Reembolso de las participaciones sociales en caso de separación y de exclusión de los socios. Consecuencia de la posibilidad, introducida en el ya visto párrafo d) del apartado 1 del artº 40, de que la sociedad adquiera las participaciones de un socio separado o excluido y que las participaciones adquiridas - ex art 40, apartado 2- puedan ser amortizadas o enajenadas en el plazo de tres años, es la modificación del artº 101 ("Dentro de los dos meses siguientes a la recepción del informe de valoración, los socios afectados tendrán derecho a obtener en el domicilio social el valor razonable de sus participaciones sociales en concepto de precio de las que la sociedad adquiriese o de reembolso de las que se amortizan. Transcurrido dicho plazo, los administradores consignarán en entidad de crédito del término municipal en el que radique el domicilio social, a nombre de los interesados, la cantidad correspondiente al referido valor").

8º) Escritura pública de reducción del capital social o de adquisición de participaciones en los casos de la separación o exclusión de los socios. Nueva redacción del art 102, la que también es consecuencia de las modificaciones, ya conocidas, del artº 40. Los apartados 1 y 2 del originario art 102 se mantienen, salvo que el apartado 1 se inicia previendo que la Junta General, que haya acordado la exclusión, autorice la adquisición por la sociedad de las participaciones de los socios afectados, conforme a lo previsto en el artº 40.

La novedad está contenido en el apartado 3, conforme al cual: "En el supuesto de adquisición por la sociedad de las participaciones de los socios afectados, efectuado el pago del precio o consignado su importe, los administradores, sin necesidad de acuerdo específico de la Junta General, otorgarán escritura pública de adquisición de participaciones, no siendo preceptivo el concurso de los socios excluidos, expresando en ella las participaciones adquiridas, la identidad del socio o socios afectados, la causa de la exclusión y la fecha de pago o consignación". Escritura muy especial en la que los administradores actúan a lo Juan Palomo; ellos se lo guisan (venden) y se lo comen (adquieren).

9º) Acreditación de la condición de socio (art 137.1). Continuando con la simplificación de la sociedad Nueva Empresa se suprime la necesidad de llevanza del libro registro de socios, acreditándose la condición de tal mediante el documento público en el que se hubiese adquirido la misma.

10º) Derechos reales limitados sobre participaciones sociales (art 137.2 y 3). Suprimido el libro registro de socios no cabe hacer constar en el mismo la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre las participaciones. En la sociedad Nueva Empresa se sustituye esta anotación en el libro registro, que cualquier socio tiene derecho a examinar (art.27.1 y 3), por el deber de notificar

al órgano de administración, mediante la remisión del documento publico en el que figure (apartado 2), y la ulterior notificación de dicho órgano a los restantes socios, tanto de la transmisión , como de la constitución de derechos reales o el embargo, tan pronto como tenga conocimiento de que se hayan producido, siendo responsable de los perjuicios que el incumplimiento de esta obligación pueda deparar (apartado 3).

Obsérvese:

- Cómo a los administradores se les hace responsables de la falta de notificación omitiéndose toda referencia a la posible responsabilidad de los adquirentes, titulares de derechos reales o embargantes de las participaciones que no hubieren hecho la primera de las notificaciones prevista en el apartado 2,

- y que extraña que en el repetido apartado 2 se hable de "documento público" en relación con la constitución de derechos reales limitados, cuando según el párrafo segundo del apartado 1 del art 26 L.S.R.L. la constitución de derechos reales diferentes del dominio deberán constar (imperativo) en "escritura pública". No parece que nadie pueda dudar de la diferencia entre "documento público" y "escritura pública" (cfr. arts. 1216 C.c, 17 Ley del Notariado y 144 concordantes del R.N.) . Debería haberse pulido la terminología por cuanto nos resistimos a aceptar que en sede de sociedad Nueva Empresa se haya modificado el sistema establecido para las sociedades de responsabilidad limitada en el apartado 1 de la ley 2/1995 (las escrituras públicas son también documentos públicos).

g) Junta General (art 138). Todo lo relativo a Juntas Generales se regirá por lo dispuesto en la L.S.R.L. (arts. 43 y ss), estableciéndose, no obstante, novedades en materia de convocatoria. Además de poder hacerse mediante anuncio publicado en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social, sin necesidad de que los estatutos prevean, en sustitución del sistema anterior, que la convocatoria se realice mediante anuncio en un determinado diario o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita (vide art. 46), la convocatoria de la Junta General de la sociedad Nueva Empresa podrá hacerse mediante correo certificado con acuse de recibo al domicilio señalado a tal efecto por los socios, por procedimientos telemáticos que hagan posible al socio el conocimiento de la convocatoria, a través de la acreditación fehaciente del envío del mensaje electrónico de la convocatoria o por el acuse de recibo del socio. En estos supuestos no será necesario el anuncio en el BORME ni en ninguno de los diarios de mayor circulación "del" termino municipal en que este situado el domicilio social.

Hemos intercomillado "del" para destacar que con esta redacción pueda resurgir como Ave Fénix la zanjada cuestión de si el diario de mayor circulación ha de ser "del" o "en" el término municipal del domicilio social. De nuevo ha faltado precisión en la terminología utilizada.

h) Órgano de administración (art. 139). Como destaca la E. de M. la regulación se caracteriza por su extrema sencillez, facilitando a los socios el gobierno de la sociedad.

