**FICHAS PARA DICTAMEN**

**El problema de la venta de un bien integrante de la comunidad**

**hereditaria por uno sólo de los herederos, o de un bien en copropiedad**

**por uno solo de los condueños**

Caben tres posibles posturas (sacadas de la STS **23 de Junio de 2009**)

1.- **Venta válida como venta de cosa ajena19**, aunque matizada con la idea de que la eficacia de la compraventa estará subordinada al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada al vendedor en las operaciones divisorias.

Se basa en dos argumentos:

1.- En nuestro ordenamiento jurídico es válida la venta de cosa ajena. Por la distinción entre perfección y consumación de un contrato. La venta de cosa ajena es una venta perfecta, desde el punto de vista del contrato, aunque todavía no consumada. De manera que si el vendedor no adquiere la cosa ajena y la entrega al comprador cumpliendo el contrato, el comprador podrá resolver la venta vía art. 1124 CC. Pues bien ¿Si se admite la venta de una cosa que es totalmente ajena del vendedor, porque no admitirla cuando sólo es ajena en parte?.

2.- El art. 397 CC puede interpretarse como que se refiere a “alteraciones económicas y no jurídicas”.

**2.- Anulabilidad del contrato por error:**Siempre que atendidas las circunstancias del caso, concurra la creencia de buena fe del comprador e incluso la creencia común de comprador y vendedor de que la cosa era propia de éste.

O incluso **anulabilidad por dolo**cuando el comprador actuaba de buena fe y el vendedor sabía que la cosa era ajena, y sabiéndolo guardo silencio

**3.- Nulidad de la venta:**Que a su vez puede ampararse en dos motivos:

a) Nulidad de la venta por falta de objeto20 . Mediante el argumento de que, sin confundir objeto con poder de disposición sobre el objeto, el de la

19(STS 27-5-1982 y 31-1-1994)

20 (STS 9‐5‐1980)

|  |
| --- |
| **Page 65** |

65

compraventa está integrado no sólo por la cosa sino también "por los

derechos que radicando sobre la misma son materia de la transmisión

que se pretenda operar";

b) Nulidad de la venta por vulnerar una norma imperativa ( art. 6.3 CC), por la aplicación combinada de los arts. 397 y 1261 CC al implicar la disposición de la cosa común por uno solo de los partícipes una alteración que requeriría el consentimiento de los demás.

Carlos Pérez Ramos (Notario de Montellano);

Noviembre 2009

**DONACIONES CON CLÁUSULA DE REVERSIÓN para cuando el primer** **donatario fallezca.**

En mi opinión en esta materia podemos complicarnos mucho o bien buscar la sencillez. La sencillez nos lleva a poder defender dos posibles tesis; o bien en la donación con pacto de reversión a favor de un tercero o bien estamos ante una donación asimilable a una sustitución fideicomisaria contractual o mucho más simple una donación a la que por el artículo 641 CC se aplicarán las normas de la sustitución fideicomisaria.

Hecha esta salvedad, vamos con la ficha:

Los problemas más interesantes son dos:

**1.- ¿La aceptación del 2º donatario debe darse en vida del donante?**

**2.- ¿La expectativa del donatario antes del fallecimiento del donante, es** **transmisible?**

Pues bien recordemos el **Artículo 641CC**: Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales

limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias.

La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto

en el párrafo anterior, es nula; pero, no producirá la nulidad de la donación.

3- **¿La aceptación del 2º donatario debe darse en vida del donante?**

La respuesta a esta pregunta dependerá de la naturaleza que prediquemos

que ostenta la donación con cláusula de reversión a favor de un tercero

para cuando el primer donatario fallezca.

Caben dos posturas.

1ª Entender que estamos ante una donación inter vivos a favor del tercero,

ya que resultara aplicable el art. 633 CC

|  |
| --- |
| **Page 66** |

66

porque la reversión es una cláusula estipulada es una donación inter vivos y

participa de su naturaleza. En consecuencia el SEGUNDO DONATARIO

DEBERÁ ACEPTAR EN VIDA DEL DONANTE por la aplicación del art. 633 del

CC.

2ª La segunda postura es entender que nos encontramos ante un fideicomiso

(condicional o personal, según la voluntad del donante) pero de origen

contractual: por el 641CC y porque su redacción recuerda art. 781 Cc. Y sobre

todo por el tenor literal del art. 641 Cc (Parece ser la que acoge el TS en

Sentencia 15 de Julio de 2009).

Según esta tesis no será necesario que el segundo donatario acepte en vida

del donante, ya que la remisión al 781 abre la posibilidad de reversión a favor

de personas que no existen en vida del donante. Y así lo entiende la STS de 15

de Julio de 2009 , porque en las donaciones con cláusulas de reversión a favor

de un tercero, la situación es parecida a la sustitución fideicomisaria.

4- **¿La expectativa del donatario antes del fallecimiento del donante, es**

**transmisible? Es decir, si muere antes del primer donatario.**

a) Será transmisible si hubiera aceptado, porque ya habría adquirido un

derecho definitivo; y siempre que sigamos la tesis de una donación

intervivos a favor del reversionario.

b) Para la tesis del fideicomiso dependerá, por el art 784 CC, de que la

revisión sea pura o condicional.

Asimismo vamos para mejor comprensión añadir un resumen de la STS 15

julio 2009 publicada en la revista del notario del siglo XXI:

**DONACION CON CLAUSULA DE REVERSION. STS de 15 de Julio de 2009.**

**Ponente: Doña Encarnación Roca Trías.**

El supuesto de hecho es el siguiente: Doña Tarsila dona a su hijo un bien, con

la siguiente cláusula: "si el donatario falleciese sin haber tenido descendencia y

sin haber enajenado la vivienda donada, a su fallecimiento ésta debería pasar

a su hermana Josefa, y si ésta le hubiera premuerto, a las hijas de Josefa".

La cuestión sobre la que se plantea el recurso de casación se centra en si el

tercero favorecido por una cláusula de reversión (las hijas de Josefa) es

también donatario, y por tanto se somete al régimen del CC en materia de

donaciones, en particular, las que se refieren a las formalidades para su validez

y eficacia del artículo 633, requisitos de forma que ha de cumplir tanto el

reversionario como el donatario (la aceptación).

El motivo se desestima al distinguir dos elementos en este tipo de donaciones:

la donación en la que consta la cláusula de reversión, y la reversión

propiamente dicha.

En el presente caso, al tratarse de reversión pactada a favor de un tercero, la

situación es parecida a la sustitución fideicomisaria, pues el beneficiario no

interviene en el otorgamiento de la donación, y en cambio debe actuar cuando

se cumpla la condición que determina la reversión, que juega como resolutoria

|  |
| --- |
| **Page 67** |

67

para el primer donatario y como suspensiva para el tercero beneficiario. ¿Se

requiere por tanto la aceptación del beneficiario, o se produce automáticamente

la adquisición de lo donado?

El TS señala:- que no es necesario para la validez de la donación originaria la

aceptación en ella de los posibles beneficiarios de la cláusula reversional.

- Que cumplido el evento previsto por la donante para la reversión, los

beneficiarios adquieren su derecho, sin perjuicio de poder renunciarlo.

Carlos Pérez Ramos (Notario de Montellano);

Noviembre 2009

**CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE EL ARTÍCULO 839 CÓDIGO CIVIL**

ÍNDICE:

1.- ¿ A quién corresponde la facultad de conmutar?

2.- ¿QUIENES PUEDEN EFECTUARLA EN NOMBRE DEL HEREDERO

MENOR DE EDAD?

3.- ¿Puede el cónyuge viudo imponer la conmutación?

4.- Significado de la expresión “*Mutuo Acuerdo*“del 839

5.- ¿ Puede el testador imponer la conmutación?

6.- ¿ Puede el testador PROHIBIR la conmutación?

7.- ¿Puede el contador partidor realizar la conmutación?

8.- ¿Qué se entiende por “capital en efectivo”?

9.- ¿Pueden los herederos conmutar por otros bienes diferentes a la

asignación de un capital en efectivo? ¿ En concreto, podría conmutarse el

usufructo viudal por la propiedad de una finca?

10.- CRITERIO DE VALORACIÓN:.

11.- ¿En lo conmutado puede haber reserva VIUDAL?

12.- PLAZO

Dice el **art. 839 Cc**: ***"Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su***

***parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de***

***determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo***

***acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.***

***Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la***

***herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al***

***cónyuge."***

|  |
| --- |
| **Page 68** |

68

**1.- ¿ A quién corresponde la facultad de conmutar?**La facultad de

conmutar corresponde a los herederos voluntarios, forzosos o abintestato,

porque la Ley no distingue que estén gravados con el usufructo vidual. Por

identidad de ratio, también a los legatarios gravados (así , STS 10 octubre

2.000). Y procederá tanto en el caso del usufructo legal como en el

usufructo universal.

Una STS de 13 de abril 1956 dado su carácter patrimonial lo considera

transmisible a los herederos del heredero que fallece sin ejercitar el art. 839

Cc.

**2.- ¿QUIENES PUEDEN EFECTUARLA EN NOMBRE DEL HEREDERO**

**MENOR DE EDAD?**: La Sentencia de 28 junio 1962 presupone que se

nombrará defensor judicial. Este defensor judicial declaró la sentencia

aunque la afirmación sea solamente obiter dicta, puede, sin la autorización

del juez, convenir con el cónyuge viudo la conmutación del usufructo,

siempre que tal conmutación se concreta en la asignación de una renta

vitalicia, en la asignación del producto de bienes determinados en la entrega

de una determinada cantidad dineraria». Sin embargo cuando se trate de

conmutar el usufructo del viudo por bienes inmuebles concretos necesitará

el defensor judicial autorización del juez porque como dice DÍEZ-PICAZO

«tanto las facultades del padre, como en su caso, las del defensor judicial

que le sustituya en la partición de la herencia, son facultades puramente

paticionales o divisorias, y conmutar con bienes que no sean los del art. 839

Cc excede de lo particional. NO obstante la Sentencia citada permite que el

defensor judicial sin necesidad de aprobación judicial pueda conmutar el

usufructo del viudo por bienes inmuebles o en el caso de que «todos o la

mayor parte de los bienes relictos sean improductivos».

**3.- ¿Puede el cónyuge viudo imponer la conmutación?**No cabe la

iniciativa del cónyuge viudo salvo en supuestos excepcionales (STS 20 Dic.

91, en un caso de herencia compuesta íntegramente por bienes no

fructíferos), en cuyo caso cabe que imponga la conmutación el Juez.

**4.- Significado de la expresión “*Mutuo Acuerdo*“del 839**

Los herederos al conmutar deben actuar de forma unánime. Cada uno

no puede imponer una forma distinta de conmutar por el 1058 CC.

Sin embargo, el “mutuo acuerdo” a que se refiere la ley, en

realidad es un acuerdo entre viudo y herederos sobre la ejecución de la

conmutación.( por ejemplo sobre que bienes recaerá el usufructo, la

cuantía de la renta vitalicia…). No puede ser mutuo acuerdo de los

herederos y el viudo para que haya conmutación porque entonces

sobraría el art. 839 Cc y la concesión por el mismo de una facultad de

conmutar unilateral.

**5.- ¿ Puede el testador imponer la conmutación?**

¿ Puede el testador imponer la conmutación al VIUDO?

ES POSIBLE, ya que para el viudo es irrelevante que le imponga la

conmutación los herederos o bien se la imponga el testador.

|  |
| --- |
| **Page 69** |

69

No es POSIBLE: Tesis peculiar ( GOMÁ): No podría el testador imponer la

conmutación al viudo por varios argumentos:

a) La ley sólo habla de que puedan imponer la conmutación los herederos,

no el testador.

b) Supone una agresión a la intangibilidad cualitativa de su derecho.

c) Al viudo le hacen unas atribuciones en usufructo y no parece que deba

consentir que se le pague de otra manera

d) El testador podría imponer la conmutación a los herederos, a través de

dos mecanismos posibles: de manera indirecta al modo de una cautela

socini, o como un MODO, cuyo incumplimiento producirá las

consecuencias del incumplimiento de los modos testamentarios.

¿ Puede el testador imponer la conmutación a los HEREDEROS?. Hay dos

tesis

PUEDE:

- Sí que puede imponer la conmutación porque intenta evitar roces entre los

herederos y el viudo, en cuanto son nudo propietarios y usufructuarios.

- En todo caso no habrá problema cuando los herederos sean voluntarios y

aún cuando siendo legitimarios siempre que la conmutación se pague con

cargo a la parte libre, que se deja también a aquellos.

NO PUEDE: Seguiremos a Cámara resumiéndolo.

La legítima del viudo por ministerio de la ley recae sobre el tercio de mejora. Es

verdad que entre el testador y los descendientes la mejora no es legítima, pero

sí frente a terceros ( el viudo) y en todo caso la mejora se puede incluir dentro

del concepto de legítima colectiva de los descendientes. El testador al imponer

la conmutación impone un nuevo gravamen distinto al legal( usufructo del tercio

de mejora).

**6.- ¿ Puede el testador PROHIBIR la conmutación?**Cámara lo admite dado

que no tiene sentido esta facultad cuando el testador desea que su cónyuge

reciba el usufructo viudal.

**7.- ¿Puede el contador partidor realizar la conmutación?**

A favor: Si el testador puede imponerla también puede disponer que la pueda

ordenar el contador-partidor.

En contra ( mayoritaria)

- Excede de contar y partir.

- Y la facultad de conmutar es de los gravados por el usufructo viudal, y el

contador-partidor no es representante de los herederos sino del

testador.(STS 24 de noviembre de 1960).

|  |
| --- |
| **Page 70** |

70

**8.- ¿Qué se entiende por “capital en efectivo”?**

Respecto al “capital en efectivo” la jurisprudencia entiende (STS 28 junio 1962)

que equivale al capital en dinero , aunque por STS 15 junio 1982 también

admite que incluya “*partipaciones societarias en cuanto índices representativos*

*de la participación de un capital*.”

**9.- ¿Pueden los herederos conmutar por otros bienes diferentes a la**

**asignación de un capital en efectivo? ¿ En concreto, podría conmutarse el**

**usufructo viudal por la propiedad de una finca?**

- RIVAS entiende que sí, interpretando el término “capital” en sentido

amplio.