En esta línea:

- en ningún caso puede adoptarse la forma y el régimen de funcionamiento de un consejo de administración. Fuera de ello la administración podrá confiarse a un órgano unipersonal o a

un órgano pluripersonal, cuyos miembros actuarán solidaria o mancomunadamente (apartado 1),

- la representación de la sociedad y la certificación de los acuerdos sociales corresponderá, caso de existir un administrador único, a éste; caso de existir varios administradores solidarios, a uno cualquiera de ellos; y en el supuesto de existir varios administradores mancomunados, a dos cualesquiera de ellos (apartado 2). En este último caso sólo pueden serlo dos, a diferencia de las S.R.L. en general en que "al menos" han de ser dos, con lo que es posible que sean más de dos (letra c) del apartado 2 del art. 62),

-para ser nombrado administrador se requerirá la condición de socio (apartado 3, inciso primero). Lo contrario que en el sistema general, salvo disposición en otro sentido de los estatutos (art. 58.2),

- el cargo podrá (facultativo) ser retribuido en la forma y cuantía que decida la Junta (inciso segundo del apartado 3). Sistema similar al del art. 66 L.S.R.L. que debe ser aplicado supletoriamente (forma y cuantía de la retribución),

-los administradores ejercerán su cargo por tiempo indefinido. No obstante podrá nombrarse administrador por un periodo determinado mediante acuerdo de la Junta General posterior a la constitución de la sociedad (apartado 4). Es claro que el primer administrador debe ser elegido por tiempo indefinido y que para un administrador lo sea por tiempo determinado debe existir acuerdo de la Junta General posterior a la constitución de la sociedad. No queda tan claro si en el caso de adoptarse este acuerdo con que mayoría se debe hacer y si hay que modificar o no los estatutos, aunque respecto de este último extremo la interpretación literal del nuevo art 140 debe conducir a una respuesta negativa, y

- la remoción del cargo de administrador requerirá acuerdo de la Junta General, que podrá ser adoptado, aunque no figure en el orden del día de la reunión, por mayoría, de conformidad con lo previsto en el art. 53.1 (mayoría de los votos válidamente emitidos, sin computar los votos en blanco, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social), sin que los estatutos puedan exigir una mayoría superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. Otra novedad para facilitar la mayoría es que el socio afectado por la remoción no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones, las cuales serán deducidas del capital social para el computo de la mayoría de votos exigida (apartado 5).

i)Modificaciones estatutarias (art 140). La sociedad Nueva Empresa sólo podrá:

- modificar su denominación. Para ello deberá respetar lo establecido en el examinado art° 131, lo que implica que la denominación social debe continuar formada por los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores. Prevé, además, el apartado 3 de este art° 140 que "en caso de que el socio cuyo nombre y apellidos figuren en la denominación social pierda dicha condición, deberá modificarse la denominación de modo que esté formada por el nombre y los apellidos de uno de los socios". Obsérvese como según el art. 131 la denominación debe estar formada por los apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores y cómo en el art. 140 se habla del nombre y apellidos de "uno de los socios". ¿En qué quedamos? ¿En

caso de cambio de denominación ésta se formará con los apellidos y el nombre de "uno" de los socios (sea o no fundador), de acuerdo con el art. 140.3 ó se deben utilizar los apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores, con lo que se cumple lo prevenido en el art. 131 que debe respetarse según el 140.1?,

- modificar el domicilio social,

- y modificar el capital social dentro de los límites máximos (120.202 euros) y mínimo (3.012 euros) establecidos en el art. 125. Si los socios acurdasen aumentar el capital social por encima de dicho límite máximo, en dicho acuerdo deberán, asímismo, establecer si optan por la transformación de la sociedad Nueva Empresa en cualquier otro tipo social o si continúan sus operaciones en forma de sociedad de responsabilidad limitada, conforme a lo establecido en el art. 144, del que nos ocuparemos en breve (apartado 2).

Hasta aquí la regla general en materia de modificación de estatutos. Regla que se excepciona en el párrafo segundo del propio apartado 1 del art. 140: "Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación en el supuesto previsto en el articulo 144"; supuesto de continuación de operaciones en forma de sociedad de responsabilidad limitada, del que ya hemos indicado que nos ocuparíamos en breve

j) Disolución (art. 142). La sociedad Nueva Empresa se disolverá por las causas establecidas en al art. 104 L.S.R.L. y, además, por las siguientes:

a) Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social durante al menos seis meses, a no ser que se restablezca el patrimonio contable en dicho plazo. Esta regla especial modifica la general contenida en la letra e) del apartado 1 del citado art 104, que contempla un supuesto similar pero sin limitaciones en el tiempo (se omite toda referencia a los seis meses).

b) Por resultar aplicable a la sociedad el régimen de las sociedades patrimoniales regulado en el capitulo VI del título VIII de la ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. Norma correlativa a lo dispuesto en el ya relacionado apartado 4 del art. 132, que prohibe adoptar la forma social Nueva Empresa a aquellas sociedades a las que resulte de aplicación lo previsto en el indicado capitulo de la ley del Impuesto sobre Sociedades.

La disolución requiere acuerdo de Junta General y será de aplicación el art° 105 de la L.S.R.L. (apartado 2) (mayorías, convocatoria, etc., etc.).

k) Transformación (art. 143). No se establecen límites. La sociedad Nueva Empresa podrá transformarse en sociedad colectiva, sociedad civil, sociedad comanditaria, simple o por acciones, sociedad anónima, sociedad cooperativa, incluso en agrupación de interés económico. Este articulo es similar al 87 L.S.R.L. . Cabe preguntarse si para transformarse en sociedad civil se mantiene la exigencia de que el objeto de la sociedad no sea mercantil (apartado 2 del propio art. 87) y también cabe responder afirmativamente.

Supletoriamente será de aplicación lo previsto en la Sección 1ª del capitulo VIII L.S.R.L. (art 87 a 93, ambos inclusive).

1) Continuación de operaciones en forma de sociedad de responsabilidad limitada. Llegamos así al anunciado art. 144 que permite que la sociedad Nueva Empresa continúe sus operaciones en forma de sociedad de responsabilidad limitada, para lo cual se requiere acuerdo de Junta General y adaptación de los estatutos sociales a lo establecido en la sección 2ª del capítulo II L.S.R.L. (arts 12 a 15, ambos inclusive).

Especialidades:

- para la adopción de ambos acuerdos bastará la mayoría que establece el art. 53.1 de la L.S.R.L. (mayoría de votos válidamente emitidos, sin computar los votos en blanco, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social) (apartado 1 "in fine"),

- y que la escritura de adaptación se presente en el Registro Mercantil en el plazo máximo de dos meses desde la adopción del acuerdo de la Junta General (apartado 2). ¿Y si no se presenta?.

D) MEDIDAS FISCALES.

En la nueva disp. adicional decimotercera que se añade a la L.S.R.L. se conceden a la sociedad limitada Nueva Empresa las siguientes ventajas fiscales:

1ª) El aplazamiento obligatorio ("concederá" es la forma imperativa utilizada por el legislador), previa solicitud y sin aportación de garantías, de la deuda tributaria del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por la modalidad de operaciones societarias, derivada de la constitución de la sociedad durante el plazo de un año desde su constitución. Eso sí -la pela es la pela- con devengo de interés de demora.

2ª) El aplazamiento, asimismo obligatorio ("concederá"), previa solicitud y sin aportación de garantías, de las deudas tributarias del Impuesto sobre Sociedades correspondientes a los dos primeros periodos impositivos concluidos desde constitución. El ingreso de las deudas del primer y segundo periodo deberá realizarse a los 12 y seis meses, respectivamente, desde la finalización de los plazos para presentar la declaración-liquidación correspondiente a cada uno de dichos periodos. El aplazamiento devengará -la duda ofende- interés de demora.

También en sede del Impuesto sobre Sociedades se exime a la sociedad Nueva Empresa de la obligación de efectuar los pagos fraccionados a que se refiere el art. 38 de la ley reguladora (ley 43/1995, de 27 de diciembre), a cuenta en las liquidaciones correspondientes a los dos primeros periodos impositivos concluidos desde su constitución.

3ª) Por último, potestativamente ("podrá conceder") la Administración Tributaria, previa solicitud, con aportación de garantías o sin ellas, podrá conceder el aplazamiento o fraccionamiento de las cantidades derivadas de retenciones o ingresos a cuenta del I.R.P.F. que se devenguen en el primer año de la constitución. Las cantidades aplazadas o fraccionadas continúan devengando interés de demora.

E) MODIFICACIONES DEL CODIGO CIVIL

Como destaca la E. de M. "se introducen modificaciones en el Código civil vigente en tres aspectos puntuales en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del

emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc.. Estas modificaciones, aplicables exclusivamente al territorio común, que se rige por el Código civil, conforme al artículo 149.1.8º de la Constitución Española, se realizan atendiendo, además, a un criterio integrador del ordenamiento privado en el conjunto de las legislaciones civiles del Estado".

Las modificaciones de que se trata se introducen en la disp. final primera de la Ley y afectan:

1.- Al párrafo segundo del artº 1056. Este párrafo segundo, hasta ahora intocado en las sucesivas modificaciones del Código, permitía al padre que quisiera conservar, en interés de su familia, indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, usar de la facultad de partir sus bienes, por acto entre vivos o de última voluntad, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos.

Tras la reforma se sigue confiriendo al testador esta facultad, que podrá usar en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia para preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas.

Y se precisa:

- que a tal efecto no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario,

- establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador,

-aplicar para el pago de las demás legítimas cualquier otro medio de extinción de las obligaciones (confusión, compensación, etc.),

-prever, si no se hubiera establecido la forma de pago de los demás legitimarios, que cualquiera de ellos podrá exigir su legítima en bienes de la herencia,

- y declarar no aplicables a la partición así realizada lo dispuesto en el artº. 843 (necesidad de aprobación judicial) y en el párrafo primero del artº.844 (necesidad de comunicar a los perceptores la decisión de pago en metálico en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión y necesidad de pago en el plazo de otro año más).

2.- Al párrafo segundo del artº. 1271. Contenía este párrafo el principio general de prohibición de contratos sobre la herencia futura, salvo aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artº. 1056.

La modificación que ahora se hace mantiene dicho principio general (prohibición de contratos sobre herencia futura) y se limita a añadir a la excepción de contratos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme a lo dispuesto en el 1056, la de aquellos otros que comprendan "otras disposiciones particionales", conforme al mismo artº. 1056. No alcanzamos a comprender el porqué de la necesidad de incluir "nominatim" a las disposiciones particionales; para nuestro entender ya incluidas en la expresión "división de caudal'. Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia partición es la "división o repartimiento que se hace entre algunas personas, de hacienda, herencia o cosa semejante". Como se reformó el párrafo segundo del 1056,

en el sentido ya expuesto, se habrá pensado que era mejor hacer este añadido al 1271 que se remitía al 1056.

3.- Y al art°. 1406.2°. Según la redacción que a este artículo le había dado la Ley 11/ 1981, de 13 de mayo, se establecía que "cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:... 2° La explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo".

La modificación que ahora se introduce no se nos antoja profunda, sino más bien terminológica al sustituirse -un mucho en la línea del nuevo párrafo segundo del art. 1056- la referencia a explotación agrícola, comercial o industrial por la más genérica/amplia de "explotación económica". Antes que hubiera llevado con su trabajo y ahora que "gestione efectivamente".

F) OTRAS MODIFICACIONES.

Aprovechando que se publica una nueva Ley -ya saben eso del Pisuerga- y aunque no sea la ley de "amañamamiento" (léase, acompañamiento) se modifica:

- el apartado 4 del art°.33 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Ley 43/1995, de 27 de diciembre), en lo relativo a la aplicación e interpretación de la deducción regulada en este artículo (deducción por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica),

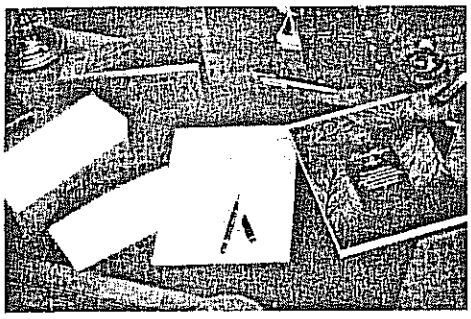
- y el párrafo primero del apartado 3 del art°. 10 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (Ley 1/ 1996, de 10 de enero, en la redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social), para precisar que en las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita dependientes de la Administración General del Estado, los miembros que corresponden a la Administración pública serán un Abogado del Estado y un funcionario perteneciente a cuerpos o escalas del grupo A, etc.etc.