- GOMÁ opina que se puede hacer ya que por el 1058 CC los herederos

pueden partir *como tengan por conveniente*. Se exigirá el consentimiento

de todos los interesados ( herederos+viudo). Ya no estaremos

propiamente ante una conmutación sino ante un Negocio Jurídico

particional; que entendemos que excedería de lo meramente particional

y sería un acto de disposición ( con sus consecuencias en capacidad,

autorización judicial, etc.

La jurisprudencia por su parte en STS 28 de junio1962 declara “que el art.

839 CC sólo permite elegir a los herederos una de las tres formas de pago

que se indican en el mimo, pero no incluye la adjudicación en pleno dominio

de bienes inmuebles, si bien los herederos mayores de edad, obrando en

interés propio y en la libre administración de sus bienes, de común acuerdo

con el viudo, pueden sustituir el usufructo por un capital en inmuebles”.

**10.- CRITERIO DE VALORACIÓN:**Sts de 5 noviembre 1913 y 13 de abril

1956 dicen que es criterio racional de valoración utilizar el señalado por la

legislación fiscal.

**11.- ¿En lo conmutado puede haber reserva VIUDAL?-**

Podría admitirse, basándose en que el 968 impone reservar los bienes

adquiridos por el viudo por sucesión intestada. A lo único q se puede referir es

a la legítima viudal que es lo único q el testador percibirá en la intestada

existiendo descendientes.

Nosotros sin embargo, nos manifestamos en contra por diversos argumentos:

a. El 968 al referirse a lo que reciba por intestada puede referirse al caso

que el viudo reciba como heredero abintestato por repudiación de todos

los descendientes.

b. No se puede reservar el usufructo viudal, porque sería absurdo, ya que

nada habría que reservar. El usufructo sería vitalicio y a la muerte del

cónyuge reservista se extinguiría, no percibiendo nada los reservatarios.

Si no se reserva el usufructo viudal ¿Por qué la parte conmutada que

viene a ocupar su lugar?

c. El 968 y siguientes impone la reserva sobre los bienes adquiridos a título

gratuito y la legítima la conmutada, no es una atribución gratuita sino

onerosa. Se hace en pago de legítima.

|  |
| --- |
| **Page 71** |

71

**12.- PLAZO:**Según la STS de 10 de octubre del año 2.000, el art. 839 Cc

no impone plazo para hacer la conmutación, aunque la doctrina entiende

que deberá ser al tiempo de realizar la partición para evitar que esta nunca

alcance carácter definitivo. (Así, STS 28 marzo 1924).

CARLOS PÉREZ RAMOS

**DIFERENCIAS ENTRE DATIO PRO SOLUTO (Dación EN Pago de Deudas)**

**Y DATIO PRO SOLVENDO (Dación para Pago de deudas).**

La jurisprudencia, que recoge la reciente Sentencia de 1 de octubre de

2009, ha sido reiterada al distinguir la dación en pago - datio pro soluto- del

pago por cesión de bienes - dato pro solvendo -. Siguiendo dicha

jurisprudencia, destacamos:

**► La Adjudicación PARA Pago de deudas (datio pro solvendo**), tiene

especifica regulación en el artículo 1175 del Código Civil, y se configura como

un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un

tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la

facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de

facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la

enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente.

**► LA DACIÓN EN PAGO (datio pro soluto)**Siguiendo la jurisprudencia en la

materia recogida por la reciente STS 1 de octubre de 2009:

CONCEPTO: Se trata de un acto en virtud del cual el deudor trasmite bienes de

su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la

extinción del crédito de que era titular.

NATURALEZA JURÍDICA: Y la doctrina ha calificado la Dación en Pago:

- Como venta.

- Como novación.

- O como acto complejo.

Sin embargo, para la STS de 1 de octubre 2009 sea cual sea la naturaleza

jurídica que se atribuya a la dación en pago, el crédito que se extingue en virtud

de la transmisión tendrá igual *función que el precio en la compraventa*. Por lo

que su regulación habrá de acomodarse analógicamente a las normas de la

compraventa, al carecer de reglas especificas.

No obstante, si bien se aplican por analogía normas de la compraventa,

aunque *es claro que no es un contrato de compraventa*. Por consiguiente, no

deben aplicarse las normas de la compraventa totalmente y sin excepción ni

variación. Así, según la STS 1 de octubre 2009, si existen unas prestaciones

realizadas por el acreedor cuyo pago es debido, aunque no estén plenamente

identificadas, ni valoradas, pueden ser satisfechas a través de la dación en

|  |
| --- |
| **Page 72** |

72

pago pactada entre acreedor y deudor. Es decir, no se aplica el requisito de

que en la compraventa el precio debe ser cierto (art. 1445 Cc).21

Carlos Pérez Ramos. Montellano diciembre 2009

**PAREJA QUE COMPRAN POR MITAD UN INMUEBLE PACTANDO QUE AL**

**FALLECIMIENTO DE UNO DE ELLOS SU PARTE ACRECERÁ AL QUE**

**SOBREVIVA SIN COMPUTARLO EN SU HERENCIA**

**¿ES ADMISIBLE ESTE PACTO?**

**► Argumentos en contra de su admisibilidad:**

1. Es verdad que se admite en caso del derecho real de usufructo, en el art.

521 Cc, pero no se recoge en caso de condominio.

2. La consideración de que si la cotitularidad expansiva se admite en el

usufructo (art. 521 Cc) ello es excepcional, dado su carácter temporal y

frecuentemente vitalicio, que no tiene el dominio.

3. También es cierto que se reconoce un pacto similar en el derecho catalán

para las compras con pacto de sobrevivencia. Sin embargo, no hay norma

similar en el derecho común.

4. Además el argumento fundamental para rechazarlo es que puede ser un

camino para defraudar los derechos de los legitimarios y encubrir un pacto

sucesorio, que se encuentra prohibido en el derecho común.

**► Argumentos a favor de su admisibilidad:**

Los argumentos anteriores pueden ser contestados:

1.- En un supuesto concreto, como es el llamado pacto al más viviente” es

admitido expresamente por el Derecho catalán.

2.- En cuanto la referencia al carácter excepcional del art. 521 Cc, entiendo que

puede ser contestado con la idea que puede tener carácter excepcional su

aplicación legal pero se trata no de un caso en que la ley imponga el

acrecimiento sino que éste viene dado por un pacto expreso. Además el

sostener que se admite excepcionalmente el derecho de acrecer en el

21 pues las partes, en aras del principio de autonomía de la voluntad ex artículo 1255 pueden acordar esta

forma especial del pago. Es lo que ocurre en el caso de la STS 1 de oct 2009. En la que se declara que

no hay infracción alguna cuando en una dación en pago se entregan unos bienes en pago de los

honorarios que ha devengado el demandante en su trabajo de intermediación en promociones de

edificaciones, pese a que ni los trabajos ni los honorarios están perfectamente determinados y valorados,

pero el acuerdo de las partes es válido, por el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el

artículo 1255 del Código civil como uno de los principios básicos del derecho privado, siendo así que no

va contra la ley, ni la moral, ni el orden público

|  |
| --- |
| **Page 73** |

73

usufructo por ser éste normalmente vitalicio, no se sostiene. En primer lugar, el

artículo 521 del código no se aplica sólo al vitalicio. Y además la propiedad

también puede constituirse negocialmente como temporal para determinadas

personas.

3.- Respecto al pacto sucesorio encubierto y el fraude a las legítimas se puede

salvar con el argumento de que estamos ante un **contrato aleatorio y por**

**tanto oneroso**, sujeto “al doble o nada”, si sobrevive un comunero a otro se

queda con todo, pero si le premuere se queda sin nada. La causa tanto del

enriquecimiento como del empobrecimiento que resulte con el primer

fallecimiento para el patrimonio de cada cotitular tendría en todo caso carácter

oneroso y aleatorio, lo que excluye su inoficiosidad.

4.- Asimismo, podemos sustentar este pacto en los siguientes argumentos:

1)

El argumento fundamental se encuentra en el tenor literal del párrafo

segundo del artículo 392 Cc, que admite en esta materia la autonomía de la

voluntad, cuando considera preferente en la regulación de la comunidad a lo

pactado por los interesados frente a las disposiciones del Código.

2)

En realidad, en esta forma de condominio expansivo, con el

llamamiento al todo lo que existe para cada cotitular es un derecho

condicionado suspensivamente en cuanto a su acrecimiento al fallecimiento del

otro, y sujeto a la vez a la condición resolutoria de su premoriencia. Y si tal

resultado puede obtenerse obligacionalmente ¿Por qué no podemos dar a esos

pactos eficacia real, conforme al citado artículo 392,2 del Código?.

3) El pacto que analizamos se trata de un supuesto que encaja en lo que

Beltrán de Heredia ha descrito como “titularidad plúrima total”, en la que cada

partícipe tiene desde el principio no un derecho sobre una cuota, sino un

derecho a la totalidad, pero constreñido o limitado por el derecho del otro titular.

De la misma manera que el dominio ordinario puede estar también

limitado por cualquier carga real, aquí lo que limita el derecho del cotitular es

otro derecho de idéntica naturaleza. Por eso, con el fallecimiento de uno de los

cónyuges desaparece lo que constreñía la titularidad del otro, y el supérstite

queda como único titular pleno, al producirse la expansión en su derecho

preexistente, el acrecimiento.

Con este acrecimiento no se produce sin embargo una transmisión en

su favor, como tampoco la hay a favor de cualquier propietario cuando

desaparece la carga de su dominio, pues no se adquiere entonces nada que no

le hubiera pertenecido desde el primer momento. Lo que se produce con el

acrecimiento es una concreción definitiva en la titularidad, que hasta entonces

había permanecido en una cierta indefinición.

CARLOS PÉREZ RAMOS; Febrero 2010. Notario de Montellano

|  |
| --- |
| **Page 74** |

74

Problemas entorno a la valoración de los bienes donados

sujetos a colación.

El punto de partida es el Art. 1045 Cc, a cuyo tenor: “No han de traerse a

colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se

evalúen los bienes hereditarios.

El aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total,

casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario”.

La donación se debe valorar al tiempo del fallecimiento pero según el “estado

físico” que tenía al tiempo de donarse. Por tanto, sin tener en cuenta en dicho

valoración las alteraciones físicas. O como dicen LACRUZ y SANCHO, sin tener en

cuenta las transformaciones que haya podido experimentar por obra de la naturaleza o

del hombre: la construcción en el solar o la pérdida del bosque, etc.).

Se apoya en los siguientes argumentos:

1. El principal, es el propio tenor literal del párrafo primero del art. 1045 CC.

2. Debe valorarse al tiempo del fallecimiento porque de no haberse efec-tuado las

donaciones; permanecerían al tiempo del fallecimiento, en el patrimonio

hereditario, los bienes en su día donado.

3. Comparando la antigua redacción del art. 1045 Cc con la nueva. Antes de la

reforma del ochenta y uno, el 1045 se refería al valor de los bienes al tiempo de

la donación.

4. La solución del valor de lo donado al tiempo de la donación produciría un

enriquecimiento injusto del donatario en perjuicio de los coherederos del

colacionante.

5. Si fuese el valor de los bienes al tiempo de la donación pero actualizado al

tiempo del fallecimiento, el 1045 debería hablar de “ su valor en el tiempo”.

Pues bien, es esencial distinguir según se trate de alteraciones físicas de

los bienes o de otro tipo de modificaciones:

► **Alteraciones físicas del bien donado**: No se tienen en consideración al

tiempo de la valoración de la donación a los efectos de la colación, de ahí que

diga el artículo 1.045 en su párrafo segundo *que serán a cargo y riesgo o*

*beneficio del donatario*. En definitiva, lo que el precepto quiere significar es que

la valoración de los bienes se hará en el momento en que se valoren el resto

de los bienes hereditarios pero según el estado físico que tenían al tiempo de

hacerse la donación.

► **Alteraciones no físicas del bien donado**: Se incluyen todas aquellas alteraciones

que no supongan un cambio del estado físico del bien donado, lo cual no siempre será

fácil de discernir. En general, puede decirse que mientras que las primeras hacen

referencia al estado o *presencia*física del bien, estas últimas se refieren más bien a

*variaciones en el valor de los bienes por circunstancias extrínsecas o ajenas a su*

*materialidad*, como, por ejemplo, recalificaciones urbanísticas, desarrollo turístico de la

zona, dotación de mejores servicios e infraestructuras, etc. Este tipo de alteraciones ***si***

***se tendrán en cuenta al tiempo de valorar el bien donado****y corren a cargo y riesgo*

|  |
| --- |
| **Page 75** |

75

*o beneficio no del donatario como en el caso de la alteración del estado físico****sino de***

***la masa partible*.**

En definitiva, para determinar el valor colacionables, no se tienen en cuenta las

alteraciones en el estado físico, pero sí todas las que no afecten al mismo. Se

entiende que en este caso más que alteraciones físicas son alteraciones en el valor.

Incluso la jurisprudencia es estricta en la apreciación de los cambios físicos. Así, una

STS de 17 diciembre 1992 ó de 10 de diciembre de 2009, ante un caso de una finca

que donándose como rústica se recalificó luego en urbana, no estábamos ante un

cambio físico por lo que era colacionable el aumento de valor.22

**¿Qué se entiende por la expresión cuando “se evalúen los bienes hereditarios?**

Es discutido por la jurisprudencia. La STS 19 septiembre 1982 entiende que

será cuando **se abra la sucesión, o sea al fallecimiento del causante.**

Pero la STS 28 abril 1988, 19 marzo 1989, 17 diciembre 1992, atiende al

momento de **la tasación de los bienes, es decir, de la partición.**

Según STS de 4 Dic. 2003, la frase 'al tiempo que se evalúen los bienes

hereditarios' significa que en circunstancias normales los bienes colacionables se

habrán de valorar al surgir el dato de la partición, pero si por cualquier evento dicha

partición - no ha podido ser hecha efectiva, *la evaluación se deberá hacer efectiva en*

*el momento de practicar dicha partición.*

**¿Qué criterio ha de aplicarse cuando se trata de donaciones de dinero?**

Esta cuestión viene resuelta de manera muy clara en la STS **20 Junio**

**2005**que declara: “ el art. **1045**no contempla el caso concreto de donaciones

consistentes en sumas de dinero, por lo que no precisa si la colación ha de

efectuarse por el valor nominal, o, por el contrario, atendiendo al valor real, es

decir la cantidad recibida pero actualizada.