Ya me dirán Vds. que tienen que ver estas reformas (contenidas en las disp. adicionales primera y segunda de la Ley) con la sociedad limitada Nueva Empresa.

Amable lector, si has tenido la paciencia de llegar a este punto espero que no te sientas excesivamente defraudado por las páginas precedentes. La intención perseguida no ha sido otra que la de facilitaros a todos un índice, digamos de buen ver, de las modificaciones introducidas por la Ley de que se trata en la regulación de las sociedades de responsabilidad limitada y que sirven para configurar las denominadas sociedades limitadas Nueva Empresa. Si este índice te puede servir alguna vez para encontrar un detalle que necesitas conocer con urgencia en tu quehacer diario, me sentiré más que satisfecho por el trabajo llevado a cabo y las mínimas opiniones personales vertidas en él a vuela pluma. Hasta siempre. Palma de Mallorca, mayo de 2003.

E.M.-Piñeiro Caramés
(Notario Honorario)

Tomado del ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE LAS ISLAS BALEARES
de la circular n°55 de la Comisión de Cultura



SECCIÓN FISCAL

Por **Martín Brotons Rodríguez**
(Registrador de la Propiedad)

LA APORTACIÓN A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE OCTUBRE DE 2.001

Esta sentencia se dictó en el recurso de casación en interés de la Ley que interpuso la Xunta de Galicia frente a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que consideraba exenta del Impuesto Transmisiones Patrimoniales la aportación hecha por un señor, mediante escritura pública, a la sociedad de gananciales de su matrimonio, de un local sin perjuicio del reintegro de su valor en la liquidación de la sociedad conyugal.

El Tribunal Supremo matiza lo solicitado por la Xunta y considera que lo que se solicita es que se declare que "la exención establecida en el artículo 45.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 1/ 1993, de 24 Sep., por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del I.T.P. y A.J.D., no resulta aplicable a las transmisiones, sean a título oneroso o gratuito, de los bienes propios de los cónyuges a favor de la sociedad de gananciales".

En contestación a lo solicitado el Tribunal Supremo comienza por definir el concepto de aportación que considera que son "todos los actos en virtud de los cuales cada cónyuge adscribe un bien propio al régimen de administración, aprovechamiento y cargas inherente al régimen económico conyugal" Esta aportación a tenor de lo prescrito en el artículo 48.1.B).3 del Real Decreto Legislativo 3050/1980 como en el 45.I.B).3 del actual 1/1993 la declara exenta.

Pero aparte de lo anterior reconoce que en la actualidad es viable que los cónyuges puedan transmitirse por cualquier clase de título bienes y derechos, manifestando que "cualquier transmisión o donación efectuada entre cónyuges estará sometida a tributación ordinaria, sin

gozar de exención, pues tales operaciones son ajenas, como tales, a todo acto de aportación al régimen económico matrimonial"

Visto lo dicho por el Tribunal Supremo cabe sacar las siguientes conclusiones:

CONCEPTO DE APORTACIÓN

La aportación es cualquier acto en que se adscribe un bien propio al régimen de administración, aprovechamiento y cargas inherentes al régimen económico conyugal, pero no implica transmisión, de tal forma que el bien aportado sigue siendo privativo del cónyuge aportante.

Un caso de aportación, que no tiene por qué ser contractual, es el de la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia. El hecho de destinar dichos bienes privativos de uno sólo de los cónyuges a uso familiar es una aportación por lo que el art. 1.320 del c.c. dispone que para su disposición se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o en su caso de autorización judicial. Este es el concepto que aplica también el c.c. en su art. 1.364 cuando dice que el cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común. Es decir se aportan bienes, que siguen siendo privativos, y caso de que se gasten o con ellos se haya hecho un pago procederá el reintegro. En el mismo sentido el art. 1.398 dice que el pasivo de la sociedad estará integrado por: 2ª El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad. Igual regla se aplicará a los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad.

Abundando en el mismo concepto y con más claridad el art. 1.444 del c.c. establece que si después de haberse pactado el régimen de separación se vuelve al régimen de gananciales los cónyuges, en las capitulaciones matrimoniales harán constar los bienes que cada uno aporte de nuevo, y se considerarán éstos privativos, aunque, en todo o en parte, hubieren tenido carácter ganancial antes de la liquidación practicada por causa de la separación.

Claro está que la aportación también puede hacerse por medio de un documento público, que será inscribible en el Registro de la Propiedad, de conformidad con el art. 7 del Reglamento Hipotecario que permite se inscriban los actos y contratos de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales. Al afectar la aportación al régimen de administración, que ahora corresponderá conjuntamente a ambos cónyuges, aprovechamiento y cargas de los bienes privativos, será inscribible en el Registro de la Propiedad. Inscripción que tratándose de la vivienda familiar, evita que surja el adquirente de buena fe en caso de manifestación errónea o falsa del disponente. El actual art. 254 del Reglamento Hipotecario establece que se hará constar por nota marginal la entrega de la dote inestimada o los bienes parafernales, norma que por analogía se puede aplicar a la aportación de bienes privativos Este documento no estará sujeto a transmisiones patrimoniales pues no implica transmisión, ni al de donaciones pues no supone incremento patrimonial del otro cónyuge ni es una operación societaria pues como reiteradamente se ha dicho la sociedad de

gananciales no es una sociedad. Pero en cuanto contiene un acto referente a un objeto valuable e inscribible en el Registro de la Propiedad estará sujeto al concepto de actos jurídicos documentados, aunque exento en virtud de lo dispuesto en el art. 45.I.B). 3 del Texto Refundido.

Este mismo concepto de aportación es el que tiene la Dirección General de los Registros cuando en varias resoluciones admite que el simple hecho de aportación no es inscribible porque no se expresa la causa. Claro está que estos casos contemplados por la Dirección General no se referían a la propia aportación pues de los documentos calificados se deducía que los interesados lo que querían era que los bienes se inscribiesen como gananciales, y claro está, como la aportación no supone transmisión no se podía practicar la inscripción que solicitaban los interesados para ello se necesitaba una causa, es decir una transmisión onerosa o gratuita.

En consecuencia el caso que estudió el Tribunal Supremo estaba exento del impuesto y sería inscribible en el Registro de la Propiedad en tanto en cuanto se afectó el local al régimen de administración, aprovechamiento, y cargas de la sociedad de gananciales, pero no podía provocar que se inscribiese la finca como ganancial.

ATRIBUCIÓN DE CARÁCTER GANANCIAL A UNA FINCA PRIVATIVA

Este caso es distinto del anterior. Los cónyuges convienen en que la finca sea ganancial. Para estos casos ya hemos visto que la Dirección General de los Registros exige que se exprese una causa, esta puede ser onerosa bien con una compensación a cargo de la sociedad de gananciales actual o diferida al momento de su liquidación, que entrarían en el nº 3 del art. 1.398 del c.c. cuando dice que el pasivo de la sociedad estará integrado por "el importe actualizado de las cantidades que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad", o a título lucrativo, sin compensación.

Estos casos no están exentos pues realmente son transmisiones aunque se les haya denominado por los interesados aportaciones, debiendo aplicarse entonces el art. 2 del T.R. del cuando dice que el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado. La base que habrá de tenerse en cuenta si la transmisión es onerosa será la mitad del bien, pues tanto en el impuesto sobre la Renta como en el del Patrimonio, aunque ambos cónyuges son titulares de todos los bienes sin atribución de cuotas, se considera que de los bienes gananciales son propietarios por mitad. Si la transmisión es gratuita, la base será la mitad del valor del bien deducidas las cargas que asuma la sociedad de gananciales, pues ese es el incremento patrimonial que recibirá el otro cónyuge.

UN CASO ESPECIAL DE APORTACIÓN

Quiero referirme a un caso de aportación que puede llevar a la conversión en ganancial de un bien. Se trata de los casos en que se aporta a la sociedad conyugal una vivienda para destinarla al domicilio familiar, cuyo precio no ha sido totalmente abonado o para cuyo pago se ha obtenido un préstamo que se amortiza una vez contraído el matrimonio. En estos casos la parte del valor de la vivienda que se pague con dinero ganancial, será ganancial siendo el

resto privativo del adquirente. En estos casos dice el art. 91 del Reglamento Hipotecario que en las notas marginales en que se haga constar el pago del precio se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado y que la determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar que haya de tener carácter ganancial requerirá el consentimiento de ambos cónyuges y se practicará mediante nota marginal.

El documento que recoja este supuesto estará exento en cuanto que contiene una aportación que, por ministerio de la ley, convierte un bien privativo en ganancial sin que pueda entenderse que hay transmisión de un cónyuge a otro.

Reproducimos íntegra el texto de la Sentencia antes estudiada

"TRIBUNAL SUPREMO, SALA TERCERA, DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 2ª
SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 2001
PONENTE: ROUANET MOSCARDÓ, JAIME.
Nº DE RECURSO: 8857/1999
JURISDICCIÓN: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

LA LEY JURIS: 11/2002

IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS.

Aportaciones de bienes y derechos de los cónyuges a la sociedad de gananciales. Exención. Virtualidad desde la entrada en vigor del Decreto 1018/1967. Interpretación de los artículos 48 1 B) 3 del Real Decreto Legislativo 3050/1980 y 45 1 B) 3 del Real Decreto Legislativo 1/1993.
Texto
En la Villa de Madrid, a 2 Oct. 2001.

Visto el presente recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por la Xunta de Galicia, representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y asistida del Letrado D. José Rodríguez González, contra la sentencia dictada, con fecha 29 Oct. 1999, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, desestimatoria del recurso de dicho orden jurisdiccional número 8227/1998 promovido por el Consello de la citada Xunta contra el acuerdo de 13 Ago. 1997 del Tribunal Económico Administrativo Regional (TEAR) de Galicia por el que se había estimado la reclamación de tal naturaleza número 152/1996 deducida por Dª. María Montserrat F. R. contra la resolución de 8 Feb. 1996 de la Delegación en Pontevedra de la Consellería de Economía y Facenda, a su vez desestimatoria del recurso dereposición articulado contra la liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, ITP, girada con motivo de la aportación, por D. Felipe Carlos I. Mª, mediante escritura pública de 25 Mar. 1995, a la sociedad de gananciales de su matrimonio, de un local «sin

perjuicio del reintegro de su valor en la liquidación de la sociedad conyugal»; recurso de casación en el que han comparecido el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En la indicada fecha de 20 Oct. 1999, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia, en el recurso de dicho orden jurisdiccional número 8227/1998, con la siguiente parte dispositiva: «Fallamos: Que desestimamos el recurso contencioso administrativo deducido por el Consello de la Xunta de Galicia contra Acuerdo de 13 Ago. 1997 estimatorio de Reclamación núm. 36/152/96 contra otro de la Delegación de Pontevedra de la Consellería de Economía e Facenda sobre liquidación por Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, dictado por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Galicia. Sin imposición de costas.»

SEGUNDO. Contra la citada sentencia, la representación procesal de la Xunta de Galicia interpuso, en plazo, directamente, ante esta Sala, el presente recurso de casación en interés de la Ley, que ha sido tramitado conforme a las prescripciones legales; y, formalizados por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal, respectivamente, sus alegaciones y su informe, se señaló, por su turno, para votación y fallo, la audiencia del día 26 Sep. 2001, fecha en la que ha tenido lugar dicha actuación procesal. Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jaime Rouanet Moscardó

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia de instancia, que ha desestimado el recurso contencioso administrativo número 8227/1998 interpuesto por la representación procesal del Consello de la Xunta de Galicia contra el acuerdo del TEAR de Galicia de 13 Ago. 1997 por el que se había estimado la reclamación económico administrativa número 152/1996 promovida por Dª. María Montserrat F. R. contra la resolución de 8 Feb. 1996 de la Delegación en Pontevedra de la Consellería de Economía y Facenda, desestimatoria, a su vez, del recurso de reposición deducido contra la liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, ITP, girada con motivo de la aportación, por D. Felipe Carlos I. M., mediante escritura pública de 25 Mar. 1995, a la sociedad de gananciales de su matrimonio, de un local «sin perjuicio del reintegro de su valor en la liquidación de la sociedad conyugal», se funda, en síntesis, en los siguientes argumentos:

A) El Consello de la Xunta de Galicia, en relación con el alcance del ámbito de aplicación de la «exención» establecida en el artículo 48.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 Dic., regulador del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales («están exentas las "aportaciones" de bienes y derechos verificadas por los cónyuges a la sociedad conyugal»), entiende que dicha exención no es reconocible a toda aportación de bienes o derechos privativos de los cónyuges al patrimonio ganancial, pues tal exención sólo podía estar pensada para las aportaciones que, en aquel momento, el año 1980, eran posibles, es decir, las de los bienes propios del marido y los dotales y parafernales de la mujer (artículos 1336, 1381 y 1396

del Código Civil, CC), pero no era aplicable a las aportaciones a la sociedad de gananciales de bienes propios de alguno de los cónyuges con el resultado de su conversión en bienes gananciales, ya que tales aportaciones eran inviables antes de la reforma del CC por la Ley 11 /1981, de 13 May.

Con dicha Ley desaparecieron las categorías de bienes dotales y parafernales y, al definir los bienes propios de los cónyuges se prescindió de toda referencia a su aportación al matrimonio, de suerte que, si bien el uso del término «aportaciones» en el citado artículo 48 del Real Decreto Legislativo 3050/1980 era coherente con el sistema civil hasta entonces vigente, tras el cambio legislativo introducido por la Ley 11/1981, carecía de sentido la comentada exención, no siendo, ya, aplicable a las aportaciones de bienes privativos para convertirlos en gananciales, pues tal operación sólo fue factible a partir de la mencionada reforma del CC.

B) Si bien, antes de dicha Ley 11/1981, no era posible la aportación de bienes propios de los cónyuges a la sociedad de gananciales a efectos de que se convirtiesen en bienes de tal naturaleza ganancial, tal factibilidad venía reconocida por distintos Derechos Forales o propios, actualmente, de las Comunidades Autónomas, y, por ello, dada la generalidad del precepto que estamos comentando, podían acogerse a su ámbito tanto las aportaciones de bienes que según el Derecho Civil Común podían realizar los cónyuges a la sociedad conyugal antes de su constitución, como las aportaciones postmatrimoniales efectuadas en base los indicados regímenes forales o especiales.

Y como, tras la Ley 11/1981, se posibilitaron, en el régimen de Derecho Civil Común, las aportaciones constante matrimonio realizadas con aquella finalidad, es obvio que las mismas resultan beneficiadas por la cuestionada exención, sin necesidad de forzar la interpretación del precepto, cuya literalidad y su espíritu y finalidad son muy claras, pues, a tenor de los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 del CC, se llega a la coherente conclusión de que las transmisiones onerosas de bienes efectuadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, como es el caso, constituyen transmisiones «sujetas» al ITP, pero «exentas», en la misma línea, por cierto, señalada en el vigente Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 Sep., que reproduce los términos de tal exención.

SEGUNDO. Previamente al estudio del concreto problema de derecho que en este recurso se plantea, importa tener presente que el recurso de casación en interés de Ley, como esta Sala ha declarado con reiteración, dirigido de forma exclusiva a formar doctrina legal —conforme pone de relieve su falta de incidencia en la situación jurídica derivada de la sentencia impugnada— y concebido en defensa de la recta interpretación del Ordenamiento, constituye, como su precedente inmediato de apelación extraordinario en interés de Ley y según se desprende de su actual regulación en el art. 100 de la Ley de esta Jurisdicción (29/1998, de 13 Jul.), un remedio extraordinario y último de que disponen las Administraciones Públicas— y,en general, las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo— para evitar que sentencias que se estimen erróneas y que puedan comprometer y dañar gravemente el interés general más allá del caso resuelto definitivamente por las mismas con fuerza de cosa juzgada material, perpetúen o

multipliquen sus negativos efectos en el futuro ante la posibilidad de reiteración o repetición de su desviada doctrina. Esta específica finalidad y su propia estructura, en que destaca la ausencia de contención entre partes, exige el cumplimiento riguroso de los requisitos establecidos en el precepto anteriormente invocado en punto a legitimación, plazo de interposición y sentencias contra las que cabe, que no pueden ser otras que las dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso Administrativo y por las Salas de esta Jurisdicción de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia —salvo, en cuanto a estas últimas, que hubiesen recaído respecto de actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas y se funden, básicamente, en normas emanadas de sus órganos— que no sean «susceptibles de recurso de casación».

De lo dicho resulta ya el carácter subsidiario que hay que atribuir a esta particular modalidad casacional no sólo respecto de la casación ordinaria, sino también en cuanto se refiere a la «para unificación de doctrina», si la situación que en el mismo se expusiera significara una contradicción de ésta encuadrable en el marco del art. 100 de la antecitada Ley Jurisdiccional. También es preciso, por su misma naturaleza, que, en el escrito de interposición, la entidad recurrente fije, en términos concretos y en forma explícita, la doctrina legal que pretenda se siente para el futuro y, asimismo, verifique un análisis riguroso de la magnitud con que la sentencia recurrida pueda perjudicar el interés general, habida cuenta que el recurso no está concebido para reproducir un nuevo examen del problema específico suscitado en la instancia, ni tampoco para remediar errores de apreciación o de calificación en que la Sentencia impugnada hubiera podido incurrir acerca de puntos de hecho o valoraciones jurídicas que sólo para resolver la específica cuestión en aquélla planteada pudieran resultar relevantes.

TERCERO. El presente recurso de casación en interés de la Ley se basa, en esencia, en las siguientes consideraciones fáctico jurídicas:

A) El criterio sentado en la sentencia recurrida es «erróneo», porque al entender que, cuando la norma habla de una exención aplicable a la «aportación» de bienes y derechos a la «sociedad conyugal», está comprendiendo todo el proceso de transmisión o comunicación de bienes privativos de los cónyuges al patrimonio ganancial, cualquiera que sea el título o causa de la transmisión, se está atribuyendo al precepto un alcance nada acorde con su espíritu y finalidad.