Si bien algunos preceptos del Código Civil están presididos por el criterio

nominalista --arts. 1170 y 1753--, la de atender al valor real, ya que así resulta

del cambio legislativo que se operó en el art. **1045**por la reforma de 1981, que

deja la determinación del valor de las donaciones recibidas para el momento en

22 No obstante a pesar de parecer un criterio claro alguna sentencia lo enturbia. Así, la STS de 10 de

diciembre de 2009, declara que de la interpretación del artículo 1045 Cc  se deriva que la valoración de

los bienes colacionables debe efectuarse en el momento de la división hereditaria, corriendo a cargo y

beneficio de la masa partible, los aumentos y deterioros físicos o no, incluso, cuando éstos se produzcan

por consecuencia de una actuación administrativa, *siempre que no sean consecuencia de una actividad*

*decisiva, exclusiva y determinante de su titular.*Introduciendo un nuevo criterio; “la actividad decisiva y

exclusiva del titular”. Aunque me parece un criterio incorrecto tratándose de aumentos o deterioros

físicos en los que el 1045.2 CC incluye los cambios casual y culpable. También llama la atención que la

STS 22 febrero 2006 se fije en el valor del bien donado al tiempo de la donación, pero actualizando

dicho valor al momento en que se evalúen los bienes hereditarios.

|  |
| --- |
| **Page 76** |

76

que se evalúen los bienes que integran la herencia del causante-donante, por

lo que procede es la actualización monetaria del valor efectivo de las sumas

donadas, o, en otras palabras, ha de atenderse en el momento de la colación al

valor real, que no es otro que las cantidades que igualen el poder adquisitivo

que tenían las sumas entregadas cuando se hizo la donación, pues este es el

criterio general del art. **1045**. Además se apoya en que coherederos resultarían

perjudicados si se tuviera en cuenta el valor nominal y no el valor real, lo que

no se acomoda a la equidad ni a la voluntad de la testadora que instituyó a sus

cinco hijos, como herederos por partes iguales, como tampoco a la legalidad

sucesoria desde el momento que los arts. 1047 y 1048 **CC**contemplan los

medios e instrumentos para que los herederos reciban cuotas equivalentes.”

Esta es también la postura de la doctrina. Así, LACRUZ y SANCHO entienden

que, aun cuando del texto legal no puede deducirse una norma clara al

respecto, si se tiene en cuenta el criterio marcado por el legislador y la finalidad

perseguida, la opinión parece favorable a la revalorización de las donaciones

hechas en dinero. Según esta opinión, para colacionar la cantidad donada

*habrá que tener en cuenta el poder adquisitivo de dicha cantidad al tiempo de*

*la donación y traducir ese poder adquisitivo a la moneda actual*: el resultado

será la suma colacionable.

¿Qué ocurre cuando el donatario ha vendido el bien donado antes de la

colación?

La aplicación de la regla del artículo 1.045 puede tener consecuencias

injustas en algún caso: concretamente cuando el heredero donatario hubiese

vendido los bienes recibidos con anterioridad a la apertura de la sucesión y a la

evaluación de los bienes hereditarios, pues puede suceder que el valor actual -

estando ya los bienes en poder de un tercero- haya sufrido un alza más o

menos considerable, que indudablemente no beneficia al heredero-donatario,

que percibió el precio de los bienes recibidos. Si la estimación de los bienes

donados se hace según el valor que los bienes tienen ahora, cuando ya no

estaban en el patrimonio del heredero, parece que el mayor valor alcanzado

por los bienes lo sufrirá el heredero-donatario, sin haber obtenido beneficio

alguno de ese plus-valor que los bienes han experimentado.

Acaso, cabría una aplicación menos rigurosa del criterio del Código,

refiriendo el valor colacionable al precio realmente obtenido por la venta,

momento en que -teóricamente, al menos- tuvo lugar la estimación de los

bienes donados en el patrimonio del heredero (solución que adopta el Código

civil suizo).

Cierto que la dificultad práctica estriba en la prueba del precio realmente

percibido por el donatario-vendedor, pero acaso podría obviarse utilizando el

propio criterio del Código: la valoración actual de los bienes donados en el

estado que tenían entonces (cuando la donación se hizo), pero traducido al

valor que los bienes tenían en su mismo estado, cuando fueron vendidos.

En cualquier caso, hay que reconocer que tal criterio no cumple con el

precepto que ordena valorar «al tiempo en que se evalúan los bienes

hereditarios». O incluso en nuestro ordenamiento jurídico, el primer párrafo de

la Ley 335 de la Compilación Navarra, permite la venta del bien donado,

aunque fija el valor de los bienes colacionables al tiempo de la muerte del

causante, háyanse o no vendido con anterioridad.

|  |
| --- |
| **Page 77** |

77

¿Puede el donante determinar la valoración a los efectos de la colación?

Es opinión común que si el donante puede dispensar de la obligación de

colacionar (art. 1.036 Cc.) con más fundamento podrá determinar el valor del

bien a los efectos de la colación o fijar las reglas conforme a las que se debe

debe determinar dicho valor. Podrá hacerlo tanto al tiempo de la donación

como en testamento. Esta posibilidad debe entenderse independiente de las

valoraciones a los efectos de fijar las legítimas, pues respecto éstas se debe

atender al valor real.

Así lo admite STS 10 dic 2009, en la que en supuesto de hecho el testador en

su testamento ordenó que se valorara el bien donado al tiempo de la donación.

En ese momento era un solar que luego se recalificó.

Problema de Derecho transitorio.

Es el caso de donaciones realizadas antes de la Ley 13 de mayo 198123

pero que deben ser colacionadas después de la entrada en vigor de la misma.

La doctrina propone dos posibles soluciones:

➢ VALLET: Habrá de seguirse el criterio normativo anterior a la reforma

conforme dictan las disposiciones transitorias del CC (Disposición

Transitoria general, una y doce).

➢ Para otros, no hay que olvidar que la colación se desenvuelve en sede

de sucesiones, y que en esta materia la DT 8ªde la Ley 13 de mayo de

1981 establece que las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor

dicha Ley se regirán por la legislación anterior. Mientras que las abiertas

después se regirán por la nueva legislación. Puede argumentarse a

favor de esta tesis de que se trata de valorar el bien donado; y que la

donación es un negocio jurídico perfecto realizado al amparo de la

vigencia del anterior texto. Sin embargo, la colación se desarrolla en un

marco sucesorio y se refleja en un proceso particional, por eso parece

más correcto aplicar la DT 8ª, máxime cuando la obligación de

colacionar sólo nace, por la aceptación, desde la apertura de la

sucesión.

CARLOS PÉREZ RAMOS

Notario de Montellano (Sevilla). 25 de febrero 2010

**¿Puede delegarse en el consejero delegado la facultad de convocar la**

**junta general?**

PLANTEAMIENTO

23 Que atendía al valor de lo donado al tiempo de la donación.

|  |
| --- |
| **Page 78** |

78

Es una cuestión discutida por la jurisprudencia y la doctrina.

Se ha *admitido*por **alguna Sentencia del Tribunal Supremo, como la de 3**

**de diciembre de 2002**, y sobre todo **por la DGRN, entre otras, en las**

**Resoluciones de 20 de marzo de 1991, 7 de diciembre de 1993, 11 de**

**marzo y 22 de noviembre de 1999,**llegando esta última a precisar que tal

delegación *no necesita ser específica por estar tal facultad comprendida en la*

*genérica de todas las legalmente delegables*. Y más recientemente en la

**Resolución de 8 de marzo de 2005.**

No obstante, **el Tribunal Supremo**, en varias Sentencias, como la 4 de

diciembre de 2002, 14 de marzo de 2005 (número 160 y número 161), y de 30

de octubre 2009, **niega que pueda delegarse en el Consejero delegado la**

**facultad de convocar la Junta General**.

La mayoría de la doctrina admite la delegación, aunque no faltan autores

que la nieguen24

ARGUMENTOS QUE PUEDEN SUSTENTAR UNA U OTRA SOLUCIÓN

**► A FAVOR DE QUE PUEDA DELGARSE**pueden ofrecerse las siguientes

razones:

**1ª**La regla general es que el Consejo de Administración *puede delegar todas*

*sus facultades*en el Consejero Delegado; la excepción, aquellas facultades que

la ley entiende indelegables. De manera, que *las posibles excepciones*

*debemos interpretarlas estrictamente.*

**2ª**El artículo 141 LSA impide delegar la rendición de cuentas y la presentación

de balances. Lógicamente, tampoco podrá delegarse la convocatoria de la

Junta General en cuyo orden del día figuren dichas actividades. Si no puede el

Consejero Delegado presentar balances, tampoco podrá convocar la Junta

General que deba aprobarlos.

La consecuencia es que fuera de este caso, podrá en los demás, convocar la

Junta General.

**3ª**El 141 LSA no permite que se delegue aquellas facultades que la Junta

General haya atribuido al Consejo. La razón parece ser que se atribuyeron al

24 Entre ellos Mª SAGRARIO NAVARRO LÉRIDA,

|  |
| --- |
| **Page 79** |

79

Consejo en cuanto tal. Frente a esta afirmación debemos preguntarnos ¿A qué

conclusión nos lleva el 141 LSA?. La respuesta es que no se pueden delegar

aquellas facultades que en principio corresponde a la Junta General y no al

órgano de administración. Pero dando un paso más allá; serán delegables

todas aquellas facultades que en esencia corresponden al órgano de

administración, en este caso el Consejo. Salvo las que con carácter

excepcional no permite el 141 LSA.

**4ª**Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contraria a esta

posibilidad, algunos autores han puesto en relieve que no se encuentra en

dichas sentencias un argumento claro que justifique dicha postura25. Incluso

parece contradictoria26 con otra jurisprudencia como la emanada por la STS de

5 de julio de 2007 en la que admitió la validez de la convocatoria de la Junta

General, y en consecuencia la no nulidad de los acuerdos por ella adoptados,

por el Presidente del consejo de administración cesante (aunque la dimisión no

constaba en el registro mercantil) y por el Presidente del Consejo entrante.

Justificándose la validez de la convocatoria en la Buena fe de los convocantes,

la protección de los terceros de buena fe (fundamentalmente los propios

socios) y la perturbación que produce la nulidad de cualquier acuerdo (para la

sociedad en particular y para el tráfico jurídico en general). Aunque, si bien es

cierto, que el supuesto de hecho de dicha sentencia, era el de una sociedad

que estaba en una situación caótica, y todos los miembros del Consejo de

administración habían renunciado a su cargo, y se convoca Junta General por

el Presidente del antiguo Consejo y por un sujeto que de facto se hizo cargo de

la presidencia y gestión de la sociedad.27

**5ª**En el órgano de administración hay que distinguir entre las *facultades de*

*representación y las de gestión*; y dentro de las de gestión: las empresarias

(que comprenden la dirección del negocio) y las *internas u organizativas*(entre

las que se incluyen la convocatoria de la Junta General).

Pues bien, el art.141 LSA permite la delegación de las facultades del Consejo,

sin que expresamente se refiera a que únicamente serán delegables las

facultades de representación, o bien las de gestión encaminadas a la dirección

del negocio (empresariales) por lo que al no distinguir, debe entenderse que

son delegables *todas las facultades que como órgano de administración le*

*corresponden*.

25 TOMASA HERNÁNDEZ MARTÍN. “La convocatoria de Junta General de accionistas por un

consejero delegado”. Revista Derecho de Sociedades.

26 TOMASA HERNÁNDEZ MARTÍN. “La convocatoria de Junta General de accionistas por un

consejero delegado”. Revista Derecho de Sociedades”.

27 Es un caso muy particular que se me ocurre se podría justificar por la doctrina del gestor de

negocios ajenos sin mandato, entendiendo que la convocatoria de la Junta General es un acto

que “redunda” en utilidad de la sociedad. Aunque entiendo que sería más prudente que una

vez renovado el consejo este acordara ratificar la convocatoria efectuada por el “administrador

de hecho”.

|  |
| --- |
| **Page 80** |

80

Es cierto que excluye determinadas facultades que pueden incluirse entre las

de gestión organizativa, pero no es menos cierto que *no declara indelegables*

*las facultades de gestión organizativa*, bien sea en sentido amplio, o a través

de la enumeración pormenorizada de todas las facultades que tradicionalmente

se reputan como de gestión interna de la sociedad, lo cual podría llevarnos

incluso a defender su extensión, aunque sea analógica aduciendo un olvido del

legislador, a la facultad de convocar la Junta General.

**► EN CONTRA DE QUE PUEDA DELGARSE**puede aducirse los siguientes

argumentos:

**1º**. Si por el 141 LSA no puede delegarse dichas competencias, menos aún la

competencia vinculadas a la misma, como paso previo, la convocatoria de la

Junta General. El que no puede lo más ( la rendición de cuentas) tampoco

puede lo menos, la facultad de convocar la Junta General.

**2º.**Analizando el 141 LSA y las facultades indelegables llegamos a una

conclusión: es indelegable la esfera interna en lo relativo a la relación con los

socios y la sociedad; si en cambio la externa, la relación con los terceros, y

dentro de la interna, la relativa a la gestión, *entendida como dirección del*

*negocio*. La razón de ser, es clara, la utilidad práctica, se quiere simplificar la

actuaciones de gestión.

Al deducir que la interna no es delegable, menos aún, la facultad más

característica de relación con los socios, como es la convocatoria de la Junta

General.

**3º.**Relacionado con la idea anterior, se encuentra28

que la función y

justificación de la delegación de facultades que puede acordar el consejo es la

facilitar el funcionamiento del Consejo de Administración y conseguir una

gestión eficaz, lo implica que no es atribuible al consejero delegado aquellas

funciones, como es la de convocar la Junta General, que no son especialmente

complejas ni requieren tanta urgencia que haga inviable la convocatoria del

consejo de administración.29

28 Así lo sostiene Mª Sagrario NAVARRO LÉRIDA en “Convocatoria de la junta general de una sociedad

anónima por un consejero‐delegado en un consejo de administración de dos miembros. Comentario a la

STS de 4 de diciembre de 2002”. Revista Derecho de Sociedades, núm 21, 2003.

29  Así,  RODRÍGUEZ  ARTIGAS  citado  por  Mª  Sagrario  NAVARRO  LÉRIDA  en  “Convocatoria  de  la  junta

general de una sociedad anónima por un consejero‐delegado en un consejo de administración de dos

miembros. Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2002”. Revista Derecho de Sociedades, núm 21,

2003.

|  |
| --- |
| **Page 81** |

81

**3º.**El argumento esencial de la tesis contraria, es apoyarse en el art.4 Cc y

interpretar las excepciones a la delegación restrictivamente. Pero,

precisamente es lo contrario, lo excepcional no es que se limite la delegación,

sino la delegación misma. La sociedad en sus estatutos o en Junta General

quiso que su administrador fuera un Consejo de de Administración, que actuara

conjuntamente. Lo excepcional será que se permita el Consejero Dellegado; el

cual hace que se aproxime la administración a la hipótesis de un administrador

único.

Carlos Pérez Ramos. Notario de Montellano (Sevilla). 17 de diciembre 2009

**PROBLEMAS QUE PUEDEN PLANTEARSE EN LA**

**TRANSMISION DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES**

**Primera Parte**

**CONYUGES CASADOS EN GANANCIALES**

- En cuanto a la participación social al no ser un valor, como

aclara tajantemente el art. 5.2 LSRL, no cabe aplicar el 1384 CC,

que sí admite la transmisión de acciones por el cónyuge a cuyo

nombre figuren

- En cuanto a la venta de acciones gananciales no impresas ni

entregadas:

· algunos como DIEZ-PICAZO admiten que sólo consienta el

cónyuge a cuyo nombre figuren por aplicación analógica del 1384 y

del art. 1.385 CC, relativo a los derechos de crédito.

· **en contra**, otros como MARTINEZ GIL entienden que no se

aplica el art. 1384 ya que al no existir título desaparece la razón a la

excepción de la codisposición, que no es más que la simplificación y

agilidad en la transmisión de los derechos que se incorporan a un

título-valor; ni el 1385, ya que ni se trata de un simple crédito, sino

de una entera posición contractual que comporta también

obligaciones, la ratio de este precepto es muy distinta, esto es,

facilitar el ejercicio de los derechos de crédito; y finalmente, es

discutible que los actos transmisivos pueden entenderse incluidos

dentro de los actos de “ejercicio”.

**MENORES DE EDAD SUJETOS A PATRIA POTESTAD O**

**TUTELA,**hay que destacar dos cuestiones:

|  |
| --- |
| **Page 82** |

82

- Tratándose de un **contrato de gestión de cartera de valores**

**discrecional**, que como tal faculta al gestor para disponer de los

mismos, CASTÁN PÉREZ-GOMÉZ, entiende que no es precisa la

autorización judicial de los arts. 166 y 271CC (y análogos del

derecho catalán, aragonés y navarro), ya que el acto de disposición

no se contempla aisladamente, sino en relación con la cartera en su

conjunto, donde juega el principio de subrogación real y en ningún

caso supone una delegación de la patria potestad, al ser meros

actos instrumentales en relación con los fines pactados con el

gestor de la cartera.

**-**Por otro lado, se plantea si es necesario autorización judicial

para la **venta de participaciones sociales del menor de edad por**

**sus padres o tutores,**ya que los arts. 166 y 271 CC, a diferencia

del derecho catalán, sólo exigen autorización judicial para enajenar

o gravar valores mobiliarios y aquellas, como sabemos, no lo son.

Pues bien:

a) si se interpreta restrictivamente el precepto por ser una

norma prohibitiva parece que no se precisa autorización

b) sin embargo, otros autores, como Ignacio MARTÍNEZ-GIL o

MENESES, creen que la exigencia de autorización judicial resulta

de:

- una interpretación según la realidad social del tiempo y la

finalidad de la norma, que es la protección del patrimonio del menor,

ya que hoy por hoy es extraordinaria la importancia de los

patrimonios mobiliarios.

- del hecho de que, caso contrario, se podría soslayar

indirectamente la prohibición de enajenación de inmuebles incluidos

en el activo de la SL de que se trate.

- de la consideración de que también pudieran ser

consideradas las participaciones sociales “objetos preciosos” en el

sentido que apuntan los arts. 378.2º y 352 del CC como bienes de

extraordinario valor en relación con el patrimonio del menor o

incapaz.

La misma discusión se plantea en el caso de que se trate de

acciones que no están impresas ni entregadas.

|  |
| --- |
| **Page 83** |

83

**MENORES EMANCIPADOS**rigen las limitaciones de los arts.

323 y 324 Cc: no necesitará consentimiento de sus padres o del

curador, salvo si las considera asimiladas a establecimientos

mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

**TRANSMISION DE PARTICIPACIONES EN DOCUMENTO**

**PRIVADO**

Como sabemos el art. 26 LSRl dice que la transmisión de

participaciones “deberá constar en documento público”.

En

cuanto la exigencia de documento público, rechazada hoy la tesis

tradicional que la conceptúa como forma “ad solemnitatem”,

entendemos que es una **forma “de valer”**y por tanto cabría la

venta en documento privado sin perjuicio de poder compelerse las

partes para su elevación a público ex art. 1280CC, y teniendo en

cuenta que la **fecha relevante**a efectos de la sociedad y de

terceros es la de la escritura.

Además, tratándose de participaciones sociales, el art. 26.3

LSRL considera suficiente que la sociedad conozca la transmisión a

efectos del ejercicio de los derechos de socios, por lo que el Libro-

Registro de Socios es un registro meramente informativo, pero no

legitimador, de ahí que no sea conveniente notarialmente suplir la

exhibición del título adquisitivo por una certificación del Libro.

**VALORACION DE LAS PARTICIPACIONES.**(resumen de un

artículo de JUAN PEREZ HEREZA)

Vamos a plantear la cuestión de si son posibles las clausulas

estatutarias que establezcan criterios que se aparten del valor real

de las participaciones, bien por el establecimiento de criterios

objetivos (normalmente el valor contable) o el establecimiento de

primas o descuentos sobre el valor real.

El TS no se ha pronunciado de forma unánime; sin embargo la

DGRN ha construido una doctrina consolidada que reconoce el dº

del socio a obtener el valor razonable de sus participaciones. El art.

29.2 comienza diciendo “a falta de regulación estatutaria”, pero la

libertad debe tener como límite el valor real.

|  |
| --- |
| **Page 84** |

84

Este criterio, además, parece venir reforzado por la Ley 44/2002,

que para los supuestos de separación, exclusión y ejercicio de dº

adquisición preferente en las transmisiones mortis causa o en caso

de ejercicio de adquisición preferente, parece imponer la valoración

por un auditor de cuentas distinto de la sociedad.

Todos estos argumentos parecen llevar a la conclusión de que si la

libertad estatutaria tiene como límite los principios configuradores

de la sociedad limitada, dentro de éstos está el principio de respecto

al valor real.

Ahora bien, este criterio ha sido criticado por autores, teniendo

en cuenta además que la Ley 2/2007 de sociedades profesionales

en su art, 16 dispone que “El contrato social podrá establecer

libremente criterios de valoración o cálculo con arreglo a los cuales

haya de fijarse el importe de la cuota de liquidación que

corresponda a las participaciones del socio separado o excluido, así

como en los casos de transmisión mortis causa o forzosa cuando

proceda”.

Y el RD 9 febrero de 2007 por el que se regulan la publicidad de los

protocolos familiares permite que en la SA y SL pueda constar en la

inscripción el establecimiento por pacto unánime entre los socios de

los criterios o sistemas para la determinación previa del valor

razonable.

Siguiendo a JUAN PEREZ HEREZA vamos a diferenciar los

siguientes supuestos:

La **SA**es la sociedad capitalista por excelencia, donde la

aportación social es la obligación fundamental del socio y cuyo

régimen gira en torno a ella. Desde esta perspectiva cobra sentido

que el socio pueda abandonar libremente la sociedad mediante la

transmisión de sus acciones y que en los casos excepcionales en

los que se limita esta posibilidad se proteja su interés patrimonial a

recibir su cuota en el haber social. Así, pese a su escaso rango

reglamentario, lo consagra el art. 123.6 RRM.

Es evidente que en la **SL**prima más el elemento personalista que

justifica el carácter cerrado de la sociedad y el papel predominante

de la autonomía de la voluntad a través de la autorregulación

|  |
| --- |
| **Page 85** |

85

estatutaria para adaptar en cada caso la estructura societaria a su

sustrato personal.

Así, en este caso, el régimen de la SA no puede sin más

extrapolarse a la SRL.

Vamos a diferenciar los distintos supuestos:

TRANSMISIÓN INTERVIVOS DE PARTICIPACIONES. La DGRN (y

un sector de la doctrina) ha argumentado en contra de la libertad

estatutaria que un sistema que impide al socio obtener el valor real

de sus participaciones:

1.- Implicaría una prohibición indirecta de disponer sin las garantías

del art. 30.3 de la Ley

2.- Supone atribuir a los demás socios la facultad de obtener un

enriquecimiento injusto o sin causa.

En relación al 1er argumento, si bien puede desincentivar a

transmitir, ello ocurre con cualquier transmisión y estas se admiten

en la SL y ello es porque el legislador considera que pueden servir

al interés social (normalmente la conservación del sustrato

personal).

En cuanto al enriquecimiento injusto, JUAN PEREZ opina que es

dudoso que exista, pues el abandono voluntario de la sociedad,

supondrá normalmente un perjuicio para el resto de los socios

(mayor cuando más importante sea la permanencia del socio en la

sociedad), por lo que no es descabellado que ese perjuicio sea

resarcido mediante la retención por parte de los socios restantes de

un porcentaje de los beneficios sociales.

Además, si en virtud de la libertad contractual, en caso de

transmisión el art. 29.2 dice que el precio de adquisición será el

fijado libremente por las partes, ¿por qué tienen que variar las

conclusiones si el acuerdo se incorpora a unos estatutos? Opina

JUAN PEREZ HEREZA que en caso de preverse en los estatutos

vincularía a los socios fundadores. En caso de los socios

adquirentes, si se asimila la transmisión a la cesión de un contrato,

el nuevo socio se subroga en la posición contractual del

transmitente. En caso de modificación sobrevenida mediante

modificación estatutaria, es dudoso que baste el acuerdo de la

mayoría, sería aplicable el art. 71 al tratarse de una modificación

|  |
| --- |
| **Page 86** |

86

que afecta al derecho individual de cada socio, que exigiría su

consentimiento expreso.

CLAUSULAS DE VALORACION EN LA TRANSMISIONES

FORZOSAS Y MORTIS CAUSA. Hay que tener en cuenta las dos

diferencias fundamentales respecto al caso de transmisión inter

vivos:

-la decisión de transmitir no obedece a la libre decisión del socio

-existen terceros (causahabientes y acreedores) afectados por las

clausulas de valoración.

En las **transmisiones forzosas**, el art.31 se aparta del valor real y

fija como valor de las participaciones el resultante de sumar al

precio de remate los gastos causados, con independencia de que

sea superior o inferior al valor real.

Parece que en este caso el precepto es imperativo, no es posible

que los estatutos establezcan un precio distinto a pagar al

rematante, de lo contrario la incertidumbre a la que se somete al

rematante frustraría la ejecución en perjuicio del acreedor.

**Transmisión mortis causa**. El art. 32.2 reconoce un derecho de

adquisición preferente de las participaciones del socio fallecido a

favor de los socios sobrevivientes o en su defecto a favor de la

sociedad, apreciadas por el valor razonable que tuvieran el día del

fallecimiento.

Las posibilidades de impugnación de los herederos con carácter

general quedan reducidas a los actos gratuitos y sólo cuando

aquellos ostenten la condición de legitimarios. Sin embargo parece

lógico, según JUAN PEREZ HEREZA admitir que falta la gratuidad

(y más aun el, ánimo de liberalidad) cuando estas clausulas son

recíprocas. No parece que el interés de los herederos justifique la

imperatividad del art. 32 pues si vinculaba al socio, no hay razón

que justifique que no vincula a los herederos

SEPARACIÓN Y EXCLUSIÓN DE SOCIOS. A diferencia de lo que

ocurre con las clausulas restrictivas de la transmisión, en el caso de

separación y exclusión, el efecto previsto con carácter general es la

amortización de las participaciones, y por tanto, la reducción del

capital social.

|  |
| --- |
| **Page 87** |

87

En este caso se trata de determinar la imperatividad o no del art.

100 LSRL que establece, para ambos supuestos, que a falta de

acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones, serán

valoradas por un auditor de cuentas, distinto del auditor de la

sociedad, designado por el registrador mercantil.

Parece que la configuración de la separación como un instrumento

de protección del socio minoritario y la exclusión como un

mecanismo de sanción, justifican la imperatividad del art. Así

CABANAS y BONARDELL, que consideran que el dº a obtener el

valor razonable forma parte del contenido mínimo esencial de la

posición del socio.

Sin embargo, JUAN PEREZ HEREZA, se muestra contrario a esta

tesis. Considera que al interés social puede convenirle el

establecimiento de un sistema de valoración predeterminado que

elimine incertidumbres y aminore el quebranto patrimonial, máxime

teniendo en cuenta que todos los socios han consentido

individualmente y con carácter preventivo un sistema de valoración.

Además en nuestro ordenamiento el principio general es el de la

renunciabilidad de derechos, sólo excepcionado con carácter

general cuando la renuncia perjudique a terceros y con carácter

específico en el caso de determinadas renuncias preventivas. En

realidad subyace en estas posiciones una pretensión de proteger a

futuros socios que, sin consentir expresamente el régimen

estatutario, puedan verse afectados por el mismo, sin embargo,

opina JUAN PEREZ que suprimida la posibilidad de establecer

estas clausulas por acuerdo de la mayoría, decaen las razones para

proteger a futuros socios.

**ROCÍO LORA-TAMAYO VILLACIEROS. Notario de Monesterio**

**PROBLEMAS EN LA TRANSMISION DE ACCIONES Y**

**PARTICIPACIONES (II)**

|  |
| --- |
| **Page 88** |

88

**TRANSMISIÓN DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES ANTES DE LA**

**INSCRIPCION**.

Los preceptos clave son, por una parte el artículo 62.1 LSA que dice que

*“Hasta la inscripción de la sociedad, o, en su caso, del acuerdo de aumento de*

*capital social en el Registro Mercantil, no podrán entregarse ni transmitirse las*

*acciones*”. Y por otra el art 28 LSRL, que de igual modo establece que: “*Hasta*

*la inscripción de la sociedad, o, en su caso, del acuerdo de aumento de capital*

*social en el Registro Mercantil, no podrán entregarse ni transmitirse las*

*participaciones sociales”*.

Sin embargo, la interpretación del alcance que se ha de dar a estos

preceptos ha sido cuestión muy discutida. Podemos distinguir varias tesis.

1)

Tesis estricta de la nulidad. En base al art. 6.3 CC, tanto “inter partes”

como frente a la sociedad, lo que se debe entender se extendía incluso al

precontrato o promesa de venta de acciones.

El fundamento se centra en la inaplicación del régimen del capital en esta

fase. La inscripción, tanto de la constitución de la sociedad como de la

ampliación del capital sí tendría eficacia constitutiva al menos respecto de los

efectos específicos del régimen del capital en esta fase, y por tanto del de

transmisión de las cuotas en el mismo.

Sus argumentos son los siguientes

**+ Inexistencia de la sociedad antes de la inscripción.-**Sin inscripción

registral la sociedad carece de personalidad jurídica e incluso se sostiene que no hay

sociedad.

Este argumento es absolutamente insostenible por variadísimas razones:

a) Porque la norma se refiere también a los aumentos de capital y es evidente

que la sociedad que aumenta su capital necesariamente existe previamente.

b) Porque la sociedad queda constituida desde el otorgamiento de la escritura

pública, momento desde el cual el ordenamiento admite la existencia de un ente con

personalidad. Pero aun si negamos la personalidad, lo que ya nadie duda a la vista de

los arts 15 y 16 LSA es que ya se ha configurado un centro de imputación, con

existencia jurídica independiente.

**+ Antes de la inscripción las acciones no son elementos patrimoniales**

**negociables.-**No es argumento válido porque la acción, como representativa de la

situación jurídica derivada de la condición de accionista y la participación de la SL,

como representativa de la condición de socio, sí que deben considerarse negociables.

Campo Güerri propone dos ejemplos:

- Si otorgada la escritura fallece el socio antes de la inscripción, su condición de

socio es elemento patrimonial integrante de su herencia.

- Si en esa misma situación el socio contrae o ha contraído deudas, sus

acreedores personales podrán pedir el embargo de los derechos que ostenta en la

sociedad por la suscripción de acciones (así lo admitió la STS de 24 de marzo de

1984).

La consecuencia es que es posible la enajenación forzosa de esa participación

en la sociedad. Como consecuencia de la misma:

|  |
| --- |
| **Page 89** |

89

+ los partidarios de las especialidades mínimas consideran que se produciría la

adquisición de la condición de socio por el adjudicatario y, asimismo, la aplicación, en

su caso, del artículo 64.2 LSA (dº de adquisición preferente).

+ los que consideran que la sociedad se encuentra aún en fase “contractual y

personalista” consideran que la transmisión no puede producirse sin consentimiento de

los demás, pero se adquiriría un dº obligacional a percibir los beneficios patrimoniales

derivados de tal condición (de ahí que el art 174 Cco diga que “*Los acreedores de un*

*socio no tendrán respecto a la compañía … otro derecho que el de embargar y percibir*

*lo que por beneficios o liquidación pudiera corresponder al socio deudor*”).

Pero en todo caso puede descartarse que no estemos ante un elemento

patrimonial negociable. La conclusión es que si la acción, entendida como

representativa de la condición de socio, es perfectamente transmisible “mortis

causa” o enajenable forzosamente, no parece lógico que se prohíba su

transmisión “inter vivos” voluntaria, cualesquiera que sean sus requisitos o los

efectos que se reconozcan a esta transmisión.

**+ Eliminar el peligro de especulaciones en una fase en que no se sabe si**

**la sociedad llegará o no a constituirse válidamente**. Advierte CAMPO GÜERRI que

el riesgo en juego no es una contingencia tan extraordinaria que el legislador deba

prevenir a toda costa suprimiendo la libertad civil. Es un riesgo que el comprador

puede conocer y asumir libremente si lo considera oportuno; ¿acaso el legislador

debería prohibir todos aquellos negocios que puedan entrañar riesgos para quienes lo

celebran? Si hay abusos, para eso están las acciones rescisorias e indemnizatorias.

**2) Tesis más moderadas de la ineficacia relativa**. Autores como Broseta,

Vicent Chuliá y Magariños sostienen que lo que se prohíbe es la efectiva transmisión,

pues las acciones no existen jurídicamente en esta fase, pero no los contratos de

compraventa sobre las futuras acciones, no directamente transmisivos. Se admite así

el efecto obligacional del contrato transmisivo, pero no el real, para no interferir con

extraños el proceso de fundación o de ampliación del capital

.Magariños considera que con la inscripción, el efecto real se produciría

automáticamente Y si no se inscribe, el contrato queda ineficaz, aunque válido, con lo

que siempre se podrá solicitar la resolución por incumplimiento, ex 1124 CC.

Sin embargo se pueden también aducir contra estas teorías los

argumentos antes expuestos.

3) **Teorías intermedias de la posibilidad de la transmisión a través de una**

**cesión de contrato.**Es la sostenida por autores como Bolás o González-

Meneses. Como antes hemos expuesto, su concepción es que estaríamos

todavía ante una sociedad de base contractual y personalista (aun no

estatutaria y corporativa).

De acuerdo con su postura, por lo tanto, aún no puede hablarse de acciones y

participaciones con su régimen específico, ni siquiera entre los socios. Y la

consecuencia es que sólo se admita la transmisión de los derechos de socio

mediante la cesión del contrato mismo, es decir, de la total posición contractual.

Lo que, como en las demás sociedades personalistas, requeriría

necesariamente el consentimiento unánime de los socios.

Esta sería la razón por la cual la Ley prohíbe categóricamente la entrega y

transmisión de acciones antes de la inscripción de la sociedad en el RM, pues

|  |
| --- |
| **Page 90** |

90

antes hay partes sociales y no propiamente acciones o participaciones. Y lo

mismo se podría decir de la porción de capital ampliado pero no inscrito. Antes

se podría transmitir, pero con los requisitos y efectos propios de la una cesión

de contrato.

El mismo régimen se aplicaría a la transmisión de las participaciones en el

capital cuando la sociedad ha devenido en irregular, dada la remisión al

régimen de la S. Colectiva. Autores, como Alonso Ureba, consideran que esta

conversión automática o subsunción en el régimen de la sociedad civil o

colectiva debe considerarse íntegra y completa, con la conclusión de ser

necesario el consentimiento el consentimiento de todos los demás accionistas

para la transmisión (art 143 Ccom y 1696 CC). Se trataría por ello también aquí

de una cesión de la posición contractual.

Y ello, se dice, porque carece de lógica dar eficacia al régimen estatutario

previsto en la escritura fundacional cuando dicha voluntad corporativa está ligada al

nacimiento de una sociedad de capital. Si ésta no se produce, la voluntad corporativa

deviene ineficaz.

4) **Teoría (más extrema) de Martinez Gil y Campo Güerri de la eficacia sólo**

**externa de la inscripción**.

Estos autores son partidarios de minimizar las especialidades del régimen de

estas sociedades en el ámbito interno, (y consideran que el efecto esencial de la

inscripción es la exclusión de la responsabilidad ilimitada de los socios y de los

administradores en algunos supuestos). A través de dicha inscripción, por tanto, se

hace oponible frente a terceros la caracterización tipológica plena de la sociedad, pero

entre socios el régimen en esta fase previa ya es el legal y estatutario.

En consecuencia consideran que deben minimizarse los efectos de los arts 62

LSA y 28 LSRL.

Respecto al régimen de las acciones, el art 62 LSA es interpretado en el

sentido de por faltar aún la oponibilidad del régimen del capital, aún no pueden

considerarse como títulos valores, con su especial régimen transmisivo, dada su

trascendencia para terceros y para el tráfico. Pero se deben admitir los negocios sobre

las mismas, entendidas como situación juridico-social, como dº del socio, con plenos

efectos personales y reales. Ello sería coherente con el 56.1 LSA: *“Mientras no se*

*hayan impreso y entregado los títulos, la transmisión de acciones procederá de*

*acuerdo con las normas sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporales”*.

No se alude a la necesidad de otros consentimientos específicos.

No explica, sin embargo, que la limitación exista respecto a las participaciones

sociales, ya que éstas no son títulos valores (Campo sostiene también su eficacia).

¿Y cuál sería para estos autores el régimen si la sociedad no inscrita se

convierte en irregular? El art 16 LSA ordena entonces la aplicación de las normas de la

Sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil. Sin embargo, ello puede

entenderse de diversas maneras.

Sin embargo, estos autores partidarios de los efectos mínimos consideran que

hay un doble régimen jurídico, el de la sociedad colectiva o civil, que es “ex lege”,

aplicable a todo lo que pueda afectar a terceros, y el de la sociedad anónima (“ex

voluntate”) aplicable a las relaciones internas entre los socios, entre ellas la

transmisión de la condición de socio. La conclusión también es clara: el socio puede

transmitir sin más limitaciones, en su caso, que las estatutariamente establecidas.

|  |
| --- |
| **Page 91** |

91

Esta es la opinión de CAMPO GÜERRI, para el que la voluntad electora del tipo

anónima manifestado en la escritura constitutiva debe prevalecer en todo lo que no

afecte a los terceros. O sea, que el legislador debe respetar también aquí la autonomía

privada salvo en la medida en que lo exija la protección de los terceros. Se basa para

ello en los siguientes argumentos:

-

La finalidad de la norma del art 16 es proteger a los terceros con un

régimen de responsabilidad ilimitada de los socios. Se trata de un

riguroso mecanismo sancionador, que implica alterar la voluntad de

los socios. Por ello, el precepto no puede interpretarse más allá de su

finalidad esencial, lo que obliga (como norma sancionadora) a una

interpretación restrictiva para no llegar a consecuencias desorbitadas

ajenas a su propósito. A su no aplicación literal en todo aquello que no

perjudique a terceros (la esfera interna de los socios).

-

El párrafo 2 del art 16 establece la aplicación de las normas de la C “si

la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones” lleva a la misma

conclusión, pues es sólo en este supuesto cuando la sociedad se

relaciona con terceros.

Frente a esta tesis podría alegarse que al aplicarse el régimen de

responsabilidad de la colectiva o la civil la condición personal de los socios deviene

esencial, con lo que se habría producido una modificación esencial de la base del

negocio que explica que no se aplique lo pactado, lo que justificaría la necesidad de

consentimiento de los demás socios.

Sin embargo, se contra argumenta diciendo que la tª de la base del negocio es

excepcional y sólo admisible con carácter subsidiario, cuando quien pretende invocarla

no puede por otro medio legal eludir lo pactado en el contrato. Pero aquí sí existen

otros medios: el socio que quiera desvincularse que lo haga pidiendo la disolución (lo

que permite el propio art.16); pero si no lo hace, debe respetar la voluntad inicial de

todos los socios, que era la de constituir una sociedad anónima, con la libertad

transmisiva que le es consustancial.

Esta solución tampoco perjudica a los terceros, ya que al aplicarse - aquí sí -,

las normas de la colectiva o la civil, el que transmite sigue respondiendo con su

patrimonio personal de las deudas contraídas por la sociedad con anterioridad a su

marcha. Y tampoco se alteran los regímenes especiales de responsabilidad del art 46

LSA (responsabilidad en la transmisión de acciones no liberadas) o 21 LSRL

(responsabilidad, también de adquirentes ulteriores por la realidad y valoración de las

aportaciones no dinerarias).

Sin embargo, esta ingeniosa teoría deja sin explicar el significado de los arts 28

LSRL y 62 LSA.

En todo caso, la cuestión no deja de ser dudosa y de indudable importancia

en la práctica.

**POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA:**

**STS 3 Noviembre 2009.**El Tribunal Supremo recuerda la interpretación que da

la jurisprudencia en la actualidad de tal artículo, citando sentencias como la de

12 de Diciembre 2002 ó 18 de Marzo de 2005, frente a la postura que se había

tenido con anterioridad, basándose en el antiguo artículo 14 de la LSA de 1951.

Así señala que el artículo 62 no prohíbe la celebración de negocios sobre las

|  |
| --- |
| **Page 92** |

92

acciones, aunque la transmisión efectiva de los títulos se haya de realizar en un

momento posterior, *dado que lo único que pretende evitar el artículo es*

*precisamente que se entreguen esos títulos antes de la inscripción. Por tanto*

*no impide la celebración de un negocio de compraventa, que no supone una*

*transmisión de las acciones por sí solo, un cambio de la titularidad inmediato de*

*las mismas, sino que sólo genera la obligación de transmitirlas.*Por ello

confirma la validez del contrato de venta de acciones antes de la inscripción.

Además añade que «el artículo 62 responde a la voluntad del legislador de que

no se entreguen o transmitan las acciones antes de la inscripción de la

sociedad - entre otras razones porque las representadas por títulos necesitan

contener la mención de los datos de identificación de dicha inscripción: artículo

53, apartado 1 , letra a).

**La STS de 18 de marzo 2005:**Declara que el artículo 62 ha sido interpretado

por un relevante sector de la doctrina científica en el sentido de que la

imposibilidad material de confeccionar la acción antes de la inscripción puede

ser un obstáculo para la entrega, pero no para la transmisión de los derechos

del socio o futuro socio, de modo que la prohibición de transmisión se refiere

sólo al titulo valor, que evidentemente no puede ser transferido si no existe

como tal, por incorporarse a un soporte de papel o a ese otro de la anotación

en cuenta, pero no a la acción concebida como conjunto de derechos o, más

exactamente, a los derechos derivados de la cualidad de socio o de futuro

socio.

Según esta posición doctrinal, no existe una imposibilidad dogmática o

conceptual para la transmisión de que se trata.

En definitiva, con seguimiento de la doctrina científica antes aludida y de

las posiciones jurisprudenciales recién expuestas, el TS considera en esta ST

que la prohibición del artículo 62 de la Ley de Sociedades Anónimas afecta

sólo a la emisión y entrega de las acciones antes de la inscripción de la

sociedad o del aumento del capital, pero no prohíbe la celebración de negocios

sobre estas acciones, dejando para momento posterior la consumación de los

mismos mediante la transmisión de los títulos una vez creados.

**EN EL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN**

Dado que el artículo 90.1.2 LSRL señala que “*la eficacia de la transformación*

*quedará supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil***”**, se

plantea qué ocurre con las transmisiones una vez otorgada la escritura pública de

transformación de SA en SRL y antes de que se inscriba en el Registro Mercantil: ¿se

transmiten acciones o participaciones sociales?.

❑ Para un sector doctrinal (PERDICES), hasta la inscripción deben

transmitirse como acciones (art.56 LSA) e inscribirse en el Libro Registro

de Acciones Nominativas (art.55 LSA) y no quedarán sujetas a las

limitaciones transmisivas propias de las sociedades de responsabilidad

limitada.

❑ Para MARTINEZ GIL esta opinión es totalmente rechazable por varios motivos:

1. La inscripción nunca es un elemento constitutivo del negocio jurídico, y

solamente puede tener una función de oponibilidad del negocio frente a

terceros, nunca “inter partes”.

|  |
| --- |
| **Page 93** |

93

2. En la propia escritura de transformación es obligatorio señalar que se han

anulado o inutilizado los títulos representativos de las acciones, señal

inequívoca que el legislador considera el proceso como definitivo.

3. Los socios pueden haber optado por el régimen de sociedad limitada buscando

“cerrar” la sociedad a extraños y sería paradójico que, antes de la inscripción

de la transformación, y una vez manifestada en la escritura pública la voluntad

electora del tipo, puedan transmitirse como acciones sin restricciones

estatutarias libremente elegidas por todos los socios.

4. Hasta unas recientes resoluciones de la DGRN que han cambiado el

criterio anterior, a los acuerdos adoptados inmediatamente después de

la transformación, bien en la misma Junta, bien en otra anterior a la

inscripción, se les aplicaba ya, no obstante no haberse inscrito la

transformación, las normas de la SRL (por ejemplo, cambios de

denominaciones o de domicilios sin publicaciones en periódicos,

aumentos de capital con aportaciones no dinerarias sin informe de

expertos independientes, etc).

Por todo lo anterior, y así se viene haciendo en la práctica notarial, hay que transmitir

las participaciones de la sociedad ya transformada, pero que está pendiente de cerrar

el ciclo transformador frente a terceros a través de la inscripción.

**ADQUISICIONES INDIRECTAS**

Es decir, cuando el socio de una sociedad con restricciones para transmitir sus

participaciones/acciones es a la vez una sociedad, pues vendiendo ésta última las

suyas, consigue indirectamente un cambio de titularidad o control sin someterse a

restricción alguna.

Señala PERDICES que en estos casos, como regla general, prima la

contemplación objetiva de la sociedad independientemente de quienes la dirijan o

compongan (se entiende por contemplación objetiva cuando la entrada de una

persona jurídica como socio tiene lugar en contemplación a las circunstancias

objetivas de aquella, como patrimonio, capital, objeto etc). Admitir sin más como socio

a una persona jurídica debe interpretarse como regla general, en el sentido de que los

cambios subjetivos o de control de aquella se consideran irrelevantes para los

intereses a los que sirve la restricción.

Pero nada impide la contemplación subjetiva (cuando la alteración de la base

subjetiva devenga relevante) ya sea expresa (cuando así se prevé expresamente) o

implícita, como ocurre en caso de cláusulas que permitan ciertos supuestos de

adquisición indirecta, de lo que cabe interpretar que no se admite en los demás.

En cualquier caso, las cláusulas limitativas en estos casos han de ser de

adquisición preferente una vez realizada la adquisición, ya que evidentemente a través

de los estatutos de una sociedad no se pueden imponer directamente limitaciones a la

transmisión de otra distinta

|  |
| --- |
| **Page 94** |

94

**EXAMEN DE LA DA 3º LMV**

En materia de acciones, si son títulos **al portador**la transmisión se sujeta a lo

dispuesto por el artículo 545 CdC en virtud de la remisión del artículo 56.2 LSA. Es de

importancia en este punto la DA 3ª LMV que dispone “*la inscripción o transmisión de*

*valores sólo requerirá, para su validez, la intervención de fedatario público cuando*

*éstos estén representados por títulos al portador y dicha suscripción o transmisión no*

*se efectúa con la participación o mediación de una Sociedad o Agencia de Valores o*

*de una entidad de crédito*". Debe entenderse que esta obligación constituye un

requisito formal que se añade a la tradición, no al negocio causal, de modo que el

negocio “inter partes” es válido sin perjuicio del derecho que les asiste a compelerse

recíprocamente a llenar la forma exigida legalmente (en contra GARRIGUES que

sostiene nulidad radical). Más discutido es determinar qué efectos produce la falta del

requisito para el ejercicio de los derechos del accionista frente a la sociedad, ¿puede

ejercitar sus derechos o no?

➢ GARRIGUES, PAZ-ARES, MADRID-PARRA entienden que sí por ser una

norma de interpretación restrictiva al desvirtuar la naturaleza de los títulos

al portador, porque la ratio de la misma es fiscal y porque la apariencia

derivada de la posesión del título debe jugar a favor de la sociedad con el

límite de la buena fe.

➢ MARTINEZ GIL entiende que con tal interpretación se vacía de contenido

dicha D.A. y que la exigencia legal de dicho requisito no puede anularse

para conceder una aparente titularidad jurídica al mero poseedor de la

acción, además señala que la norma tiene otras finalidades como controlar

el poder económico que representa la titularidad de las acciones (por

ejemplo desde el punto de vista del derecho de la competencia) y que

fiscalmente interesa controlar no solamente el incremento patrimonial del

vendedor sino también los dividendos que pudiera percibir el comprador.

En consecuencia, el Notario debe exigir el título adquisitivo del transmitente

para ejercer el control de legalidad (en contra PAZ-ARES). Añade

MARTINEZ GIL que, en todo caso, caben todas las formas de tradición (ej.

la instrumental del 1.462 CC) y que esto no obstante a los efectos de

legitimación nadie puede legitimarse sin la posesión material o física del

documento, aunque sea el verdadero dueño del mismo.

ROCÍO LORA-TAMAYO VILLACIEROS

NOTARIO DE MONESTERIO (Badajoz)

**EL PROBLEMA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO**

**CANCELADA. QUE POSTERIORMENTE POR MANDAMIENTO JUDICIAL**

**SE DECLARA MAL CANCELADA, PRETENDIÉNDOSE REPONERLA ¿Qué**

**OCURRE CON LOS TIULARES DE ASIENTOS POSTERIORES?**

Se recoge en una Resolución de la DGRN de 7 de septiembre de 2009.

|  |
| --- |
| **Page 95** |

95

Supuesto de hecho: Se ha cancelado una anotación preventiva de embargo.

Pero, un mandamiento judicial ordena que se deje sin efecto dicha cancelación

(que fue acordada en una ejecución anterior) reponiendo la vigencia de la

anotación preventiva de embargo ahora cancelada. Desde que se canceló la

anotación preventiva se practicaron en el registro otros asientos, cuyos titulares

no han sido parte en el procedimiento del que dimana el mandamiento

discutido.

¿Es posible? **NO**. Cancelado un asiento de anotación preventiva de embargo,

los asientos posteriores (anotaciones preventivas o inscripciones) ganan

prioridad, avanzan de rango y devienen anteriores frente a una eventual

ampliación del embargo –como ha ocurrido en el supuesto de hecho de este

expediente-. La consecuencia es que no cabe el restablecimiento de la

anotación preventiva cancelada sin el consentimiento de los titulares de los

derechos inscritos o anotados, que aún siendo posteriores en llegar al Registro,

han pasado a ser anteriores como consecuencia de la cancelación practicada.

¿Es incompatible esta doctrina con la que sí permite la ampliación del

embargo? **NO**, pero hay que matizarla:

**1.**La existencia de terceros con derechos inscritos o anotados no es obstáculo

para practicar la ampliación del embargo, como ha dicho anteriormente este

Centro Directivo (cfr. Resolución de 26 de septiembre de 2003 y 1 de Octubre

de 2005). (verlas)

**2**. *La ampliación del embargo por intereses y costas*sobre lo inicialmente

previsto en la ejecución en que se acordó, puede hacerse constar aunque la

finca se halle inscrita a nombre de otra persona, salvo la hipótesis del artículo

613.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (es decir, salvo que la finca haya sido

adquirida por virtud de otra ejecución).

**3**. Esto es así respecto de cantidades devengadas con posterioridad al

embargo, incluso en los supuestos de acumulación de procedimientos de

ejecución aunque se deriven de créditos diversos (cfr. Resolución de 30 de

Septiembre de 2005).

**4**. *Pero el presupuesto necesario para que esta ampliación se haga constar*

*registralmente y tenga eficacia frente a terceros, es que la anotación preventiva*

*de embargo esté vigente y sin cancelar*.

**ARTÍCULOS DOCTRINALES**

**NOTAS PARA EL ESTUDIO DE LA OPCIÓN DE COMPRA**

**Por Valerio Pérez de Madrid Carreras.**

**Notario de Córdoba.**

|  |
| --- |
| **Page 96** |

96

**SUMARIO**: 1.- CONCEPTO, CLASES Y FUNCIÓN DE LA OPCIÓN. 2.-

NATURALEZA JURÍDICA DE LA OPCIÓN. A) Configuración autónoma. B)

Derecho real o personal. 3.- CUESTIONES DE CAPACIDAD. 4.- EL PRECIO

DE LA OPCION: LA PRIMA. 5.- EL PLAZO: A) Naturaleza B) Determinación C)

Duración D) Plazo y contraprestación 6.- EFICACIA DE LA OPCIÓN. A)

Efectos inter partes B) Efectos frente a terceros 7.- CESIÓN DE LA OPCIÓN.

8.- OPCIÓN MEDIATORIA. 9.- OPCIÓN EN GARANTÍA. 10.- EXAMEN DE LA

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL

NOTARIADO.

**BIBLIOGRAFÍA:**DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*,

I, Madrid, 1.997; FELIÚ REY, M.I.: *La prohibición del pacto comisorio y la*

*opción en garantía,*Madrid, 1.995; LEÑA FERNÁNDEZ, R.: *Algunas cuestiones*

*prácticas en torno a la opción de compra,*en Academia Sevillana del Notariado,

1.991; TORRES LANA, J.A.: *Contrato y derecho de opción,*Madrid, 1.987.

**1.- CONCEPTO, CLASES Y FUNCIÓN DE LA OPCIÓN.-**

En una primera aproximación y siguiendo a DÍEZ-PICAZO, entendemos por

OPCIÓN aquel contrato en virtud del cual una de las partes (concedente)

atribuye a otra (optante), un derecho que le permite decidir, dentro de un

determinado periodo de tiempo, la celebración de otro contrato, normalmente la

compraventa.

El contrato de opción no está regulado de forma unitaria en nuestro

ordenamiento jurídico. Sólo está prevista su inscripción en el art. 14 RH que

exige para su acceso al Registro: convenio expreso de las partes para que se

inscriba; precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que

se hubiera convenido para conceder la opción; y plazo para el ejercicio de la

opción, que no podrá exceder de cuatro años.

En cuanto a las clases de la opción, está relacionado con la función

económica y jurídica que desempeña la opción en el tráfico jurídico:

A) OPCIÓN DIRECTA.- Es aquella opción cuya función radica en conceder

al optante una mayor amplitud en la deliberación y decisión acerca de la

conveniencia de la conclusión del contrato proyectado.

B) OPCIÓN MEDIATORIA.- Es aquella opción en la cual el optante

interviene como un simple intermediario, con fines especulativos, pues está

prevista la posibilidad de que el contrato proyectado se celebre con una tercera

persona que designe el optante.

C) OPCIÓN EN GARANTÍA.- Es aquella opción establecida en garantía del

cumplimiento de una obligación, de modo que el deudor concede al acreedor

un derecho de opción sobre un bien de su propiedad, con la facultad de éste de

ejercitar la opción en caso de incumplimiento, quedándose el bien en pago de

la deuda.

|  |
| --- |
| **Page 97** |

97

**2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA OPCIÓN.-**

El estudio de la naturaleza jurídica de la opción nos llevará a las dos

cuestiones que han sido planteadas por doctrina y jurisprudencia. En primer

lugar, si la opción es un contrato autónomo, sui generis o, por el contrario, una

modalidad de precontrato. En segundo lugar y lo que es más importante, si la

opción atribuye al optante un derecho personal o un derecho real.

A) Configuración autónoma.

Una primera tesis, defendida por DE CASTRO y DÍEZ-PICAZO parte de la

concepción de la opción como una modalidad de precontrato, pues se identifica

con la promesa de venta. A juicio de DÍEZ-PICAZO, estamos ante una promesa

bilateral, en el cual la facultad de exigir la entrada en vigor del contrato

proyectado se atribuye en exclusiva al optante.

Una segunda postura, en la que encontramos a ROCA SASTRE, que indica

que la opción no es más que un pacto o derecho añadido a un contrato futuro y

de carácter accesorio. MEZQUITA va más allá, al entender que el pacto

funciona como una condición potestativa, lo que ha sido negado por la

jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, STS 17 diciembre 66). Y LEÑA

FERNÁNDEZ, asumiendo la condición accesoria de la opción, defiende que el

pacto va ligado a un contrato preparatorio de compraventa, no a una

compraventa futura.

Sin embargo, la tesis que nos parece más correcta, a la que se adscriben

TORRES LANA, YSÁS y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entiende por

el contrario que en la opción es una figura *sui generis*, si bien conectada con el

contrato futuro. De este modo, se pueden diferenciar dos negocios distintos:

uno principal, que es la compraventa futura; y el contrato de opción, que en el

que está integrada la declaración de voluntad del concedente de forma perfecta

e irrevocable.

B) Derecho real o personal.

Cuestión más discutida es si la opción genera a favor del optante un

derecho real o personal. Las posturas son diversas en la doctrina.

Una primera postura es entender que el derecho de opción tiene

naturaleza PERSONAL. Como indica la STS 9 de octubre de 1.987, la opción

es un contrato, que sólo genera un derecho personal. No es un derecho real

porque no recae sobre la cosa, sino sobre la persona del concedente, sin

perjuicio de que por medio de la inscripción pueda afectar como una carga a

los terceros. Como indica TORRES LANA, en el derecho de opción no se dan

los caracteres de inmediatividad, inherencia y exclusividad propios de los

derechos reales y, además, el derecho de opción se extingue por su ejercicio,

nota típica de los derechos personales.

|  |
| --- |
| **Page 98** |

98

La segunda postura es la antitética, pues parte de la idea de que el derecho

de opción es siempre un DERECHO REAL. A esta línea se adscriben autores

como AMORÓS GUARDIOLA o CAMY, sobre la base de entender que la

opción es un derecho de adquisición preferente sobre la cosa, imponiéndose

directamente sobre ésta.

La tercera postura es entender que el derecho de opción pertenece a la

categoría jurídica del IUS AD REM o derecho con vocación real, porque la

opción es un derecho personal que, por medio de la inscripción, tiene efectos

reales. Para DÍEZ-PICAZO, es un derecho personal porque no concede un

poder directo sobre la cosa, sino sólo un comportamiento del obligado, que es

el concedente; sin embargo, tiene vocación real porque la opción inscrita es

oponible y eficaz contra terceros.

Sin embargo, la tesis que estimamos más acertada es la que entiende que

la opción tiene una NATURALEZA PERSONAL O REAL DEPENDIENTE DE

LA VOLUNTAD DE LAS PARTES. Es decir, en principio es un derecho

personal, pero nada impide, al amparo del principio de autonomía de la

voluntad y de la teoría numerus apertus en materia de derechos reales, la

creación de un derecho de opción que reúna los requisitos típicos de los

derechos reales. Tesis que propugna ROCA SASTRE, MEZQUITA, CASTÁN,

LEÑA, la DGRN y la Ley 460 de la Compilación Navarra.

Ahora bien, admitida como premisa que la opción pueda configurarse por

voluntad de las partes como derecho real, ¿cuáles son los requisitos de la

opción real? A nuestro juicio, los siguientes:

1º Que se exprese claramente la voluntad de las partes de constituir un

derecho real, porque en caso contrario se presume la libertad del dominio,

como indica la Resolución de 4 de octubre de 1.989. De todas maneras, la

cuestión no es tan sencilla, porque no es necesario que las partes,

nominalmente, se refieran a la creación de un derecho real, sino que lo que

importa es la realidad material subyacente en el acuerdo de voluntades.

2º Y segundo, que se constituya realmente un derecho real, con las notas

típicas de inmediatividad, exclusividad y eficacia erga omnes propias de los

derechos reales.

La inmediatividad implica que la opción real debe atribuir al optante un

poder directo sobre la cosa. En consecuencia, creemos que la opción se debe

configurar de modo que permita al optante, de forma unilateral, tanto el

ejercicio de la opción de compra, celebrando por sí el contrato futuro, como la

posible cesión de la opción sin consentimiento del concedente. Y la forma que

la práctica notarial ha ideado para esta inmediatividad es la concesión por parte

del concedente al optante de un poder conferido al optante, con carácter

temporal e irrevocable, para la formalización de la compraventa futura. Doctrina

y jurisprudencia permiten este poder, justificando la irrevocabilidad en el interés

protegido por el apoderamiento y entendiendo que estamos ante un supuesto

de autocontrato permitido.

En cuanto a la exclusividad sobre el bien objeto de la compraventa, la

opción real exige que sólo el optante pueda provocar, con su decisión, la

|  |
| --- |
| **Page 99** |

99

alteración de la titularidad activa sobre el bien. Lo que implica que la opción

real, por esencia, implica una limitación de la facultad dispositiva sobre el

concedente. No se trata sólo de una obligación de no disponer, sino de una

auténtica prohibición de disponer. Ciertamente, esa prohibición no accede al

Registro por el tenor del art. 27 LH, pero al ser una auténtica limitación del

dominio, el acto de disposición del concedente no es válido, porque no tiene

legitimación dispositiva. Y esto sin perjuicio de los terceros de buena fe que

aparezcan protegidos por la fe pública registral.

Finalmente, en cuanto a la eficacia erga omnes, ésta se alcanza, desde

luego, con la inscripción. La cuestión, realmente dudosa, es si cabe una opción

real constituida al margen del Registro. La mayoría de la doctrina entiende que

no, ya que la eficacia erga omnes de la opción sólo puede obedecerse a la

publicidad registral. Se parte de la idea, ciertamente sugerente, de que la

opción real es un derecho no posedible y que, al igual que en la inscripción, la

falta de posesión se suple con la inscripción. Es decir, que para la opción real

la inscripción es constitutiva. La tesis contraria parte de que los derechos

reales, en nuestro ordenamiento jurídico, nacen antes y al margen del Registro,

que sólo es título de legitimación y no de atribución de derechos reales.

En la práctica, se cuestiona la admisibilidad de la opción real constituida en

escritura pública pero sin acceso al Registro. A nuestro juicio, ésta opción tiene

carácter real (siempre que se cumplan las otras dos notas) pues el tercero no

puede desconocer la existencia de la carga que representa la opción real dada

la oponibilidad a terceros del documento público, principio esencial del artículo

1.218 del Código Civil. Es decir, que esta opción tendría efectos erga omnes.

Otra cosa es que no afecta a terceros hipotecarios por el juego de la fe pública

registral del artículo 34 LH. Pero nótese que en el caso de fincas no inscritas, el

tercero sufriría siempre la carga.

**3.- CUESTIONES DE CAPACIDAD.**

Por lo que se refiere a la constitución de la opción de compra, conviene

detenerse en algunos aspectos relacionados con la capacidad. Nos

centraremos en los menores, incapaces, emancipados y en las sociedades.

En relación con los menores, emancipados e incapaces, se plantea la duda

de si la concesión de la opción por el menor, incapaz o emancipado implicará el

sometimiento a los requisitos de tutela previstos por la ley si la opción recae

sobre un bien inmueble: autorización judicial o complemento de capacidad.

Para ello conviene no olvidar una idea esencial, cual es que la opción es el

negocio jurídico que origina la transmisión, en el que radica la fuerza traslativa,

siendo la ejecución de la opción un mero acto debido. Por eso, la concesión de

la opción se equipara a la enajenación del bien inmueble objeto de la opción de

compra; en cambio, la celebración de la compraventa futura podrá realizarse

libremente por el padre, tutor o emancipado sin los mecanismos de tutela

reseñados porque es un acto debido.

La segunda cuestión práctica se plantea en relación con la sociedad

anónima y la norma de protección de las aportaciones encubiertas del artículo

|  |
| --- |
| **Page 100** |

100

41 LSA. Es decir, ¿hace falta autorización de la junta para que la SA pueda

celebrar una opción en los dos primeros años de constitución? Ciertamente la

ley habla de adquirir y ya vimos que, de un lado, la opción es una forma de

precontrato y, de otra, que la adquisición sólo se produce en Derecho español

cuando se produce la tradición, por virtud del sistema de título y modo del

artículo 609 del CC. Sin embargo, entendemos que la autorización de la Junta

es exigible por la propia naturaleza de la opción, puesto con GIRÓN

entendemos que es la celebración del negocio jurídico originador de la

transmisión lo que determina el sometimiento al requisito legal por ser más

conforme con la ratio de la norma.

**4.- EL PRECIO DE LA OPCION: LA PRIMA.**

El precio de la opción es la prima o contraprestación que paga el optante

por la concesión de la opción. DÍEZ-PICAZO diferencia entre opción onerosa o

gratuita. Para este autor, la opción es gratuita cuando el concedente no recibe

nada a cambio de la concesión de la opción. Sin embargo, una cosa es que

sea gratuita y otra, distinta, que suponga una donación, pues para ésta es

requisito esencial el *animus donandi*. Nótese, además, que la legislación fiscal

presume una prima aunque no se hubiese pactado (el cinco por ciento del

precio de la compra). En todo caso, la frecuencia de estas opciones sin prima o

gratuitas nos llevan al estudio de algunas cuestiones de capacidad:

1º ¿Puede el menor pactarlo válidamente por la vía del artículo 626 del

Código Civil? Para los que entienden que la opción gratuita es una donación, el

art. 626 CC resulta de aplicación directa; pero, incluso para aquellos que

entendemos que no hay donación por faltar el animus donandi, el art. 626

resulta de aplicación analógica, pues no olvidemos la tendencia progresiva en

el Derecho moderno de ampliar la capacidad de contratación de los menores

en el tráfico jurídico.

2º En relación con la sociedad de gananciales surge la duda de si la opción

gratuita a favor de un cónyuge implica la privatividad, a la luz del art. 1.346.2 y

el punto cuarto, que predica la privatividad de los bienes adquiridos por

derecho de retracto perteneciente a uno de los cónyuges y aplicable por

identidad de ratio al caso del bien adquirido en virtud de opción gratuita. El

caso más dudoso es el del derecho de opción, pactado sin prima, constante

matrimonio, a favor de uno de los cónyuges. Creemos, con LEÑA, que es

ganancial, porque no hay donación y porque la adquisición surge como fruto

del trabajo o capacidad negocial del cónyuge.

3º Prima concedida, sin opción, por una sociedad mercantil. ¿Es exigible la

exigencia de autorización de la junta general por ser un acto contrario al objeto

social? Evidentemente, la respuesta positiva exige aceptar dos cosas: primero,

que la opción sin prima es una donación; segundo, que la donación es un acto

contrario al objeto social. Lo primero, ya lo hemos adelantado, no es sostenible,

porque la donación exige, en todo caso, el animus donandi, que es lo que

justifica el régimen jurídico de la donación y su exorbitancia de la teoría general

de obligaciones y contratos; lo segundo, a nuestro juicio, tampoco es admisible,

no sólo porque la teoría de los actos contrarios al objeto social es incompatible

|  |
| --- |
| **Page 101** |

101

con el sistema legal previsto por la Primera Directiva y la LSA, sino sobre todo

porque incluso dentro de esa teoría la concesión sin prima debería incluirse

dentro de la categoría del acto neutro.

También es interesante el estudio de la posibilidad de convertir la prima en

parte del precio. Es decir, el pacto de que la prima rebajará el precio de la

compra en caso de ejercicio de la opción por el optante. Baste indicar que en

opinión de los autores (LEÑA FERNÁNDEZ) y la DGRN (Resolución 29 enero

86) tal pacto es admisible, por lícito, si bien plantea dudas en relación con la

calificación del carácter gratuito u oneroso de la opción; por la posibilidad de

resolución; por las consecuencias de la pérdida de la cosa objeto de compra; o

por las consecuencias en caso de ejercicio de la acción por saneamiento por

vicios ocultos.

**5.- EL PLAZO.**

Es de esencia de la opción, como uno de sus elementos definitorios, la

fijación de un plazo para que el optante ejercite o no su derecho. El

consentimiento irrevocable del concedente para la perfección de la

compraventa futura no es indefinido, sino limitado a la duración pactada por las

partes. Siguiendo a LEÑA, el plazo plantea las siguientes cuestiones prácticas:

A) Naturaleza

Creemos que se trata de un plazo de caducidad, no de prescripción ni de

resolución como propone MEZQUITA. Así lo entiende la mayoría de la doctrina

y la jurisprudencia del TS, salvo que las partes pacten otra cosa., porque

estamos en presencia de un supuesto de caducidad convencional, como dice

TORRES LANA. Esto implica: primero, que el plazo tiene una duración fija,

transcurrido el cual se extingue el derecho; segundo, que cabe la apreciación

de oficio de la caducidad por parte de los tribunales; tercero, que no cabe la

aplicación analógica de las normas sobre interrupción de la prescripción.

B) Determinación

El plazo para el ejercicio de la opción debe ser fijado por las partes en el

contrato. En caso contrario, será fijado por los Tribunales de conformidad con

el artículo 1.128 CC. Pero nada impide someter el ejercicio de la opción a un

término o condición e incluso dejar su fijación al arbitrio de un tercero.

Sin embargo, en caso de la opción real es imprescindible la fijación del

plazo en el negocio constitutivo. La razón es que la opción real implica una

limitación del dominio y como tal debe ser objeto de interpretación estricta.

|  |
| --- |
| **Page 102** |

102

C) Duración

Ya hemos indicado que el plazo máximo de cuatro años es para el acceso

al Registro, pero doctrina y jurisprudencia admiten plazos más largos, incluso

de 30 años. Pero la exigencia reglamentaria de cuatro años máximo ha creado

polémica en la doctrina.

ROCA SASTRE cree que el plazo de cuatro años es aplicable en todo

caso, ya sea un derecho real o personal, puesto que el precepto integra la

laguna legal y sólo se refiere al derecho personal de opción. Pero esta

interpretación no parece correcta porque una norma reglamentaria no puede

alterar el principio constitucional de libertad del dominio; y porque el precepto

sólo prevé los requisitos de la inscripción.

RUANO entiende que el plazo puede ser mayor de cuatro años en caso de

opciones reales, puesto que la norma reglamentaria no puede limitar una ley

sustantiva. Sin embargo, lo que a su juicio impide la inscripción es el socorrido

principio de especialidad, que exige la determinación de un plazo concreto.

A nuestro juicio, es evidente que en la opción personal puede fijarse un

plazo de duración superior a cuatro años. Y en cuanto a la opción real,

entendemos que sería posible fijar un plazo mayor, aunque razones de

prudencia aconsejen fijar un plazo máximo de cuatro años. Pero, desde el

punto de vista técnico, no vemos inconveniente en fijar un plazo mayor:

primero, porque la norma reglamentaria no puede limitar el principio

constitucional de libertad del dominio; segundo, porque lo único que exige el

principio de especialidad es que el plazo esté determinado; y tercero, que el

plazo superior será admisible en tanto en cuanto no suponga la amortización

de la propiedad y un bloqueo excesivo de la riqueza territorial.

Finalmente y por lo que se refiere a la posibilidad de PRORROGA, ROCA

entiende que el plazo de cuatro años es un plazo máximo, sin posibilidad de

prórroga, sin perjuicio de pactar una nueva opción, solución que siguió la STS

30 SEPTIEMBRE 81., Sin embargo, doctrina y jurisprudencia posterior admiten

la posibilidad de prórroga de la caducidad convencional, puesto que rige el

principio de autonomía de la voluntad y no se ven posibles infracciones de ley,

moral ni orden público. La Resolución de 30 DE SEPTIEMBRE DEL 87 admite

igualmente la prórroga como una ampliación del derecho real de opción.

Quizá la cuestión más dudosa es si sería posible que la propia escritura

fijara un plazo de duración de cuatro años, previendo que a la llegada del

mismo se ampliara en otros cuatro más. TORRES LANA Y LEÑA entienden

que sería admisible y que los efectos de la prórroga se retrotraerían al

momento de constitución de la opción, que entienden que la limitación de

cuatro años sólo se predica respecto del derecho personal que se inscribe. No

obstante, en este punto la DGRN es clara: la prórroga, siendo admisible, se

entiende sin perjuicio de los derechos de terceros intermedios. Lo cual tiene un

doble fundamento: primero, que al ser la ampliación de un derecho real, cabe

acudir analógicamente al art. 115 LH; segundo, que la fuerza retroactiva de

todo derecho debe respetar los derechos adquiridos en periodo intermedio.

|  |
| --- |
| **Page 103** |

103

D) Plazo, prima y precio.

En principio, el pago de la prima debe realizarse durante el plazo de

existencia de la opción. Se puede pagar al contado o a plazos, siendo usual

que se pague por meses vencidos. Ahora bien, ¿qué ocurre si no se paga la

prima? A falta de pacto, es evidente que cabe la resolución por incumplimiento

del contrato por la vía del art. 1.124 CC. También se puede pactar que la falta

de pago tendrá el carácter de condición resolutoria explícita. Finalmente, puede

pactarse que la falta de pago implicará la caducidad convencional del derecho

y, por tanto, la posibilidad de ejercicio de la opción.

Por otra parte, la declaración de voluntad del optante, ejercitando la opción,

debe producirse dentro del plazo pactado. Ahora bien, junto a la emisión de la

declaración de voluntad, es preciso que ésta llegue al concedente durante ese

plazo máximo. Lo cual conduce a las conocidas teorías del conocimiento,

emisión o recepción en caso de formación de la voluntad de forma sucesiva por

personas distantes.

Pero lo que parece claro es que una cosa es la perfección de la

compraventa futura y otra, posterior, su consumación, lo que explica que el

precio de la compraventa podrá pagarse transcurrido el plazo de cuatro años o

que el otorgamiento de la escritura de venta también podrá hacerse después.

Cuestión discutida es si cabe que la declaración de voluntad del optante se

haga por mandatario verbal, ratificándose después del plazo máximo de la

opción el propio optante. Por una parte, el contrato no existe ni produce efecto

hasta la ratificación posterior, con lo cual ya habría transcurrido el plazo

máximo. Pero, a nuestro juicio, parece preferible entender que la ratificación

tiene efectos retroactivos al momento en que manifestó la voluntad el

mandatario verbal y siempre con pleno respeto de los derechos adquiridos por

persona en tiempo intermedio.

**6.- EFICACIA DE LA OPCIÓN.**

Una vez constituida la opción de compra, interesa el estudio de su eficacia,

tanto *inter partes*como frente a terceros. Lo segundo dependerá, obviamente,

de la configuración de la opción como un derecho real o personal, así como de

la posible inscripción de la opción en el Registro de la Propiedad.

A) Efectos *inter partes*

Entre el concedente y optante surgen los típicos derechos y obligaciones de

todo contrato. Pero quizá el más interesante es la obligación de no disponer

que asume el concedente. En rigor conviene distinguir el alcance de esta

obligación en función de su configuración como derecho real o personal.

Si se pacta la opción como un DERECHO PERSONAL, el concedente

asume únicamente una obligación de no disponer, que es una obligación

|  |
| --- |
| **Page 104** |

104

negativa consistente en un *non facere*. Pero si el concedente incumple, la

enajenación es válida, sin perjuicio de la indemnización de los daños causados

por aplicación del art. 1.101 CC.

En cambio, si por voluntad de las partes la opción se configura como un

DERECHO REAL, entendemos que es de esencia de la opción que contenga

una verdadera prohibición de disponer. Esta prohibición implica la restricción de

la facultad del derecho de disposición por parte del concedente. Y, en

consecuencia, en caso de disposición el acto es nulo desde el punto de vista

real, por faltar la legitimación dispositiva del concedente. La compraventa

existirá, pero como un supuesto similar a la venta de cosa ajena. Es decir,

creemos que las prohibiciones de disponer voluntarias existen en nuestro

ordenamiento al margen del Registro y sin perjuicio de la aparición de un

tercero hipotecario protegido. Lo que significa que el adquirente no adquiere del

concedente, sino en su caso del ordenamiento jurídico, que le permite una

adquisición a non domino por aplicación del principio de protección de la

apariencia jurídica.

B) Efectos frente a terceros

En primer lugar, cabe que la opción de compra se configure por las partes

como un DERECHO PERSONAL. En relación con los ACTOS DE

DISPOSICIÓN DEL CONCEDENTE, si el concedente, pese a la obligación de

no disponer impuesta en el contrato, enajena la cosa objeto de la compraventa

futura, la enajenación será válida y el tercero está protegido en su adquisición.

Esto no impide que el optante pueda dirigirse contra el concedente para exigirle

la correspondiente indemnización por daños como consecuencia del

incumplimiento contractual (1.101 CC).

Si la opción personal se inscribe, no hay bloqueo registral y son inscribibles

los actos de disposición y gravamen posteriores. Pero obviamente, la

inscripción le proporciona los efectos de la eficacia ofensiva del Registro y

afecta como carga a los adquierentes. Para ROCA, el adquirente se subroga

en la posición del concedente, de modo que en caso de ejercicio de la opción

de compra debe otorgar la escritura de venta a favor del optante. Sin embargo,

la postura mayoritaria cree que no hay subrogación, sino resolución de la

adquisición del adquirente, de modo que pasa el concedente quien tiene que

formalizar la escritura de venta a favor del optante, que son las partes ligadas

por el contrato original.

Pero también cabe, como hemos indicado, que el derecho de opción se

configure como un DERECHO REAL. En este caso, en relación con los ACTOS

DE DISPOSICIÓN DEL CONCEDENTE, hay una diferencia esencial. En la

opción real no hay una simple obligación de no disponer, sino una prohibición

de disponer, lo que implica que el concedente no puede válidamente vender

por no tener la legitimación dispositiva.

Si la opción real está inscrita (recordemos, para algunos necesariamente

debe estar inscrita) la opción es oponible, como derecho real, a terceros. Si no

está inscrita, la opción, como derecho real, afectará a terceros, puesto que

|  |
| --- |
| **Page 105** |

105

tiene eficacia erga omnes. Excepción: que aparezca un tercero protegido por la

fe pública registral. Pero nótese que en caso de fincas no inscritas o en caso de

que el tercero no sea un tercero hipotecario protegido, la opción real, por su

eficacia erga omnes, le afectará.

En cuanto a los CREDITOS Y CARGAS posteriores, así como anotaciones

de embargo de fecha posterior a la inscripción de la opción, hay una abundante

doctrina de la DRGN, que resumimos, siguiendo a LEÑA, en los siguientes

puntos:

1º La cancelación puede hacerse sin concurso del titular registral.

2º La cancelación puede solicitarse bien al tiempo del otorgamiento de la

escritura de formalización de la venta futura o bien posteriormente por el

comprador.

3º Que para cancelar es indispensable la consignación o depósito, a

disposición de los titulares de cargas posteriores, el importe de la totalidad del

precio, salvo que no quede nada por pagar o se arbitre una garantía suficiente

en su favor, de conformidad con el art. 176 RH.

Como excepción, en la reciente Resolución DGRN de 4 de septiembre de

2.009 señala que no es necesaria la consignación si el comprador había

pactado, como forma de pago del precio, “la retención de la totalidad del precio

pactado para hacer frente al pago del préstamo garantizado con la hipoteca

que grava la finca y que es preferente respecto del derecho de opción

ejercitado”.

4º Que los embargos posteriores a la opción también serán cancelados sin

necesidad de providencia ejecutoria.

**7.- CESIÓN DE LA OPCIÓN.**

En cuanto a la posible cesión de la opción por parte del optante, podemos

distinguir, siguiendo a DIEZ-PICAZO, dos situaciones: a) que las partes hayan

pactado expresamente la cesión unilateral por el optante, sin consentimiento

del concedente, en cuyo caso estamos ante la llamada opción mediatoria que

estudiamos en el apartado siguiente; y b) que el contrato de opción no preva

nada, en cuyo caso caben, hipotéticamente, las siguientes soluciones.

En caso de que se haya configurado el contrato de opción como generador

de un simple DERECHO PERSONAL se pueden seguir las siguientes tesis:

a) para una primera tesis, rige el principio general de transmisibilidad de

los derechos de créditos a que se refiere el art. 1.112 CC.

b) para una segunda tesis, la cesión de la opción exige, en todo caso, el

consentimiento del concedente. Razón: se trata de un supuesto de cesión de

contrato, pues lo que se cede no es un derecho de crédito, sino una posición

contractual compleja, integrante de un complejo haz de derechos y

obligaciones.

|  |
| --- |
| **Page 106** |

106

c) una postura intermedia, que defiende DÍEZ-PICAZO, distingue dos

situaciones. Primero, que la cedibilidad será siempre posible si la opción de

compra no crea especiales obligaciones al optante, por ejemplo si se pactó el

pago al contado y éste es asumido por el cesionario; segundo, que por el

contrario la opción de compra cree especiales obligaciones para el optante, por

ejemplo, pagar a plazos, en cuyo caso la identidad de la persona del optante es

esencial y se exige el consentimiento del concedente. Es decir, en el primer

caso es una simple cesión de derechos; en el segundo, se cede una relación

jurídica compleja y hay cesión de contrato, de modo que hace falta el

consentimiento del concedente.

En cambio, si la opción se configura como un DERECHO REAL, la mayor

parte de la doctrina estima que cabe la transmisión sin consentimiento del

concedente, precisamente porque esta es una nota típica de los derechos

reales y porque en caso contrario supondría una limitación a la circulación de

los bienes inmobiliarios que no justificaría la admisibilidad del derecho de

opción real. Es decir, rige el principio general de transmisibilidad de los

derechos reales.

**8.- OPCIÓN MEDIATORIA**.

Es frecuente que en el contrato de opción se incluya una cláusula en virtud

de la cual se conceda la opción al optante “o a la persona que ésta designe”.

Ya hemos indicado que su función económica es predominantemente

especulativa.

En cuanto a su naturaleza jurídica, MEZQUITA cree que estamos en

presencia de un contrato de corretaje con pacto de opción, si bien la mayoría,

con DÍEZ-PICAZO, estima que es sólo una opción en la que se prevé la cesión

del contrato por voluntad unilateral del cesionario. El TS, por su parte, entiende

que la cláusula de persona a designar no es más que una estipulación a favor

de un tercero.

Por lo que se refiere a su régimen jurídico, creemos, con LEÑA

FERNÁNDEZ, que son admisibles las siguientes conclusiones:

1º La cláusula de persona a designar no es más que un consentimiento del

concedente para que el optante pueda subrogar a un tercero en su posición

jurídica.

2º Por tanto, la subrogación implica una verdadera cesión de contrato, porque

lo que se cede es la compleja posición del optante en el contrato de opción

ligado al contrato futuro de compraventa.

3º La declaración de voluntad de ejercicio de la opción corresponde al

designado, si bien debe comparecer en la escritura de compraventa el optante,

para que quede acreditado quién es el designado, salvo que con anterioridad y

por medios fehacientes tenga el concedente conocimiento de esta

circunstancia.

|  |
| --- |
| **Page 107** |

107

4º Por su naturaleza, conviene fijar en el contrato la naturaleza y los efectos de

la cláusula de designación, así como los requisitos para que, en su caso, se

tenga por efectuada la designación frente al concedente.

**9.- OPCIÓN EN GARANTÍA.**

En una primera aproximación, se entiende por opción en garantía aquella

opción que concede el deudor al acreedor (optante) con el fin de que,

incumplida la obligación garantizada, pueda el acreedor ejercitar la opción de

compra, quedándose con el bien dado en garantía como pago de la deuda.

El problema que plantea la opción en garantía es su calificación como

negocio fiduciario constitutivo de una garantía real atípica inmobiliaria. Y,

especialmente, si la esta forma de garantía no supone una infracción de la

prohibición del pacto comisorio a que se refiere el art. 1.859 CC.

La jurisprudencia del TS viene admitiendo reiteradamente la validez de esta

figura, ya como negocio fiduciario, ya como negocio complejo o atípico de

garantía.

La DGRN, en cambio, mantiene una postura mucho más restrictiva. Es

fundamental la Resolución de 10 de junio de 1.986, si bien la doctrina del

centro directivo puede condensarse en las siguientes ideas:

1º Implica una pacto comisorio, prohibido expresamente por nuestro

ordenamiento.

2º Implica un abuso de la posición del deudor, ya que el valor que se fija

para el bien dado en garantía no es real, sino que coincide con el importe de la

deuda.

3º No existe un procedimiento de ejecución que permita la fijación del valor

objetivo del bien, a diferencia de la hipoteca (129 LH) o prenda (1.872 CC).

4º Es una figura que se presta al fraude.

No obstante lo anterior, es criticable la disparidad de criterios entre el TS y

la DGRN, seguramente motivada por salvaguardar en lo máximo posible la

seguridad del tráfico jurídico. Pero precisamente por eso, la doctrina del Centro

Directivo es perturbadora. Y lo es porque:

1º La existencia del pacto comisorio debe ser apreciada en cada caso

concreto y en función de la ratio del art. 1.859 CC: evitar que el acreedor se

apropie de un bien que vale objetivamente más que la deuda garantizada y

evitar que el deudor acuda a este tipo de garantía en caso de necesidad. Pero

las partes pueden fijar una opción en garantía que no altere la prohibición del

pacto comisorio. Así, se considera que la valoración objetiva del bien se

consigue incluyendo como precio el valor de tasación.

2º No existe inconveniente en compensar el importe de la deuda con el

valor del bien que garantiza la obligación. No tiene que ser de peor condición la

compensación en la opción que otro negocio jurídico. Lo relevante, insisto, es

|  |
| --- |
| **Page 108** |

108

evitar que se produzca una apropiación del valor del bien por parte del

acreedor en abuso de la posición del deudor.

3º El procedimiento de ejecución judicial o extrajudicial tratan de asegurar

la obtención del mayor valor, en garantía del deudor y de los terceros. Pero si

la opción fija el valor real y el valor objetivo no hay inconveniente en admitirlo.

Nótese, además, que desde el punto de vista práctico, el valor de tasación de

las hipotecas pocas veces coincide con el valor de adjudicación.

4º Absolutamente improcedente, como ya admite la DGRN, es el recurso a

la idea del fraude. Primero, porque rige el principio de buena fe en nuestro

ordenamiento; segundo, porque la calificación no puede basarse en conjeturas;

tercero, porque el fraude sólo se puede combatir judicialmente y por medio de

la oportuna acción impugnatoria.

Como decimos, esta postura es la que empieza a observarse en la doctrina

de la DRGN. Destacamos, sobre todo, la resolución de 8 DE ABRIL DE 1.991:

indica que es inscribible una escritura de opción de compra con una cláusula

de compensación, en virtud de la cual se pacta que “*el optante podrá satisfacer*

*en todo o en parte el precio por medio de la compensación de los créditos que*

*en el momento de ejercitar la opción ostente contra los concedentes*”. Este

negocio, que encubre un pacto marciano, indica la DGRN que no es nulo

porque hay que presumir la buena fe y porque si hay fraude debe acreditarse

por medio del procedimiento judicial correspondiente.