El artículo 48 comentado intenta concretar los hechos imponibles que recoge mediante el uso del término preciso, como es el de «transmisiones», «garantías», «escrituras», «actuaciones», «resoluciones», etc., hasta el punto de que en su número 7 se refiere a «transmisiones que se realicen como consecuencia de una aportación», con lo cual es dificilmente imaginable que la exención del número 3 sea aplicable a las «transmisiones onerosas por actos inter vivos de bienes y derechos» señaladas en el artículo 7.I.A) del citado Texto.

B) Desde el punto de vista histórico, el artículo 2 del Decreto 21 Mar. 1967 (Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes) declaraba sujetas al Impuesto «las aportaciones de "bienes dotales estimados" hechas

por la mujer a la sociedad conyugal... y las aportaciones hechas a la expresada sociedad por terceras personas»; y en el siguiente artículo 3 se declaraban exentas «las aportaciones de bienes hechas por el marido a la sociedad conyugal y las que realice la mujer en calidad de dote inestimada o de parafernales ... ».

En términos muy parecidos se manifestaba el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, aprobado por el Decreto 176/1959, de 15 Ene.

Con la reforma introducida por la Ley 41/1964, de 11 Jun., la mayor parte de los conceptos sometidos al citado Impuesto pasaba a integrarse en el nuevo ITP y AJD, desapareciendo, entre los sujetos, las aportaciones realizadas por la mujer en calidad de dote estimada; pero conservándose, en el artículo 146.16, la exención de «las aportaciones de bienes y derechos verificadas por los cónyuges a la sociedad conyugal ... ». Subsistencia que se funda en la regulación que entonces hacía el CC con el fin de mantener la unidad de administración de los bienes del matrimonio, tanto los comunes como los privativos de los cónyuges, en manos del marido, recurriendo, para ello, a la figura de su «aportación al matrimonio», aportación que no implicaba transmisión patrimonial de ningún tipo, salvo en lo relativo a los bienes de la dote estimada de la mujer.

Y es que la regulación del CC en esta materia, hasta las Leyes de 1975 y 1981, se distinguía por una serie de notas: a), libertad de pacto sobre el régimen económico del matrimonio, siempre que se conviniese antes del mismo en escritura pública de capitulaciones matrimoniales; b), prohibición de modificación posterior de tal régimen; c), régimen supletorio legal de gananciales, en el que los cónyuges mantenían la propiedad de sus bienes privativos, haciéndose comunes las ganancias obtenidas durante el matrimonio; d), prohibición de donaciones y compraventas entre cónyuges durante el matrimonio; e), distinción, dentro de los bienes propios de la mujer, entre los dotales y los parafernales y, dentro de los primeros, entre los estimados (cuyo dominio se entendía transferido al marido, con obligación de restituir su importe a la disolución del matrimonio) y los inestimados, atribuyéndose al marido la administración de todos los bienes del matrimonio, excepto los parafernales (cuya administración retenía la mujer con limitaciones); y f), a los efectos de dicha unidad de administración, los bienes de uno y otro cónyuge eran objeto de «aportación a la sociedad conyugal», como resulta de los entonces artículos 1336, 1381 y 1396 del CC.

C) Parece, pues, evidente que el mantenimiento de la exención sólo pretendía amparar las aportaciones limitadas recogidas en la legislación civil referida. Y, por eso, cuando el artículo 37.1.B).3 de la Ley 32/1980, de 21 Jun., reguladora del ITP y AJD, mantiene la exención para «las aportaciones de bienes y derechos verificadas por los cónyuges a la sociedad conyugal», sólo puede estar pensada para las aportaciones que en ese momento eran posibles, es decir, las de los bienes propios del marido y los dotales inestimados y parafernales de la mujer (sin ser aplicable a las aportaciones a la sociedad de gananciales de bienes propios de alguno de los cónyuges con el resultado de su conversión en bienes gananciales, ya que estas aportaciones eran inviables antes de la reforma introducida en el CC por la Ley 11/1981).

A partir de entonces sólo existen bienes propios de los cónyuges y bienes gananciales y, en relación con los primeros, se prescinde de toda alusión a su aportación al matrimonio, de modo que la exención carecía ya de sentido (no siendo aplicable, por tanto, a las aportaciones de bienes privativos de uno de los cónyuges para convertirlos en gananciales).

D) En conclusión, la tesis de la sentencia recurrida es gravemente dañosa para el interés general, pues, a partir de la Ley 11/ 198 1, ya no cabían las aportaciones para las que estaba pensada la exención del artículo 48.1.B).3 del Real Decreto Legislativo 3050/1980 (que eran aportaciones que no implicaban un desplazamiento dominical del bien de una persona a otra), y, si esas aportaciones ya no existen, la exención no puede aplicarse a la aportación de autos.

Y, si uno de los cónyuges conviene aportar bienes propios a la sociedad de gananciales, con la consecuencia de que dejan de ser de la titularidad del aportante, se está transmitiendo la propiedad de los mismos, y, aun cuando tal negocio está hoy permitido, no está prevista para él la aplicación normativa de exención alguna.

Y se postula, como doctrina legal, la de que «la exención establecida en el artículo 45.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 1/ 1993, de 24 Sep., por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD, no resulta aplicable a las transmisiones, sean a título oneroso o gratuito, de los bienes propios de los cónyuges a favor de la sociedad de gananciales.

CUARTO. No obstante lo aducido por la Xunta recurrente, y a pesar de la matización que al asunto objeto de controversia ha querido darle en la fórmula propuesta como doctrina legal aplicable al caso, no procede estimar el presente recurso casacional, habida cuenta que, como alega el Abogado del Estado e informa el Ministerio Fiscal, es evidente que:

A) Las aportaciones de bienes y derechos verificadas por los cónyuges a la sociedad conyugal gozan de exención en el ITP, a tenor de lo prescrito tanto en el artículo 48.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 3050/1980 como en el 45.I.B).3 del actual 1/1993.

Y ello se refiere a todos los actos en virtud de los cuales cada cónyuge adscribe un bien propio al régimen de administración, aprovechamiento y cargas inherente al régimen económico conyugal.

B) Ésta ha sido la tesis mantenida, para todo tipo de aportación de bienes, desde la entrada en vigor del Decreto, ya citado, 1018/1967, de 6 Abr.

Antes del mismo, regía el Texto Refundido aprobado por el Decreto de 21 Mar. 1958, cuyo artículo 2.XX sujetaba al Impuesto las Aportaciones de bienes dotales estimados hechas por la mujer a la sociedad conyugal; con la puntualización, en el artículo 3-A-28, de que gozaban de exención las aportaciones de bienes hechas por el marido a la sociedad conyugal y las que realice la mujer en calidad de dote inestimada y de parafernales.

El Reglamento aprobado por el Decreto de 15 Ene. 1959 decía, paralelamente, en su artículo 5.XX, que estaban sujetas al Impuesto las aportaciones de bienes dotales estimados,

quedando exentas, según el artículo 6-A-28, las aportaciones de bienes hechas por el marido y las realizadas por la mujer en calidad de dote inestimada y de parafernales.

Es decir, en uno y otro texto, sólo se sometían a tributación las aportaciones de la dote estimada, buscando, así, acomodarse a lo establecido en el artículo 1346.2 del CC (que señalaba que se transfería al marido el dominio de los bienes de la dote estimada —aunque, en realidad, sólo era deudor de su importe—).

En el Decreto 1018/1967, no se hacía referencia expresa, como acto sujeto, a las aportaciones de los cónyuges a la sociedad económica conyugal, a la que, además, a los efectos de que se hace mención, no se la consideraba como sociedad propiamente dicha (saliendo, así, al paso de lo indicado en el artículo 1395 del CC, cuando ordenaba la aplicación a la sociedad de gananciales, de modo subsidiario, de las reglas del contrato de sociedad).

Y, en el artículo 65.2.15 de dicho último Texto, se fijaba la exención de las aportaciones de bienes y derechos verificadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, de una manera generalizada, sin distinguir, ya, entre dote estimada inestimada.

C) Desde entonces, pues, debe considerarse que gozan de exención todas las aportaciones de los cónyuges a la sociedad conyugal.

Y así se llega al artículo 48.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 3050/1980 y al precepto de igual apartado del actual artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/1993.

De modo y manera que el régimen de exención se da, no sólo después de la Ley 11/1981, reformadora del CC, sino, con anterioridad, a partir del Decreto 1018/1967.

Lo acontecido desde la modificación entronizada en el CC por la Ley 11/ 1981 es que, en la actualidad, es factible otorgar capitulaciones matrimoniales antes y después del matrimonio (artículo 1326 del CC), por lo que toda aportación efectuada por los cónyuges al matrimonio, goza de exención, aunque se efectúe una vez celebrado el mismo, siempre que se trate de «verdaderos actos de aportación al régimen económico matrimonial», es decir, como ya se indicó anteriormente, con la calidad de afección a todos los efectos económicos matrimoniales.

En la actualidad es viable que los cónyuges puedan transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar, entre sí, toda clase de contratos (a tenor de lo prescrito al efecto en los artículos 1323 y 1458 del CC).

Antes ello no era posible, por mor de la prohibición recíproca tanto de donaciones entre cónyuges (ex artículo 1334 del CC anterior a la Ley 11/1981) como, salvo excepciones, de compraventas (ex artículo 1458 del CC anterior a la Ley 11/1981).

Y, desaparecidas en la actualidad dichas prohibiciones y limitaciones, es obvio que cualquier transmisión o donación efectuada entre cónyuges estará sometida a tributación ordinaria, sin gozar de exención, pues tales operaciones son ajenas, como tales, a todo acto de aportación al régimen económico matrimonial.

Interpretados, así, los artículos referenciados, 48.I.B).3, del Real Decreto Legislativo 3050/1980 y 45.1.B).3 del Real Decreto Legislativo 1/ 1993, es perfectamente correcta y conforme a derecho la fórmula empleada en los mismos, y carece, por tanto, de virtualidad la tesis o la doctrina legal patrocinada, en los términos con que ha sido expresada, por la Xunta de Galicia recurrente.

QUINTO. Procediendo, en consecuencia, desestimar el presente recurso casacional, deben imponerse las costas causadas en el mismo a la parte recurrente, a tenor de lo al respecto prescrito en el artículo 139.2 de la LJCA 29/1998, de 13 Jul. Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere el pueblo español, FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por la representación procesal de la Xunta de Galicia contra la sentencia dictada, con fecha 20 Oct. 1999, en el recurso contencioso administrativo número 8227/1998, por la Sección Tercera de la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con la consecuente imposición de las costas causadas en este recurso casacional a la citada parte recurrente.

Así por nuestra sentencia, que se publicará en su caso en el Boletín Oficial del Estado, y, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado

Ponente de la misma, D. Jaime Rouanet Moscardó, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico."

RESEÑA LEGISLATIVA
(Hasta BOE/DOGV 16-6 a 30- 6- 03)

DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

COMUNIDAD VALENCIANA-CONSELLERIAS

DECRETO 81/2003, de 27 de junio (DOGV 30-06), del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se establece la estructura orgánica de las Consellerias de la Administración de la Generalitat.

CITAS Y FRASES

Aquel tiempo feliz en que éramos tan desgraciados
(Alejandro Dumas)

Al comprar una casa, piensa en el vecino que adquirirás con ella
(Proverbio)

A menudo, la fortuna nos hace pagar muy caro lo que creemos que nos ha regalado.
(Vincente Boiture)

A perdonar sólo se aprende en la vida cuando a nuestra vez hemos necesitado que nos perdonen mucho.
(J. Benavente)

informativa
de derecho
privado y
registral
LUNES
4'30

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana