

# Capítulo IV

## **El Papel del Notario en la Satisfacción de las Necesidades Jurídicas y Contractuales de la Empresa**

Por  
Francisco Lucas Fernández  
Notario

## 1. EL CONSEJO

El Notario aconseja a quienes a él acudan en solicitud de asesoramiento acerca de todas las materias jurídicas relacionadas con los temas que a continuación se enumeran:

Este consejo que aquí estudiamos constituye un capítulo, uno más, en el tema general de la labor de consejo del Notario en el ejercicio de su profesión, y que, como tema general, no parece oportuno desarrollarlo en este momento.

Sin embargo creo interesante distinguir dos facetas:

1a. El consejo o asesoramiento en la elección de los instrumentos, ropajes o cauces jurídicos que canalicen el esfuerzo empresarial. Aquí el Notario presta un servicio al cliente, es una labor que desarrolla el Notario en cumplimiento de una obligación libremente asumida de asesorarle en la elección de entre las varias opciones que el ordenamiento jurídico le brinda para la consecución de un resultado. Pero la obligación del Notario es obligación “de medio” no de “resultado”. El Notario responde de que el “medio” o camino que propone es lícito y es viable, pero no de que a través de él se ha de conseguir necesariamente el resultado beneficioso perseguido y en la forma más idónea.

2a. La formalización documental pública del negocio u operación que se proyecta. Si el Notario sigue llevando las riendas, responderá de que tal formalización es la más adecuada al “medio” elegido, hasta el punto de que el acto o negocio tenga acceso al Registro Mercantil, o al de la Propiedad o en general al Registro Público en que deba causar el oportuno asiento. Y si ésto no se pudiera lograr, siendo obligado, por causas intrínsecas a la escritura pública

o al acta, se desencadenaría la responsabilidad del Notario por los daños y perjuicios que se originasen.

Otra cosa es que para la redacción de la escritura o acta, los clientes pretendan que el Notario se ajuste a una minuta que ellos le presentan a tal fin. Si la minuta no se halla ajustada a Derecho el Notario debe negarse a formalizar el instrumento público pretendido. Mas si pese a ello lo formaliza con arreglo a la minuta incorrecta presentada y una vez hechas las advertencias sobre el particular habría que subdistinguir:

Frente a tercero el Notario puede llegar a ser responsable por la autorización de tal instrumento.

Frente al cliente que le ha presentado la minuta, no parece que deba responder, siempre y cuando le hubiera advertido acerca de los defectos observados. Sería muy fuerte que pese a las advertencias del Notario, el cliente que insiste en mantener una redacción conforme con la minuta que presenta, tratara luego de exigir responsabilidades al Notario que ha accedido a sus pretensiones.

Según el art. 147 del Reglamento Notarial:

“Los Notarios redactarán los instrumentos públicos interpretando la voluntad de los otorgantes, adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia.

“Siempre que los otorgantes entreguen al Notario proyectos o minutas relativos al acto o contrato que sometan a su autorización, éstos lo harán constar así, sin perjuicio de revisarlos y rectificar su redacción con anuencia de aquéllos, al efecto de que expresen clara y concretamente el sentido de las declaraciones de voluntad y los convenios que comprendan.

“Si los otorgantes o las partes contratantes insistieran en la redacción propuesta al Notario, podrá éste negarse a la autorización o salvar su responsabilidad, haciendo constar las advertencias procedentes al final del instrumento público.”

Por su parte el art. 145 del Reglamento Notarial dice así.

**“La autorización del instrumento público tiene carácter obligatorio para el Notario con jurisdicción a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial.**

**“Esto no obstante, el Notario no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial cuando, a su juicio, todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan, cuando la representación del que comparezca en nombre de tercera persona, natural o social, no esté legítimamente acreditada o no le corresponda por las leyes; cuando en los contratos de obras, servicios, adquisición y transmisión de bienes del Estado, la Provincia o el Municipio las resoluciones o expedientes bases del contrato no se hayan dictado o tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas, y cuando el acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos.**

**“Cuando por consecuencia de resoluciones o expedientes de la Administración central, provincial o municipal, o de resoluciones judiciales, deba otorgarse escritura pública, el Notario requerido para autorizarla tendrá derecho a examinar, sin entrar en el fondo de ella, si la resolución se ha dictado y el expediente o juicio se ha tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas que rijan en la materia, y que la persona que intervenga en nombre de la Administración es aquella a quien las leyes atribuyen la representación de la misma.**

**“La negativa de los Notarios a intervenir o autorizar un instrumento público podrá ser revocada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en virtud de recurso del interesado, la cual, previo informe del Notario y de la Junta directiva del Colegio Notarial respectivo, dictará en cada caso la resolución que proceda. Si ésta ordenara la redacción y autorización del instrumento público, el Notario podrá consignar al principio del mismo que lo efectúa como consecuencia de la resolución de la Dirección General.”**

**Y en fin el art. 146 del Reglamento Notarial se expresa en los siguientes términos:**

**“Cuando el acto o contrato deje de inscribirse por dolo, culpa o**

**ignorancia inexcusable del Notario autorizante, subsanará éste la falta extendiendo a su costa una nueva escritura, si fuera posible, e indemnizando en todo caso a los interesados de los perjuicios que les hubiere ocasionado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Hipotecaria.**

**“Los defectos de forma u omisiones padecidos en los documentos notariales intervivos podrán ser subsanados por el Notario autorizante, su sustituto o sucesor en la Notaría, por propia iniciativa o a instancia de la parte que los hubiere originado o sufrido, por medio de acta notarial en que se haga constar el defecto o error, su causa y la declaración que lo subsana. Si fuera imposible hacer la subsanación en la forma indicada anteriormente, se podrá ésta obtener por cualquier medio de prueba admitido en derecho y mediante el procedimiento judicial correspondiente.**

**“En tales casos, así como en los de error en la fe de conocimiento de las personas que intervengan en los documentos y en el de cualquier otro error u omisión no dolosos, imputable al Notario autorizante, no incurrirá éste en responsabilidad si, haciendo la subsanación a su costa, repusiere el importe del perjuicio causado o lo afianzase hasta tanto que se esclarezca la existencia del vicio y su imputabilidad al Notario.**

**“A tal efecto, quien se crea perjudicado, podrá dirigirse por escrito a la Junta directiva del Colegio Notarial, la cual, previa audiencia oral o escrita del Notario autorizante, señalará el importe del perjuicio, si lo considera evidente, o la cantidad a depositar como fianza hasta su esclarecimiento.**

**“Cuando se entable judicialmente reclamación contra un Notario en virtud de documentos autorizados por él, si la parte que se crea perjudicada acredita previamente haber cumplido lo dispuesto en el presente artículo, quedará exenta de la necesidad del acto de conciliación previsto en el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”**

**Aquí no vamos a estudiar la formalización del documento público notarial, o instrumento público, sino el consejo del Notario en relación a una serie de temas empresariales, que exigen por parte de éste un previo y profundo conocimiento y una experiencia en la ma-**

teria de que se trate. Prestar este servicio a la sociedad es una exigencia de la hora presente, y hacerlo con eficacia es una obligación que impone el prestigio de una corporación profesional amasado a lo largo de siglos con el estudio, trabajo y dedicación de sus miembros.

## 2. PARA LA ELECCION DEL MARCO JURIDICO DE LA EMPRESA

He ahí una de las primeras tareas que se le ofrecen al empresario: elegir el marco jurídico en el que haya de desenvolverse la empresa, el ropaje jurídico con el que haya de cubrirse, y dentro del cual haya de encontrar adecuada respuesta a las múltiples exigencias de su moderna organización.

En esta tarea, una vez más, el consejo del Notario puede ser decisivo para hallar la fórmula adecuada, dentro de los moldes jurídicos preestablecidos y si es preciso abriendo nuevos cauces conforme a una siempre viva imaginación jurídica, en una fecunda labor creadora de la que en nuestra Patria tenemos unos muy brillantes ejemplos de satisfacción jurídica.

Si nos centramos en fórmulas asociativas de carácter societario (descartamos la fundación y la pura asociación) dos grandes posibilidades se ofrecen a nuestra consideración: la sociedad cooperativa y la sociedad mercantil, y dentro de ésta la Sociedad Anónima, la de Responsabilidad Limitada, la Comanditaria y la Colectiva. Todavía hay una tercera figura para la empresa agraria: la de los Grupos de colonización.

En todas ellas hay fin de lucro, obvio es decirlo. Pero en la primera, tal lucro se obtiene con la simple utilización de los servicios o productos cooperativos por los mismos socios, no mediante su oferta y contratación con terceros extraños a la sociedad.

a) *Cooperativas*. — Si se quiere una empresa para la utilización por los socios de sus propios servicios o productos con exclusión de terceros, evidentemente que el medio jurídico adecuado será el de

**la creación de una sociedad cooperativa (de producción, consumo, crédito, viviendas, etc.) al amparo de la Ley de Cooperación de 19-XII-1974 y su Reglamento de 16 de noviembre de 1978.**

Desde el punto de vista general de la política económica del país, hay que reconocer que los nuevos aires no son adversos a esta figura aunque tampoco más propicios que los del anterior régimen.

En este sentido la figura cooperativa puede ofrecer las ventajas de una cierta tregua en las luchas sociales o al menos de la utilización de una cierta coraza protectora con que hasta el momento parece que se rodea a este tipo de empresa por todos los partidos políticos dentro de ese amplio espectro o abanico que la democracia ha regalado a España.

Por otro lado las ideas sociales más avanzadas en el camino contrario a la empresa clásica, pueden hallar en la cooperativa un formidable campo de experimentación, en donde sin los sobresaltos de una coacción política, y dentro de la libertad que debe imperar en nuestro Mundo, puedan contrastar la bondad o los defectos de sus postulados.

Pero no se quiera extender el molde cooperativo más allá de los límites para los que está concebido. No se quiera hacer de la cooperativa una nueva Religión. Cántense las bondades de la cooperación, foméntese la creación de nuevas y múltiples cooperativas. Pero no nos dejemos arrastrar por una corriente ideológica que con todas sus excelencias, pueda llegar a ocultarnos los inconvenientes que la cooperativa indudablemente ofrece si se la aparta del marco económico para el que se ha concebido y dentro del cual tiene una existencia idónea.

Porque si se quiere crear una empresa en la que se pretende ejercer permanentemente una influencia en sus órganos de decisión, no nos vale la cooperativa con sus principios o normas de libre adhesión (art. 2o. a) Ley Cooperación), variabilidad del número de socios (art. 2o. b) Ley Cooperación), no limitación de la admisión de socios salvo por justa causa (art. 9o. 2) Ley Cooperación), y designación de los miembros del Consejo Rector por la Asamblea General (art. 30 Ley Cooperación).

Si se quiere una empresa con proyección exterior, en suma, con lucro mercantil, no nos vale la cooperativa limitada en cuanto a los beneficios de sus socios a la utilización de los propios servicios o productos y a la percepción del eventual “retorno cooperativo” (art. 18 Ley Cooperación).

Ahora bien, si no es correcta, por constituir fraude a la ley, y competencia desleal en el ejercicio del comercio, la utilización de la figura de las cooperativas (como cuando se extiende el ámbito de actuación de la cooperativa a los extraños), sí es posible en cambio que una empresa cooperativa utilice la forma de una Sociedad Anónima. No es que sea recomendable. Porque si realmente se quiere una empresa cooperativa con espíritu cooperativo, ni que decir tiene que lo que hay que crear es una sociedad cooperativa. Pero en algún caso puede interesar una empresa con ciertos matices cooperativos sin llegar a aceptar los principios de la cooperación. Es para este caso, cuando está recomendado o cabe aconsejar la forma de la S.A. Ello es posible sin lugar a dudas a través de la amplia norma del art. 3o. de la Ley sobre régimen jurídico de la S.A. de 17 de julio de 1951, conforme al cual:

“La Sociedad anónima, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil; y en cuanto no se rija por disposición que le sea específicamente aplicable, quedará sometida a los preceptos de esta Ley.

“La Sociedad anónima no podrá tener por objeto la representación de intereses colectivos, profesionales o económicos atribuidos a otras entidades por la Ley con carácter exclusivo.”

Tenemos ejemplos de S.A. con matices cooperativos. Así una S.A. cuyo objeto social es la prestación del servicio de ambulancias a Centros hospitalarios y cuyos socios son personas jurídicas titulares de empresas hospitalarias. La actividad social no aparece limitada a la prestación del servicio a los socios, pero de hecho se ha pensado que ésto sea así fundamentalmente. Incluso y aun admitiendo la posibilidad de prestación a extraños, se matiza con la aplicación a los socios de una tarifa más reducida. Se exige una cualidad profesional para gozar de la condición de accionista, en este caso la de empresario clínico u hospitalario, y se establece una limitación a la libre transmisibilidad de las acciones consistentes en la sumisión del proyecto de transmisión a la previa aprobación del Consejo de Administración,

a fin de que éste pueda apreciar las cualidades del presunto comprador, o en la atribución a los demás accionistas de un derecho de preferente adquisición, o combinando la cláusula de aprobación con la de atribución del derecho de preferente adquisición.

b) *Grupos de colonización.* — Para las empresas agrarias o ganaderas, sean puramente agrarias, ganaderas o de comercialización de productos del campo, o de industrias de elaboración o transformación de productos del campo, existe en España la posibilidad de acudir a un tipo de sociedad que puede servir para revestir a la empresa de la forma jurídica adecuada a sus necesidades. Me refiero a los Grupos de colonización.

Regulados por primera vez en O.O.M.M. de Agricultura de 5 de julio de 1941 y 25 de agosto de 1941, han alcanzado un gran auge en el medio rural en donde han proliferado como hongos en ambiente propicio. Todavía hoy, pese al tiempo transcurrido y a la transformación política sufrida y que seguimos experimentando, siguen siendo normas básicas las dos antes citadas con las naturales correcciones derivadas de la actual dependencia administrativa del Servicio con ellos relacionados, del Ministerio de Agricultura. Cierto que se refieren a los Grupos de colonización un gran número de disposiciones con rango de Ley, Decretos y Ordenes ministeriales pero fundamentalmente para reconocer su personalidad jurídica, o recordar su posible utilización en actividades que la norma regula, o para concederles ciertos beneficios.<sup>1</sup>

Tienen las ventajas de la escasez de normas reguladoras, que permiten en consecuencia una gran libertad en la utilización de esta figura jurídica, sin el corsé asfixiante de las normas excesivamente casuísticas, que por desgracia oprimen a otras instituciones.

Tienen las ventajas de beneficios fiscales (cada vez más difíciles de reconocer) y crediticios.

Pero tienen los inconvenientes derivados del ínfimo rango normativo que les sirve de base legal, y de una falta de confianza acerca de la futura actuación de la Administración respecto a los mismos.

---

1 Pueden verse mis obras: *Relaciones asociativas no societarias en la Agricultura española*, Murcia, 1966, págs. 75 y sigs., y *Personalidad jurídica de los Grupos Sindicales de Colonización*, Madrid, 1967.

En la práctica se han constituido Grupos de Colonización no sólo para actividades estrictamente agrícolas o ganaderas, sino para industrias lácteas, cárnicas y conserveras, llegando algunos de ellos a cifras de capital de estimable consideración. Más de uno, al llegar a estas cotas se ha transformado en Sociedad Anónima.

En resumen, para empresas agrarias o relacionadas con productos del campo, de modesta envergadura, no tendríamos hoy inconveniente en aconsejar su constitución con tal que no se aportara al Grupo la propiedad de tierras, inmuebles ni ganado.

Para empresas de mayor importancia económica, mi consejo orientará, hoy, a otras formas jurídicas.

c) *Sociedad colectiva*. — Se hallan en franca regresión en España. Según las estadísticas publicadas en el Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los últimos años las sociedades colectivas constituidas han sido: año 1972: 16, año 1973: 12, año 1974: 28, año 1975: 14, año 1976: 36.

¿Por qué esa general falta de interés por este tipo societario?

Sin duda por las graves consecuencias que en el patrimonio de los socios puede acarrear el principio de la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos ellos por las deudas sociales (art. 127 Código de comercio), nada despreciable en ninguna época pero menos en los tiempos presentes en que tan grave crisis azota nuestra economía.

Además, la falta de títulos negociables que incorporen la condición de socio, con todas sus secuelas, priva a la sociedad colectiva de los medios de financiación a ellos conectados.

Podría pensarse en su especial idoneidad para pequeñas empresas en las que los fundadores aportaran como elemento básico su propio esfuerzo personal. Pero ni siquiera en estos casos me atrevería a aconsejar la utilización de esta forma jurídica ya que la pequeña empresa puede ser revestida con la forma de una sociedad de responsabilidad limitada a la que se aportara metálico o bienes in natura en pequeña cuantía, y se regulara su trabajo como prestaciones accesorias.

Menos aún cuando en el caso concreto haya socios industriales

y socios capitalistas ya que, pueden en este caso acudir a la figura de la sociedad en comandita.

Puede sin embargo en algún caso concreto interesar esta figura jurídica cuando habiendo socios industriales y socios capitalistas estos últimos quieran participar en la administración de la sociedad (el art. 148 párrafo 4o. Código de comercio se lo prohíbe a los comanditarios) y se pretenda que los que aportan su esfuerzo personal no sólo participen en las ganancias sino que además se responsabilicen por las pérdidas, lo que permitirá un mayor incentivo en el trabajo. Para estos supuestos sería aconsejable que los capitalistas fundaran previamente una sociedad de responsabilidad limitada o una S.A. y fuera la sociedad limitada o anónima la que concurriera como socio capitalista a la fundación de la colectiva. Lo que me ofrece serias dudas es si se encontrará a alguien que quiera intervenir en la fundación de tal sociedad como socio industrial y participando no sólo en las ganancias sino que también en las pérdidas.

Se me dirá que a través de la estructura apuntada el socio capitalista queda en definitiva marginado de las pérdidas que recaerán en el industrial.

Tal observación no es del todo cierta. El socio capitalista aquí, será la Sociedad de Responsabilidad Limitada o la S.A. que como tal responderá por las deudas de la colectiva con responsabilidad personal ilimitada y solidaria, con todos los bienes presentes y futuros de la S.A. o de la Sociedad de responsabilidad limitada. Son los socios de estas últimas sociedades los que van a estar a cubierto de las consecuencias perniciosas de una económicamente desgraciada vida social de la colectiva.

Pero además no olvidemos que este tipo de sociedad como cobertura jurídica de una empresa, puede surgir y surgirá en la vida en los aislados y rarísimos casos en que se produzca a iniciativa primaria del que luego será socio industrial, que será extraño, sin duda, que alguien quiera participar de ese modo en la empresa. Pero que cuando se produzca probablemente el primer paso encaminado a la asociación lo dará él: persona que quiere reunir capitales ajenos bajo el señuelo de unas sustanciosas y seguras ganancias que ofrece como consecuencia del desarrollo de una determinada actividad para la que se anuncia como especialmente capacitado y en la que se ofrece en

especial dedicación. En este caso podrá el “industrial” dirigir las negociaciones en el sentido de ser él el empresario y reducir a los capitalistas al papel de cuentapartícipes. Pero son éstos, que arriesgan su capital, los que quieren también una parte no sólo en los *resultados* prósperos o adversos del negocio sino también en la propia empresa que va a ser creada con su ayuda, en cuanto aportantes de capital, y con deseo de tomar parte en la administración de algo que en definitiva arriesga sus propios ahorros y quizá por qué no decirlo, el fruto de sus propios sudores convertidos ahora en capital.

Podrán matizarse las respectivas cuotas sociales de “industriales” y “capitalistas” según las circunstancias de cada caso. Pero también según estas circunstancias puede aceptarse esta estructura como útil y conveniente a ambas partes.

d) *Compañía en comandita*. — Las sociedades comanditarias son especialmente aconsejables en los supuestos antes indicados en que por unas personas (los que serán socios comanditarios) se aportan capitales, participando en las ganancias pero limitando su responsabilidad a los fondos que pusieren o se obligaren a poner en la comandita (art. 148, párrafo 3o. C. de c.), y sin intervención en la administración. Esta administración corresponde al socio o socios colectivos que son quienes responden personal, ilimitada y solidariamente por las deudas sociales (art. 148, párrafo 1o. C. de c.).

e) *Compañía en comandita por acciones*. — Es una variante de la anterior en la que el capital perteneciente a los socios comanditarios está representado por acciones. Tiene la misma justificación que la anterior, con la ventaja de la mayor facilidad en los comanditarios para transmitir su cualidad de socios.

f) *Sociedad de responsabilidad limitada*. — Elimina la responsabilidad de todos los socios por las deudas sociales (art. 1o., párrafo 2o. Ley S.R.L.). Tiene la ventaja de permitir que los socios asuman, como pacto social, una serie de obligaciones en interés de la sociedad que no permite la regulación de una S.A. Se trata de las llamadas “prestaciones accesorias” a que se refiere el art. 10 de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, conforme al cual:

**“En la escritura fundacional podrán establecerse, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su modalidad y, en su caso, la compensación que con cargo a beneficios hayan de recibir los socios que las realicen. Estas prestaciones no podrán integrar el capital de la Sociedad.”**

A través de estas prestaciones accesorias se podrá pactar por ejemplo una asistencia técnica cuya aportación a una S.A. ofrece serias dificultades.

Tiene la ventaja de la sencillez en el funcionamiento de los órganos sociales cuya regulación puede simplificarse en grado sumo.

Su inconveniente radica principalmente en ciertas limitaciones referidas a su propia estructura o composición:

El número de socios no puede exceder de 50 (art. 1o., párrafo 2o. L.S.R.L.).

El capital social no podrá ser superior a 50 millones de pesetas y desde su origen habrá de estar totalmente desembolsado (art. 3o., párrafo 1o. L.S.R.L.).

El capital social, estará dividido en participaciones iguales, acumulables e indivisibles, que no podrán incorporarse a títulos negociables ni denominarse acciones (art. 1o., párrafo 1o. L.S.R.L.).

Por ello, son menores las posibilidades de financiación y dadas las limitaciones expuestas no será aconsejable más que en aquellos supuestos de empresas que se presume no van a alcanzar una gran magnitud, y hasta ni siquiera una mediana entidad económica, desenvolviéndose en el terreno o ámbito de la pequeña empresa.

Aun así, y puesto que el carácter acentuadamente personalista, pese a ser sociedad capitalista, se puede lograr en una S.A. “familiar” con acciones nominativas y pactos limitativos de la libre transmisibilidad de las acciones, parece que este tipo de sociedad será especialmente aconsejable cuando se pretenda que los socios queden vinculados por el pacto social al cumplimiento de las llamadas prestaciones accesorias, dentro del ámbito de las sociedades que excluyen de responsabilidad a los socios por las deudas de la sociedad.

En último término cuando, con número escaso de socios y en ese mismo ámbito antes indicado se dé importancia relevante a la simplificación en el funcionamiento de los órganos sociales, más concretamente en la expresión de la voluntad de los socios, todavía se puede aconsejar este tipo social. No olvidemos que en nuestro Derecho para las S.A. no se distingue entre trámite de convocatoria y celebración de Juntas Generales de accionistas entre S.A. familiares o pequeñas S.A. y las grandes S.A. y salvo en las hipótesis de Juntas Universales se exige una publicidad de dicha convocatoria insertando el pertinente anuncio en el B.O.E. y en uno de los diarios de mayor circulación de la Provincia (art. 53 L.S.A.) en que esté domiciliada la sociedad con formalidades cuya omisión puede acarrear la nulidad de los acuerdos que se adopten.

En cambio en las sociedades de responsabilidad limitada cuando el número de socios no exceda de 15 ni siquiera es necesario que el acuerdo de los socios se haya de formar necesariamente en Junta General. Basta que el acuerdo se adopte por correspondencia postal o telegráfica o por cualquier otro medio que garantice, con arreglo a la Ley o a la escritura, la autenticidad de la voluntad declarada (art. 14, Ley S.R.L.).

En tal caso en la escritura de constitución de la sociedad de responsabilidad limitada habrá de expresar “la forma y medios de adoptar los acuerdos sociales por escrito y la forma de acreditar dichos acuerdos” (art. 120, núm. 9, inciso 2o. Reglamento del Registro Mercantil.<sup>2</sup>

g) *Sociedad Anónima*. — Aun con todos sus inconvenientes, esta figura jurídica puede ser en los casos generales, como la más aconsejable para proporcionar una estructura jurídica suficiente para el normal desenvolvimiento empresarial, siempre que circunstancias especiales no impulsen hacia otra de las formas jurídicas apuntadas o a otras por apuntar.

Por otra parte los inconvenientes que pueda ofrecer esta figura jurídica, mayores o menores, y en todo caso distintos, según el en-

---

2. En el art. 7o. de la Ley S.R.L., en su núm. 9 in fine exige sólo que se exprese “la forma de tomar acuerdos por escrito”.

foque bajo el que se contemple, pueden ser paliadas con la previsión negocial.

Evidentemente que en la fundación de una S.A. hay aspectos de orden económico y financiero que escapan, al menos en España, al asesoramiento del Notario.

Naturalmente no podemos, ni pretendemos, realizar un estudio del proceso constitutivo de una S.A., pero sí detenernos siquiera sea brevemente, en algunas facetas en las que el Consejo del Notario puede servir de interesante ayuda a los fundadores. Y lo vamos a hacer siguiendo el esquema usual en nuestras escrituras de constitución de sociedad, con referencia a los puntos de mayor importancia para el tema que estudiamos.

Y así dentro de las cláusulas escriturarias relativas al desembolso, y aunque la prueba de la realidad de éste no sea legalmente exigible salvo en casos especiales (como ocurre por ejemplo con la constitución de Bancos, o cuando se trata de aportaciones por residentes en el extranjero) es conveniente aconsejar que, previamente a la fundación de la S.A. se abra una cuenta bancaria a nombre de la S.A. en fase de fundación, y que los fundadores ingresen en ella el importe de los respectivos desembolsos correspondientes a sus suscripciones, cuando se trate de aportaciones dinerarias, de suerte que no se proceda a la firma de la escritura de constitución en tanto no se hayan producido los ingresos de las cantidades previstas y se conforme así con la realidad las manifestaciones que acerca del referido desembolso han de hacer los otorgantes. Todo ello en el bien entendido que, salvo en los casos legalmente exigibles, y en que además concurren determinadas circunstancias, en los demás no tendrá responsabilidad el Notario por la falta de veracidad de las manifestaciones de los comparecientes.

Es aconsejable que el nombre o *denominación social* se registre como nombre comercial en el Registro de la Propiedad Industrial. Por supuesto que no es necesario. Pero es muy conveniente para el futuro comercial de la empresa con vista a posibles problemas de competencia y a la evitación de eventuales litigios que se puedan promover en base a la distinta regulación del nombre: Ley de S.A., para la denominación social y Estatuto de la Propiedad Industrial para el nombre comercial.

El *objeto social* debe estar perfilado en los Estatutos, de suerte que cubra holgadamente las actividades que ha de desarrollar la sociedad. Debe ser determinado, según la opinión más comúnmente aceptada, pero sin que la redacción estatutaria que concierne a este requisito sea tan estrecha que obligue en el futuro a una modificación estatutaria ante una ampliación de las actividades, con el consiguiente gasto fiscal que tal cambio de objeto social acarrearía. De ahí la conveniencia de una relativa elasticidad dentro del principio de la determinación, y que es posible en nuestra legislación siempre que se trate de empresas que se creen en sectores económicos para los que el Derecho español no imponga la exclusividad del objeto social como ocurre con la banca, seguros, financieras, periodísticas, gestoras de fondos mobiliarios, agencias publicitarias, etc., en las que el objeto no puede ser otro, ni vario, y hasta debe determinarse con cierta rigidez. Pero salvo estos supuestos, nada impide que en los demás se enumere una lista más o menos larga de actividades que la sociedad ha de desarrollar o puede desarrollar. Tal enumeración no impide que la Junta General de accionistas acuerde que, de momento, se inicien sólo alguna o algunas (no todas) de las actividades enumeradas como integrantes del objeto social, dejando para un momento ulterior el acometer las restantes. Dicho acuerdo hasta puede estimarse conveniente a fin de salvar la posible responsabilidad de los administradores que, sin tal acuerdo, deberían desarrollar, o tratar de desarrollar, todas las actividades sociales.

*La duración de la sociedad* conviene que se establezca por tiempo indefinido. La fijación de un plazo arrastraría la automática disolución de la sociedad una vez que hubiera vencido salvo que previamente se acordase la prórroga en Junta General de Accionistas con los requisitos propios de la modificación de estatutos, y con los consiguientes gastos. Abocar la sociedad al automatismo de la disolución (salvo prórroga) cuando la marcha económica de la empresa puede ser excelente y las perspectivas de futuro óptimas, parece una impremeditación. De ahí que aconsejemos en general la duración indefinida, salvo que dadas las circunstancias del caso concreto se estime conveniente fijar un plazo, lo que podría ocurrir en hipótesis en que con una determinada composición del capital social que no permita asegurar a un determinado grupo la adopción en Junta General de accionistas de un acuerdo favorable a la disolución de la sociedad en cualquier momento, se quiera tener o disponer para tal época de la cuota de liquidación efectivizada, ante los riesgos de la imposibi-

lidad prevista de un acuerdo favorable a la disolución, y ante las también previstas dificultades para transmitir las acciones por un precio razonable.

La fijación de la *fecha en que dará comienzo a sus operaciones*, no parece que plantee problemas. Se puede señalar con entera libertad fijando la fecha de presente, de futuro, y hasta en pretérito (como reconoce la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de fecha 24 de febrero de 1970). Ahora bien, cuando la sociedad se constituye a fines de año puede ofrecer dudas si se debe aconsejar que la fecha de comienzo de operaciones se fije para principios del siguiente año y evitar que sobre todo por la Hacienda Pública se estime un ejercicio económico social aunque sea de unos días. No hay inconveniente en que se señale la fecha de comienzo de operaciones en los días iniciales del año siguiente. Pero puede haber razones y precisamente de variada motivación entre las que no descartamos las de orden fiscal que muevan a aconsejar lo contrario, es decir que se señale en el mismo día de la constitución si dadas las circunstancias, interesa que haya constancia de que la sociedad comienza sus operaciones en ese ejercicio que se está extinguiendo.

Para la fijación del *domicilio social* el art. 50. de la Ley S.A. convierte en imperativa la norma que para las personas jurídicas en general tiene carácter dispositivo en el art. 41 del Código civil. Pero aparte ya de la necesidad de cumplir la invocada norma del art. 50. L.S.A., en el ámbito concreto no ya del lugar sino del edificio o local en donde se va a establecer el domicilio social, consideramos elemental para un jurista que asesore en el proceso constitutivo de la sociedad y desde luego para un Notario, indagar de los fundadores si el local, piso o edificio en donde se pretende fijar el domicilio se halla arrendado a uno de los fundadores (caso más frecuente de lo que pudiera parecer) o si pertenece en propiedad a alguno de éstos. Si está arrendado debe exigirse la exhibición del contrato de arrendamiento y comprobar si en el mismo se permite que en el local arrendado pueda establecerse el domicilio de la sociedad. En otro caso debe aconsejarse que el domicilio se fije en otro piso o local ante el riesgo muy probable de una futura resolución del arrendamiento por traspaso o cesión inconstentida, de lo que hay suficientes precedentes en la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Véanse las S.S. de 4 de noviembre de 1971 y 9 de junio de 1973).

Obviamente no habría problema sobre este particular si en el contrato se prevé y permite la posibilidad del domicilio de la sociedad, o si el contrato se ha celebrado en nombre de la sociedad en fase de constitución.

La cifra del *capital social* conviene fijarla de acuerdo con las necesidades actuales y próximas de la empresa, y en relación con las posibilidades de financiación y medios con que cuentan los fundadores. Sobre este requisito en lo que concierne a la cifra idónea es tema financiero en el que un Notario español en cuanto tal no tiene que asesorar. Tan sólo cuando la legislación vigente imponga una determinada cifra de capital como mínimo exigible según la clase de objeto social, deberá cuidar que tal exigencia se cumpla. Tal ocurre en España con las siguientes sociedades para las que se fijan los mínimos de capital que a continuación señalamos:

Bancos comerciales 1.500 millones de pesetas, en Madrid y Barcelona; 1.000 millones en las restantes poblaciones (Decreto 13 de enero 1972 pár. 1o.). Para los bancos industriales 100 millones de pesetas (D-L de 29 de noviembre de 1972, art. 3o.).

Los Bancos filiales de Bancos Extranjeros, creados al amparo del Decreto de 23 de junio de 1978 deberán “mantener” un capital suscrito no inferior a 750 millones de ptas. y una prima de emisión equivalente al 100 por 100 del capital.

Las S.A. de financiación deben tener un capital mínimo de 100 millones de pesetas si son de carácter nacional; 50 millones de pesetas si son de carácter regional; 15 millones de pesetas si son de carácter provincial, salvo las que tengan su sede central en Madrid o Barcelona en que se exige 50 millones de pesetas (Decreto de 28 de marzo de 1977, art. 2o.).

Para las sociedades gestoras de fondos mobiliarios 100 millones de pesetas. Si el patrimonio del Fondo o Fondos excede de 1.000 millones de pesetas el capital social desembolsado deberá incrementarse a razón de un millón de pesetas por cada cien millones o fracción del patrimonio del fondo o fondos que excedan de 1.000 millones de pesetas (Orden de 1 de diciembre de 1970, art. 9o.). Para las Sociedades de inversión mobiliaria 200 millones de pesetas (Ley de 8 de abril de 1967, art. 20).

Las sociedades de seguros deben tener igualmente un capital mínimo que fija, según los casos, el art. 5o. de la Ley de 16 de diciembre de 1954, en atención a la clase de ramas de seguro en que ha de operar la sociedad. Así señala 25 millones de pesetas para operar en una o varias ramas de las que luego indicaremos, o en reaseguros; 3 millones en ramas de cristales, pedrisco, robo o vida de ganado, enterramiento, enfermedades o asistencia sanitaria siempre que limiten las garantías a 20.000 ptas., como subsidio. 10.000 como indemnización única en caso de operación quirúrgica, 5.000 en caso de invalidez y 2.500 en caso de defunción.

Para las sociedades concesionarias de autopistas el 10% de la inversión total prevista para la construcción de la autopista, Ley 10 mayo 1962, art. 8o., núm. 3.

Para las agencias de viajes el Reglamento regulador de las mismas aprobado por Orden de 26 de febrero de 1963, distingue los grupos, A y B (las primeras son las que actúan en ámbito territorial no circunscrito, las segundas las que restringen la prestación de sus servicios a una determinada zona del territorio nacional). Para obtener el título-licencia de Agencia de Viajes del Grupo A se exigen entre otros requisitos que señala el art. 18: adoptar la forma de sociedad mercantil y poseer un *capital desembolsado mínimo de dos millones de pesetas*.

Para agencias del grupo B, se exige entre otros requisitos según el artículo 19: "tener destinado al negocio o escriturado y desembolsado, según el caso, *un capital mínimo de 400.000 ptas.*".

Para las sociedades de capitalización y ahorro, la Ley de 22.XII. 1975 en su artículo 7o. exige un capital mínimo de 25 millones de pesetas.

Algo parecido puede afirmarse respecto del desembolso aconsejable. Es un tema económico-financiero más que jurídico. Y aquí también queremos advertir que en casi todas las hipótesis en que por precepto legal se exige una cifra mínima de capital según la índole del objeto social como antes hemos apuntado, se exige igualmente un desembolso mínimo superior al del 25% de la cifra de capital fijada que en los casos generales ordena el art. 8o. de la L.S.A.

Que las acciones sean nominativas o al portador dependerá de factores o circunstancias ligadas fundamentalmente a propósitos de los fundadores en relación con la propia composición y toma de acuerdos de las Juntas Generales que son distintos según que las acciones sean nominativas o al portador (véanse art. 51 y sobre todo el 58, L.S.A.). Se exceptúan de estas consideraciones los supuestos en que por precepto legal se impone la forma nominativa en cuyo caso no hay más que cumplir el precepto legal. Tal ocurre con las sociedades bancarias, financieras, navieras, cinematográficas, de productos farmacéuticos, periodísticas, publicitarias, etc.

Otra idea puede ayudar en la elección: se carga el acento en el anonimato con las acciones al portador, se acentúa de algún modo el “intuitu personae” con las acciones nominativas. Pero no es decisivo. Y no lo es por cuanto el verdadero “intuitu personae” como de verdad se acentúa es con la estipulación de cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones en su doble modalidad de cláusulas de previa aprobación y cláusulas de concesión de derechos de preferente adquisición. Y si en principio parece, siguiendo un camino lógico, que estas cláusulas sólo debieran permitirse cuando las acciones fueren nominativas, no es esto lo que ocurre en la realidad legal: el art. 104 del Reglamento del Registro Mercantil permite estas cláusulas con aplicación a las acciones al portador desde el momento en que dispone que “las limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones al portador deberán consignarse, además de en los Estatutos, en los títulos respectivos”.

La designación del *órgano u órganos que habrán de ejercer la administración*, consejo de administración, administrador único, administradores solidarios, gerente, etc., puede atender a ciertas conveniencias de diverso orden.

Un Consejo de Administración compuesto de un número de consejeros más o menos amplio, permitirá satisfacer las exigencias de diversos grupos que pueden entrar en la sociedad reclamando una directa intervención en la administración.

Por otro lado si, junto al Consejo de Administración, se prevén otros órganos escalonados de administración que pueden ser desde el consejero-delegado y comités ejecutivos al Director-Gerente o Gerente y al Director-Técnico, con ejercicio efectivo y directo de las ta-

**reas propias de la administración, puede el Consejo pasar a ocupar desde su cúspide una alta labor de control que, sin abdicar de sus funciones de administración, recuerde lo que en otros países constituye la misión propia de un Consejo de Vigilancia.**

**Mas por otro lado hay que tener en cuenta la posible existencia de normas jurídicas imperativas que impongan una participación en la administración de ciertas personas o estamentos sólo para el caso de que exista Consejo de Administración como ocurre con la Ley de 21 de julio de 1962 sobre participación del personal en la administración de las empresas que adopten forma jurídica de sociedad, y su reglamento de 15 de julio de 1965. La misma L.S.A. en su art. 71, al prever el sistema de cocientes o de agrupación de acciones para la elección de los administradores lo refiere al supuesto de que exista Consejo de Administración, no para cuando haya administrador único o administradores solidarios, cuyo nombramiento escapa en consecuencia a las normas imperativas de dicho art. 71 desarrollado por Decreto de 29 de febrero de 1952.**

**Todas estas consideraciones deben tenerse en cuenta a la hora de decidirse por la designación de qué organo debe ejercer la administración.**

**Más aún. Si un grupo de entre los fundadores con mayoría de capital pretende asegurarse una cierta hegemonía en la administración de la sociedad no tendrá que desarrollar un gran esfuerzo imaginativo para mantenerse en la administración social, toda vez que el sistema legal tanto si hay consejo como si no, apoyará, sin más, su pretensión. Pero si es un Grupo minoritario el que pretende un puesto en la administración tan sólo puede conseguirlo, habiendo consejo de administración, pactando en los Estatutos un número de consejeros tal que, al practicarse la operación de división del capital por dicho número, arroje un cociente equivalente al menos, o inferior, al capital social que haya suscrito y desembolsado.**

**Si hay administrador único, el nombramiento se hará por acuerdo de la mayoría en Junta General de accionistas con el quorum de asistencia del art. 51 L.S.A. y la única posibilidad que tiene el grupo minoritario de participar efectivamente en el nombramiento consiste en reforzar el quorum de asistencia y hasta el de votación de modo que se precise uno superior al del capital que posee la mayoría y se**

requiera en consecuencia para que haya acuerdo sobre nombramiento el voto favorable del minoritario.

Hay otras facetas en la administración de la sociedad:

Puede interesar la limitación a la libertad de elección de los administradores, siempre que refiramos la restricción a los elegidos no a los electores (con la única salvedad en cuanto a éstos que supone la posibilidad de reforzamiento de los quorum en las Juntas para el supuesto de nombramiento de administrador único).

Para los elegidos o personas que han de desempeñar el puesto de administrador (sea único o colegiado) si cabe establecer la exigencia de que reúnan determinadas cualidades de modo que sólo quienes las posean puedan recibir el nombramiento a su favor.

Las propias leyes hacen referencia a algunas de ellas. Así el art. 71 L.S.A., inciso primero declara que “Para ser nombrado administrador no se requiere la cualidad de accionista, *a menos que los estatutos dispongan lo contrario*”.

Otras leyes imponen ciertas inhabilitaciones para el cargo de administrador por razón de determinadas circunstancias que concurren en personas determinadas. Así cuando se trata de extranjeros o de personas que desempeñen ciertos cargos.

La norma del art. 71 del párrafo 2o. antes citada es dispositiva. Las otras normas a que nos referimos y que aluden a extranjeros o a personas que desempeñen ciertos cargos son imperativas.

Creo admisible poder sentar las siguientes conclusiones:

En los Estatutos cabe establecer que se exija para los administradores:

1. La cualidad de accionistas (art. 71, párrafo 2o. L.S.A.).
2. La cualidad de accionista y además que sea titular o posea al menos un número mínimo de acciones. En la práctica así se admite. Y es lógico, porque si hasta para ejercer el voto en las Juntas Generales puede exigirse un número mínimo de acciones (art. 39,

núm. 3 de la L.S.A.) no hay razón de peso que impida tal exigencia para ejercer el voto en los Consejos de Administración, es decir, para ser administrador.

3. La nacionalidad española. Si hay normas que prohíben, para sociedades con determinado objeto social, que los extranjeros ejerzan cargo de administración, o que un porcentaje de administradores pueda ser extranjero, parece admisible que en los Estatutos se exija que todos los administradores ostenten la nacionalidad española.

4. Ciertas condiciones de edad, conocimiento o cualidades profesionales. La exigencia de una determinada edad, o tener conocimientos periciales o profesionales relacionados con las actividades objeto de la sociedad parece que no debe ofrecer dificultades. Puede aclararse que tales conocimientos se presumen en la persona que ostente un título profesional en aquella rama del saber que esté relacionada con el objeto social. O simplemente exigir para ser administrador que los nombrados tengan cierto título profesional.

¿Cabe pactar que los administradores tengan cierta nacionalidad distinta a la española? Por supuesto que no cuando alguna norma imperativa prohíba que los administradores sean extranjeros. Pero cuando no hay limitación, cuando la ley permite que cualquier extranjero ostente el cargo de administrador según el objeto de la sociedad, es decir, en aquellas sociedades en que según su objeto los administradores pueden ser de nacionalidad extranjera, no veo inconveniente en establecer tal posibilidad aunque con la consecuencia posible del art. 7o. del Reglamento de Inversiones extranjeras de que se considere a la sociedad como dominada por extranjeros.

Quizá merezcan la atención las dos primeras limitaciones o exigencias contempladas. Exigir la cualidad de accionista, y hasta un número mínimo de acciones para desempeñar el cargo de administrador puede ser saludable, por cuanto al unir el ejercicio efectivo de la facultad de gestión a la propiedad o titularidad de las acciones se corrige o al menos se palía uno de los graves defectos que a mi modo de ver ofrece la S.A., que es precisamente y en términos generales esa separación y hasta alejamiento que puede existir entre la administración y la propiedad con el consiguiente peligro de la posible figura del ejecutivo que arriesga la economía de la S.A., sin riesgo alguno para su propio patrimonio.

Entre las facultades de los administradores es aconsejable que se detallen las que previsiblemente actuarán, o se quiere que actúen, aun en los casos en que no sea necesario, a fin de evitar las dificultades y molestias de una continua prueba de que el acto se halla comprendido en el giro o tráfico de la empresa. Entre las facultades relativas a la representación en juicio, aun siendo innecesario por disponerlo así el art. 76 L.S.A., ante la frecuencia de futuras delegaciones o poderes, con remisión a facultades “enumeradas” en tal artículo de los Estatutos conviene que se detalle la facultad de recurrir en casación y otras que requieren expresa mención.

En cuanto a los *plazos y forma de convocar y constituir las Juntas de socios* tanto ordinarias como extraordinarias y la forma de deliberar y tomar acuerdos, tienen ya su previsión normativa en los correspondientes preceptos de la L.S.A., y en los casos generales lo aconsejable es remitirse a tales preceptos con una fórmula igual o parecida a la siguiente: “En cuanto a los plazos y formas de convocar y constituir las Juntas de socios, tanto ordinarias como extraordinarias, la forma de deliberar y tomar acuerdos y la designación de Presidente y Secretario de las mismas se estará a lo dispuesto en la Ley de Sociedades Anónimas”.

Quizá fuese aconsejable la previsión estatutaria acerca de quién ha de ejercer el papel de Secretario en las Juntas, y quién podrá ser el Secretario del Consejo de Administración, y ello para evitar que en defecto de previsión estatutaria, de conformidad con el art. 61 de la L.S.A., se tuviese que proceder a la elección por los socios asistentes a la reunión, trámite del que más de una vez se ha prescindido en la práctica con el consiguiente riesgo de impugnación de los acuerdos por tal defecto (caso del que se ocupó la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974 que declaró la nulidad de los acuerdos precisamente por tal falta de elección de Secretario), o de que aun habiendo sido elegido se olvide la consignación de ese trámite en la redacción del acta con el consiguiente riesgo (que existe también en el supuesto anterior) de que tratándose de acuerdos inscribibles en el Registro, pueda ser rechazada su inscripción.

En los casos generales, repito, no creo aconsejable una mayor previsión estatutaria en lo que concierne a Juntas Generales.

Pero ya ante las circunstancias concretas que en una determi-

nada hipótesis pueden concurrir, sí puede ser aconsejable orientar la redacción de los estatutos en sentido que satisfaga el lícito interés que se manifieste.

Ya antes expusimos algún ejemplo a propósito del nombramiento de los administradores, exigiendo que para determinados acuerdos se precise un quorum superior al que sería exigible por aplicación de los preceptos de la L.S.A.

Frecuentemente se desea tal exigencia para el nombramiento de administrador único según vimos antes. Pero también para otros acuerdos como el de aumento de capital: a veces, uno de los fundadores de sociedades familiares de prestación de servicios que no requieren un capital elevado, socio de economía un tanto precaria pero de elevadas cualidades humanas que ha de poner al servicio de la sociedad ocupando un puesto en el Consejo de Administración, u orientando la labor de los administradores con su experiencia, o aun sin tales cualidades, no quiere perder el equilibrio que en el primer momento se establece en la propiedad o titularidad de las acciones, equilibrio que se rompería si en una Junta General se pudiera aumentar el capital sin su consentimiento cuando él se viera en la imposibilidad de suscribir y desembolsar acciones en tal aumento. Los ejemplos podrían multiplicarse. El reforzamiento del quorum de asistencia y aun el de votación puede servir para atender estas aspiraciones.

Otras veces se quiere que la convocatoria llegue cómodamente a conocimiento de los socios, sobre todo en las S.A., familiares o de pocos accionistas, y más aún cuando alguno de ellos reside en el extranjero. Se pretende añadir a los requisitos de publicidad de la convocatoria previstos en el art. 53 L.S.A., el de la carta certificada con acuse de recibo e intervención notarial, dirigida al domicilio de los accionistas que al efecto conste en los Libros o registros de la sociedad. No hay inconveniente aunque es costoso si el número de socios es un tanto elevado. Para obviar el peligro de posible impugnación que se podría dar si por cualquier fallo en el servicio de Correos, la carta no llegara al destinatario (pese a ir certificada) convendría aclarar en el correspondiente artículo de los estatutos que se entenderá cumplido el requisito con la remisión que de la carta certificada con acuse de recibo haga el Notario, aunque ésta por cualquier circunstancia no llegue a poder del destinatario.

Otras veces se requiere que la Junta sea convocada por los administradores a petición de un número de socios que represente una parte del capital desembolsado inferior a la décima parte prevista en el art. 56 L.S.A. Tal previsión, que beneficiaría a las minorías, es lícita y posible como lo reconoce la Res. de la D.G.R.N. de 27 de junio de 1977 ya que el tope del 10 por ciento exigido en el art. 56 L.S.A., es máximo pudiendo establecerse en los Estatutos otros inferiores.

Por último, el marco de la S.A., es todavía hoy lo suficientemente elástico como para dar cabida y solución a algunos de los problemas que en los momentos actuales tienen planteados, y con especial virulencia en muchos países, las relaciones entre patronos y obreros, entre empleadores y empleados. Los juristas, y más especialmente los Notarios, tenemos la posibilidad de contribuir con nuestra ciencia y experiencia a brindar soluciones aceptables en el marco jurídico en que nos desenvolvemos, que contribuyan en la medida de lo posible al restablecimiento de la paz social, al robustecimiento de la empresa en beneficio de los empresarios y de los empleados y en definitiva en beneficio de todos los ciudadanos.

Lo que ocurre es que estas soluciones se hallan fuertemente condicionadas por el modelo previo de empresa a la que se quiera servir, y a su vez el tipo de empresa se halla supeditado al esquema económico que se quiera lograr o implantar, y éste a su vez responde a los programas políticos con los que se quiera hacer realidad una determinada ideología.

Y no seré yo quien haga política.

Pero, aun caminando de puntillas sobre este espinoso y quebradizo terreno, y en consecuencia con las pertinentes y elementales reservas que la materia aconseja, no me resisto como jurista al abandono del ruedo, o al menos, no sin antes dar unos capotazos al toro aun a riesgo de recibir cornada.

Como premisa fundamental: la situación real general y actual de nuestro mundo occidental en el que parece existir con las matizaciones que se quiera, un sistema de economía de mercado.

Pues bien, en este sistema, el engranaje lógico que permita el funcionamiento suave, sin chirriar, de todo el mecanismo económico,

parece que debe contar necesariamente con una empresa adecuada a la maquinaria general para evitar que se transforme en lugar de pieza de engranaje, en un quiste o pegote que la haga saltar en pedazos al menor movimiento que haga.

Y si esto es así, en esta empresa, el empresario es el dueño de la misma. Con todas las limitaciones si se quiere derivadas de la función social que ha de cumplir al servicio del bien común. Pero en definitiva el dueño. Y si es el dueño, él es quien debe tener la dirección de la gestión, pues que como dueño responde: y no es serio obligarle a que gestione otro y a que responda él.

Ahora bien, junto al empresario, dueño de la empresa, no cabe ignorar la existencia de otro elemento personal que se halla al servicio de la empresa y que como tal debe poner su esfuerzo en la prosperidad de la misma, no en su destrucción. Y naturalmente este importante elemento personal, merece una adecuada y justa retribución. A esta retribución la llamamos salario, sueldo, jornal, mesada o con expresiones análogas. Y cualquier intento y logro de justa mejora debe merecer aplauso y general satisfacción.

Pero sin olvidar, al menos en el actual modelo económico, que la empresa es del empresario y que el empleado está a su servicio.

Ello no quiere decir que este modelo haya de ser el único.

Que caben otros tipos de empresa, no hay duda: La empresa autogestionaria, por ejemplo, a la que con plena libertad pueden acogerse quienes sean partidarios de ella. Pero el marco jurídico adecuado para tal experiencia no es la S.A., sino algunos tipos de cooperativa.<sup>3</sup> Elegida con libertad puede llegar a hacer felices a quienes en ella se integren. Impuesta coactivamente podría transformar en esclavo al que a ella se le encadenara.

---

3 Como son aquellas en que se pone en común el producto del trabajo (así las cooperativas lecheras, o vitivinícolas de vinos ordinarios, o en general de productos homogéneos), o un hecho exterior al trabajo como es el hecho de comprar (así en las de consumo). Pero no cuando lo que se pone en común es el trabajo mismo, ya que por su diversidad surgen **problemas** de organización, jerarquía, especialización, remuneración y disciplina, de difícil solución en la cooperativa, salvo que sea de pequeño número de socios.

Pese a todo lo expuesto, aun en la propia S.A., y aun con el modelo de empresa adecuado a la actual economía, es posible introducir en ella ciertas matizaciones que desarrolladas *con libertad* y sin coacciones clasistas o de poderes públicos puede también conducir a resultados satisfactorios para el bien común. Nos referiremos a algunas de ellas:

h) *Accionariado obrero*. — Difundir las acciones entre los empleados es un medio de hacerles partícipes a través de la sociedad en la cualidad misma de empresario, y por tanto a través de ésta, de la propiedad de la empresa.

Cualquier procedimiento puede ser aceptable siempre que se mueva en el ámbito de la libertad, sin imposición o coacción a ninguna de las partes. Y, evidentemente, que es deseable para que el sistema se generalice, el apoyo fiscal a este tipo de inversión. Una especial desgravación fiscal a la misma, constituiría un buen incentivo.

En España tenemos algunos precedentes. La Ley de 21 de julio de 1960 creó los “Fondos nacionales para la aplicación social del impuesto y del ahorro”, con la finalidad primordial de difundir la propiedad mobiliaria y la participación del trabajador en el capital de su empresa, previendo “ventajas de índole tributaria a favor de aquellas empresas que en sus ampliaciones de capital atiendan al cumplimiento del fin social que se determina” en el título IV que crea el Fondo de Crédito para la difusión de la propiedad mobiliaria. Así resulta al menos de su Exposición de Motivos.

Tal ley autoriza en su art. 18 la concesión de créditos a las personas físicas que no estando obligadas a presentar declaración por contribución sobre la renta, deseen adquirir entre otros valores mobiliarios, acciones, obligaciones u otros títulos equivalentes emitidos por la empresa en que el peticionario preste sus servicios.

Otros precedentes se encuentran en la sociedad de cartera creada por el Banco de Vizcaya entregando acciones de la misma a su personal para que reciban beneficios de los valores que posee.<sup>4</sup>

---

4 Según testimonio de Fernando Suárez González en “Accionariado obrero y capitalismo popular”, en *Diecisiete lecciones sobre participaciones de los trabajadores en la empresa*, Madrid, 1967, pág. 278; publicado por el Seminario de Derecho de Trabajo de la Universidad de Madrid.

Y en fin se citan también como precedentes: diversos convenios colectivos de trabajos celebrados con distintas Compañías eléctricas; y el caso de la Compañía Telefónica poniendo acciones a disposición de los trabajadores a desembolsar en parte con el dinero de éstos (un 10%) y el resto con dinero a préstamo de Cajas de Ahorro.

Un buen procedimiento consistiría en la creación por los trabajadores de la Empresa de una Cooperativa de la que formasen parte los trabajadores de la empresa que lo desearan y en tanto fueran trabajadores de la misma. La Cooperativa adquiriría en Bolsa, o en las ampliaciones de capital, de acuerdo, al principio, con los accionistas, previa renuncia de éstos al derecho de preferente suscripción en lo necesario, las acciones que se estimara oportuno, con fondos de la Cooperativa obtenidos con aportaciones de los socios y con préstamos a largo plazo que previamente se gestionarían de las Entidades de crédito.

Reconozco que no son muy propicios los tiempos actuales al desarrollo de esta idea. De una parte la tremenda crisis económica, con las espectaculares bajas en la cotización de valores en las Bolsas españolas y consiguiente lesión al ahorro, especialmente lamentable cuando afecta a las clases populares, ha provocado una desconfianza y hasta animadversión hacia este tipo de inversiones. De otro lado las tendencias socialistas de los actuales sindicatos obreros no parece augurar una recomendación hacia esta interesante figura que en definitiva hay que reconocer constituyen una pieza más en la consolidación de un tipo de empresa que es vista con disfavor por los partidos políticos e ideologías que inspiran dichos sindicatos obreros.

i) *Participación en los beneficios.* — Pactados con libertad y referidos no a los beneficios de la sociedad dueña de las empresas, sino en relación con los beneficios que rindan las concretas unidades económicas en donde los trabajadores presten sus servicios, me parece fórmula digna de tenerse en consideración como solución recomendable en el camino de la distensión en el mundo del trabajo.

Aun desde el punto de vista capitalista, si no se oponen reparos a que el ejecutivo administrador de la empresa reciba una retribución en proporción a los beneficios que en ella se obtengan, no parece que deban existir dificultades para concederlos también a los trabajadores que se hallan al servicio de la empresa.

Pero no deben enmarcarse en el ámbito del derecho de sociedades sino en el marco del contrato de trabajo. Dentro de éste, repito, *con entera libertad*, pactado como forma de retribución normalmente parcial, en el contrato de trabajo individual o en convenios colectivos, puede ser fórmula deseable, sin olvidar en ningún momento que la fórmula justa de retribución, debe ser fundamentalmente un salario justo.

Por otro lado tampoco debe olvidarse que la participación en los beneficios conduce inevitablemente, a menos que se emplee una fórmula adecuada, al control de la empresa y a la coestión en términos que pueden ir más allá de lo justo. Además puede constituir un estímulo al mantenimiento de salarios en límites inferiores a lo justo, lo que en supuestos de marcha ascendente y próspera de la empresa no ofrecerá grandes dificultades. Pero que en los momentos de crisis y consiguiente caída en picada de la empresa será causa de graves tensiones y antagonismos dando lugar por ello a resultados contrarios a los que se pretendía conseguir.

Por ello creemos conveniente en este punto llegar a las siguientes conclusiones:

1a. La remuneración del trabajador debe ser fundamentalmente un *salario justo* entendiendo por tal el que baste al menos en todo momento para la subsistencia del trabajador y de su familia y para permitirle un margen de ahorro y que además sea estable y constante.<sup>5</sup>

2a. La cuantía del salario puede incluir una verdadera participación en los beneficios, distribuidos en forma regular embebida en el mismo salario o sueldos percibidos.<sup>6</sup>

3a. La participación en los beneficios así entendida en caso de propugnarse debe ser *libremente establecida*, considerada en todo caso como un aumento y sin que sea en ningún caso pieza clave de la remuneración del trabajo.<sup>7</sup>

---

5 Cfr. Ousset y Creuzet, *El Trabajo*, Madrid, 1964, pág. 256.

6 Vallet de Goytisolo, *Sociedad de masas y Derecho*, Madrid, 1969, pág. 371.

7 Cfr. Ousset y Creuzet, *op. cit.*, pág. 258.

j) *Cogestión*. — La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa tan en boga en los tiempos actuales, no creo que sea precisamente la más ajustada al modelo de empresa que parece existir en nuestra actual economía libre de mercado. La gestión debe ser de quien responde. La gestión debe ser de quien sufre las pérdidas, y si las pérdidas no afectan a los trabajadores que cuentan en todo momento con su salario, tanto si la empresa sigue adelante como si ha iniciado el peligroso descenso hacia cuotas de quebranto económico, no pueden exigir una intervención en la gestión de algo que no es suyo aunque estén a su servicio.

La gestión debe ser de la sociedad que es la que responde de las deudas con todo su patrimonio, con todos sus bienes presentes y futuros. Pero no de quien no tiene por qué pagar esas deudas ni sufrir las consecuencias de éstas.

Sin embargo, considero deseable una participación en ciertos aspectos de la gestión: en el ámbito de la competencia de los propios trabajadores, señalando en cada nivel los objetivos a alcanzar con intervención de los interesados y dándoles autonomía para organizar los medios necesarios y valorando la gestión de cada uno en función de los resultados obtenidos con la consiguiente repercusión en su remuneración, así como en su progreso y promoción en la empresa.<sup>8</sup>

Podrían crearse comisiones asesoras con representantes de dirección y del personal donde se estudien y propongan soluciones para distintos tipos de problemas de producción, remuneraciones, condiciones de trabajo, formación de personal, asuntos sociales, etcétera.<sup>9</sup> Es decir, consiguiendo una intervención efectiva en la gestión de los problemas de su nivel y competencia.

k) *Resumen esquemático acerca de las estructuras jurídicas*. — De lo expuesto se deducen las grandes posibilidades existentes para elegir la estructura jurídica más adecuada, con la más amplia libertad, salvo en aquellos casos en que por el objeto social, la legislación española imponga un tipo social determinado como ocurre por ejem-

---

8 Gonzalo Cuesta Moreno, "Participación del hombre en la empresa", en *Verbo*, octubre-noviembre 1969, pág. 819.

9 Gonzalo Cuesta Moreno, *op. cit.*, pág. 820.

plo con los Bancos, Gestoras de Fondos de Inversión mobiliaria, investigación y explotación de hidrocarburos, y casinos de juego en que se impone la forma de S.A., o con las publicitarias en que alternativamente se impone o la sociedad limitada o la S.A.

En estos casos obviamente no hay problemas de elección, o los hay muy reducidos; las estructuras jurídicas se imponen obligatoriamente por la Ley. Pero en los demás, los fundadores pueden y deben elegir; que acierten o no, es otra cosa.

En España no existen dificultades en la constitución de cualquier sociedad, para lo que no es preciso en términos generales una previa autorización administrativa. El procedimiento de constitución es, pues, sencillo en todas ellas, por regla general.

Requieren no obstante previa autorización administrativa los Bancos, Financieras y Casinos de juego.

Otras veces se precisa que después de constituida e inscrita en el Registro Mercantil se practique la inscripción en un Registro administrativo como ocurre con las de seguros, financieras, navieras, periodísticas, etc.<sup>10</sup>

No son trámites dificultosos, quizá el más dilatorio lo constituya el de la autorización administrativa previa, en los casos en que se exige este requisito.

La S.A. tiene fácil acceso al mercado financiero, fácil transferibilidad de la condición de socio, y normas que con todos sus defectos constituyen un ordenamiento bastante aceptable. Por regla general es la forma jurídica recomendable.

Las Sociedades de Responsabilidad Limitada tienen ciertas ventajas fiscales, son de estructura y vida sencilla, y permiten imposición de obligaciones distintas a la aportación del capital (prestaciones accesorias), pero tienen el inconveniente de la falta de acceso a la Bolsa y de mayores dificultades en la transmisión de la cualidad de socio.

---

10 En los Bancos la inscripción en el Registro administrativo (de Bancos y banqueros) es previa a la inscripción en el Registro Mercantil.

**Las demás son de estructura sencilla, y con ventajas fiscales, pero con responsabilidades en los socios, mayores o menores según las clases y por supuesto sin acceso a la Bolsa.**

### **3. EN LAS INVERSIONES INMOBILIARIAS**

**Se producen a través de negocios variados, pero indiscutiblemente es la compra venta el negocio-tipo a través del cual se realizan generalmente estas inversiones.**

**Si en todo caso el consejo del Notario es conveniente, en la realización de la inversión inmobiliaria se adviera si no como necesario sí al menos como de gran utilidad y hasta el punto de poder afirmarse, la experiencia lo corrobora, que la compra de un inmueble sin el debido asesoramiento constituye una verdadera aventura, o si se quiere, un juego peligroso desde el punto de vista económico en donde el resultado puede ser a veces imprevisible.**

**Naturalmente que en esta inversión hay facetas económicas y financieras en las que, al menos en España, al Notario, como tal, no se le pide que pronuncie o emita consejo o asesoramiento. Los mismos aspectos económicos de los tratos precontractuales en cuyo desarrollo se muestran a veces las dotes suasorias de las partes en liza, pugnando ambas por obtener un resultado más ventajoso para cada uno de ellos quedan al margen de la intervención notarial, en la mayor parte de los casos.**

**Y sin embargo también en este momento, y hasta con mayor razón, el Notario al que se le pide consejo, puede, al darlo, evitar un traspies o conseguir que el cliente pueda ejercitar el arte del trato con el mayor perfeccionamiento.**

**¡Cuántas personas han actuado en este ámbito con ligereza rayana en la temeridad, arriesgando parte de su caudal mediante envites innecesarios, comprando castillos imaginarios o casas o pisos que no han existido sino en la mente fraudulenta de la parte contraria, presta a devorar la fácil presa del ingenuo inversor!**

**Yo no sé si en realidad se podría hablar “del arte de comprar un inmueble”, pero lo que la experiencia enseña es un conjunto de precauciones que deben observarse cada vez que una persona pretende realizar este tipo de inversión, medidas que no por elementales deben dejarse en el olvido, ni mucho menos tomarlas a broma, que no es el primero que tropieza en tan sencilla piedra.**

**Antes de iniciar el trato hay que recabar una prudencial información sobre el objeto de la compraventa que nos permita:**

**1o. Identificar sobre el terreno el solar, parcela o tierra que se proyecte adquirir, “pateándolo” personalmente si posible fuere. Si se trata de un piso es conveniente visitarlo.**

**2o. Comprobar que la finca rústica o la urbana no se halla ocupada por nadie o sólo por la persona que la está ofreciendo en venta. Si estuviese ocupada por otra persona, cabe presumir que puede ser un arrendatario con derecho de preferente adquisición.**

**3o. Si el solar o parcela forma parte de una finca de superior extensión, debe comprobarse si, según la extensión que se proyecta adquirir, cabe la segregación o división con arreglo a las normas vigentes y en su caso obtener la oportuna autorización administrativa que al efecto, en principio, debe proporcionar el vendedor.**

**4o. Si se trata de solar en el que se pretende construir, conviene verificar si es edificable de conformidad con la legislación urbanística, o que el chalet, villa o edificio en el que se halle el piso, se ha construido o se está construyendo con respeto de las leyes urbanísticas. Se puede obtener al efecto el oportuno certificado del ayuntamiento.**

**5o. Si se pretende comprar un local comercial para la instalación de determinados establecimientos, es conveniente averiguar si según las ordenanzas municipales, reúne las características físicas necesarias para poder obtener el oportuno permiso o licencia municipal de apertura de establecimiento. Por ejemplo altura de techos, superficie, etc.**

**En el mismo orden de ideas convendrá examinar los Estatutos reguladores de la propiedad horizontal del inmueble a fin de compro-**

bar que de ellos no resulta ninguna prohibición relativa al ejercicio de un determinado negocio o industria (por ejemplo Estatutos que prohíben la instalación de salas de fiesta, bares, cafeterías, etc.).

Si el resultado de la información es positivo, estamos en condiciones de iniciar los tratos previos con el dueño, o con apoderado con poder bastante para vender, o mandatario con facultades suficientes.

Debe consultarse el Registro de la Propiedad para comprobar si la persona que aparece como dueño tiene el dominio inscrito en él. Si no fuera así, si el dominio está inscrito a nombre de otra persona, y caso de persistir en el interés de llevar adelante la operación, debe exigirse a la otra parte que aclare esta circunstancia, y gestione en su caso y por su cuenta la reanudación del tracto sucesivo registral, la rectificación de la inscripción, o las actuaciones que sean precisas, para que en todo caso la escritura pueda otorgarse con la persona que en el Registro aparezca con facultades para disponer del inmueble.

Pero además la consulta del Registro de la Propiedad debe comprender la situación del inmueble en cuanto a cargas, gravámenes y limitaciones de disponer.

Las limitaciones de disponer inscribibles e inscritas, supondrán un grave obstáculo para llevar adelante el trato, que exige por elemental prudencia una paralización en tanto no se eliminen del Registro de la Propiedad.

Según el artículo 175 del Reglamento Notarial:

“La designación de las cargas o gravámenes que pesen sobre los inmuebles y, en general, la de toda clase de responsabilidad a que puedan estar afectos los bienes objeto del contrato, se hará constar en primer término por lo que resulte de la declaración de la parte transmitente o de la que constituya un gravamen y, en segundo lugar, por lo que aparezca de los títulos o documentos que al Notario se exhiban. También podrán hacerse constar, cuando en ello estén conformes los contratantes, remitiéndose el Notario y otorgantes a lo que resulte de los libros del Registro o Registros de la Propiedad.

“En todo caso, el Notario advertirá al adquirente de la conveniencia de que se acredite el estado de cargas con la certificación del

**Registro de la Propiedad, o lo compruebe directamente examinando los libros del mismo.”**

Si el inmueble aparece hipotecado esta circunstancia no sólo no obstaculiza la operación sino que en cierto modo puede ayudar a financiarla. Lo interesante es conocer con certeza la carga, y el importe del principal pendiente de amortizar. Después en el trato y luego en la escritura se pactará la deducción del importe de la carga rebajando en consecuencia la cantidad que haya que entregar al vendedor, y subrogándose el comprador en la obligación de pago del principal e intereses pendientes al acreedor hipotecario, tal como permite el art. 118 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual:

“En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestase su consentimiento expreso o tácito:

“Si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiere retenido y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado.”

**Tratándose de un piso o local en un edificio, es muy conveniente que si la hipoteca grava todo el inmueble se halle dividida y distribuida la responsabilidad entre todos los pisos, de modo que pueda saberse lo que pueda afectar al piso o local objeto de la compraventa, ya que si la hipoteca no está dividida todos y cada uno de los pisos responden solidariamente del total de la hipoteca.**

Caso de no estar dividida la hipoteca podría calcularse la cifra aproximada de responsabilidad afectante al objeto de la compraventa, deducirla del precio y prever una liquidación ulterior. Tiene sus riesgos.

No es aconsejable, más aún, debe rechazarse, desde el punto de vista del interés económico del comprador la solución de pagar todo

**el precio al vendedor como si el inmueble estuviese libre de hipotecas, y obligarse este último a pagar la deuda garantizada con hipoteca y obtener en su día la cancelación. La experiencia enseña las dificultades que luego se producen por incumplimiento de esta obligación, mucho mayores si se origina por la insolvencia de dicho vendedor.**

Si en el Registro de la Propiedad aparece una hipoteca, pero el vendedor alega que se halla satisfecha la deuda que garantiza aunque esté pendiente de cancelar, es conveniente exigirle al menos los **correspondientes recibos**, de cuya veracidad se pueda obtener comprobación. Verificado este extremo caben dos soluciones:

Calcular anticipadamente los gastos de cancelación. Descontar su importe del precio de compraventa que en tal medida quedará rebajado, y encargarse el comprador de obtener la cancelación. Esta solución será especialmente aconsejable cuando el principal, intereses y costas que constituyen la base del impuesto de transmisión de bienes y actos jurídicos documentados (supuesto que no se halle exenta del mismo), ascienda a una suma considerable.

Pactar que el vendedor se obliga a obtener e inscribir en un plazo de ... la carta de pago de la deuda y la cancelación de la hipoteca antes mencionada con gastos a su costa. Cuando la suma es relativamente pequeña, no hay inconveniente en aceptar esta solución toda vez que, paralelamente, el riesgo que se corre es insignificante.

Mayores cuidados, si cabe, hay que adoptar cuando en el Registro apareciese anotado embargo o una demanda. Y no porque en estos casos no haya solución, sino por las molestias que van a recaer sobre el comprador si no se obtiene previamente a la operación la cancelación de la correspondiente anotación.

Si existe un gravamen inscrito, en el caso en que éste sea de tal naturaleza que no obstaculize el disfrute que del objeto comprado quiere el comprador, no habría inconveniente en seguir adelante. En la mayoría de los casos, tratándose de fincas urbanas, se tratará de servidumbres entre edificios o bloques o a lo sumo de impropias servidumbres en el mismo edificio en régimen de propiedad horizontal que afectarán a elementos comunes y que por tanto más que de servidumbres se tratará de normas o pactos reguladores de dicha comunidad. En cada caso el buen sentido del inversor y de quien le aconseja.

**seje, apreciará hasta qué punto el gravamen reduce el valor efectivo del objeto de la compraventa, y hasta qué punto puede entorpecer en lo sucesivo ulteriores operaciones de crédito garantizado con hipoteca.**

Debe exigirse que el vendedor se halle al corriente en el pago de contribuciones o impuestos y en su caso en las cuotas que hay que pagar en la comunidad del edificio si se trata de un piso o local, dadas las consecuencias que pudieran derivarse para el comprador. Recordemos a tal fin que, según el art. 194 de la Ley Hipotecaria:

**“El Estado, las provincias o los pueblos tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque hayan inscrito sus derechos en el Registro, para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones o impuestos que graven a los bienes inmuebles.**

**“A los efectos del párrafo anterior, se entenderá por anualidad vencida la constituida por los cuatro trimestres del ejercicio económico anterior al corriente, sea cualquiera la fecha y periodicidad de la obligación fiscal del pago.**

**“Para tener igual preferencia por mayor suma que la correspondiente a dichas dos anualidades, podrán exigir el Estado, las provincias o los pueblos la constitución de una hipoteca especial, en la forma que determinen los reglamentos administrativos. Esta hipoteca no surtirá efecto sino desde la fecha en que quede inscrita.”**

El Reglamento Hipotecario en su art. 271 dispone:

**“Cada finca responderá por hipoteca legal, en los términos prescritos por el art. 194 de la Ley, de las contribuciones e impuestos que directa e individualmente recaigan sobre el inmueble, y el Estado, las provincias o los pueblos, tendrán, para su cobro, prelación sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque hayan inscrito su derecho en el Registro. Cuando se trate de contribuciones e impuestos distintos de los señalados en el precedente párrafo, la prelación no afectará a los titulares de derechos reales inscritos con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el Registro el derecho al cobro mediante la correspondiente anotación preventiva de embargo.”**

**Y por su parte el art. 9o., 5a. de la Ley de Propiedad Horizontal dispone:**

**“Serán obligaciones de cada propietario: . . . 5a. Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización.**

**“Al pago de estos gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente estará afecto el piso o local, cualquiera que fuere su propietario actual y el título de su adquisición, siendo este crédito a favor de la comunidad de propietarios preferente a cualquier otro, y sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes.”**

**Si el inmueble está en fase de construcción hay que exigir del vendedor que cumpla lo dispuesto en la Ley de 27 de julio de 1968. Y en consecuencia:**

**Que exhiba póliza de seguro o aval solidario prestado por Banco o Caja de Ahorros, que garantice la devolución de las cantidades que se entreguen más el seis por ciento de interés anual para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.**

**Que exhiba certificación acreditativa de tener abierta una cuenta especial en Banco o Caja de Ahorros en la que habrán de depositarse las cantidades en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.**

**La escritura se otorga ante Notario de libre elección de las partes salvo que una de éstas sea persona sujeta a turno de reparto de instrumentos públicos.**

**Los gastos de la escritura serán satisfechos de conformidad con lo pactado por las partes y en su defecto con sujeción a lo determinado por la Ley. A tal fin, el art. 1.455 del Código Civil dispone:**

**“Los gastos de otorgamiento de escritura serán de cuenta del vendedor, y los de la primera copia y los demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario.”**

Además, el arbitrio municipal de Plus Valía o impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos, en defecto de pacto será de cargo del vendedor, aunque el Ayuntamiento correspondiente requerirá su pago del comprador, a reserva del derecho de éste a repetir del vendedor por lo pagado si así se hubiera pactado.

Naturalmente que estos pactos deben constar en la escritura, y para cuando según las circunstancias del caso se prevea que tal impuesto ascenderá a una importante suma, nada se haya pactado sobre este particular, y sea en consecuencia de cargo del vendedor, si éste es persona de cuya solvencia se dude, no es baladí aconsejar que en los tratos se prevea la constitución de un depósito por el vendedor para afectarlo al pago de dicho impuesto, y no sólo por esta transmisión, sino por transmisiones anteriores si todavía no se hubiere satisfecho ya que la finca objeto de la compraventa está afecta con afección real al pago de dicho impuesto.

No es posible ahora estudiar todos los pactos que pueden tener cobijo en una escritura de compraventa ya que creemos no es lugar adecuado habida cuenta de la materia objeto de nuestro estudio, dirigido al examen de la inversión inmobiliaria desde el punto de vista del consejo del Notario que la autorice.

Sin embargo nos parece prudente hacer todavía alguna consideración sobre determinados pactos o estipulaciones.

a) *Transmisión de la posesión.* — El Código civil en su artículo 1.462 dispone:

**“Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador.**

**“Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”.**

No es pues necesario que en la escritura pública se diga nada sobre la transmisión de posesión que se producirá de modo instrumental por el mero otorgamiento de la escritura. Sin embargo, en casos en que pueda ofrecer duda, puede ser aconsejable que se exprese que “el vendedor entrega en este acto al comprador la posesión de la finca objeto de esta compraventa”.

b) *Precio*. — Debe quedar bien determinado, y sin duda alguna acerca de su entrega, si el pago fuera de contado. Si se entrega para tal pago un cheque o talón de cuenta corriente, es conveniente que éste se halle conformado por el Banco o Entidad de crédito en donde se hallare la cuenta. En último término, y de no ser esto posible, se reseñará el talón en la escritura.

Si el precio es aplazado se precisarán con todo detalle las cantidades y vencimientos. Normalmente los plazos se instrumentan mediante letras de cambio aceptadas por el comprador y que se reseñan en la escritura. Es casi seguro que el vendedor exija que el pago del precio aplazado se garantice mediante hipoteca o condición resolutoria explícita. Lo usual es pactar esta última, estableciendo que se da a la falta de pago de uno cualquiera de los plazos el carácter de condición resolutoria explícita, al amparo del art. 1.504 del Código civil y 11 de la Ley Hipotecaria, conforme a los cuales:

Art. 1.504 Código civil: “En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, interin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término”.

Art. 11 Ley Hipotecaria: “La expresión del aplazamiento del pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. En ambos casos, si el precio aplazado se refiere a la transmisión de dos o más fincas, se determinará el correspondiente a cada una de ellas.

“Lo dispuesto en el párrafo precedente se aplicará a las permutas o adjudicaciones en pago cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero o en especie.”

**El art. 59 del Reglamento Hipotecario desarrolla lo dispuesto en el 11 de la Ley, en los siguientes términos:**

**“Si en la venta de bienes inmuebles o derechos reales se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tenga lugar de pleno derecho la resolución del contrato, será necesario para verificar la nueva inscripción a favor del vendedor o de su causahabiente que se haga constar la notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta la venta y se acompañe el título del vendedor.”**

**Desde el punto de vista del inversor se advierten claramente los peligros que el precio aplazado con condición resolutoria suponen para el comprador por los siguientes motivos:**

**1o. Porque un simple descuido o error del comprador, puede provocar la resolución de su inversión.**

**2o. Porque resuelta la venta y perdida en consecuencia la propiedad que adquirió al comprar, puede además verse envuelto en unas ejecuciones cambiarias si las letras aceptadas y no pagadas han pasado en virtud de los correspondientes endosos plenos a manos de tercero.**

**3o. Porque aun pagando todas las letras puede verse dificultada la cancelación de la condición resolutoria si el vendedor ha desaparecido o si tratándose de personas jurídicas se ha disuelto y extinguido.**

**Estos peligros, molestias o dificultades no son insalvables y pueden orillarse mediante una adecuada redacción de estas cláusulas en términos justos que garantizando los intereses del vendedor, dejan también a salvo los del comprador que cumple; y en la medida de lo posible reduciendo las graves consecuencias del incumplimiento que en ningún caso deben ir más allá del adecuado y pactado resarcimiento al vendedor.**

**Y así puede lograrse; aconsejando:**

**En cuanto al punto 1o.:**

Que las letras se domicilien en cuenta corriente bancaria que el comprador se encargará de nutrir en todo momento con las oportunas remesas.

Que se trate de obtener del vendedor que la facultad de resolver la venta se condicione no a la falta de pago de una letra sino de dos cualesquiera de ellas o de la última.

Que se trate igualmente de obtener del vendedor un plazo de gracia (por ej. de 30 días naturales) posterior a la notificación de la resolución, durante el cual todavía cabría la oportunidad de pagar.

En cuanto al punto 2o.:

Que se pacte que en el ejercicio de la facultad resolutoria justifique el vendedor que se hallan en su poder tanto las letras vencidas e impagadas debidamente protestadas, como las letras pendientes del vencimiento en su caso.<sup>11</sup>

En cuanto al punto 3o.:

Que se pacte un plazo de extinción de la condición resolutoria, si antes no se ha ejercitado el derecho a la resolución.

Que se pacte que igualmente quedará extinguida la condición resolutoria mediante la justificación del pago de las letras lo que se acreditará mediante exhibición de las mismas por el comprador o quien de él traiga causa ante Notario que lo hará constar en acta notarial. El riesgo de pérdida de alguna letra pagada, se cubre con la previsión del pacto aconsejado en el párrafo anterior.

Que se pacte el consentimiento formal del vendedor a la futura cancelación de la inscripción de la condición resolutoria bien por el transcurso del plazo, bien mediante la justificación del pago de las letras.

---

11 Por supuesto que el comprador en los tratos previos podría intentar conseguir que al resolver el contrato no perdiera todas sino parte de las cantidades entregadas, en cuyo caso habría que pactar que el vendedor justificase además que ha depositado a disposición del comprador, las cantidades que en consecuencia debe devolverle.

Que se pacte asimismo que en el caso de extinción de la facultad resolutoria por transcurso del plazo convenido, la cancelación se practique automáticamente bien con ocasión de extenderse cualquier asiento relativo a la finca o de expedirse certificación de cargas conforme al art. 355 del Reglamento Hipotecario.

Como modelo de redacción de las pertinentes cláusulas, transcribimos de una escritura autorizada por Blanquer Uberos<sup>12</sup> las siguientes:

“La falta de pago a su vencimiento de dos cualesquiera de las letras de cambio a que se refiere la cláusula anterior, o la última de ellas, facultará al vendedor para resolver la venta conforme al artículo 1.504 del Código civil.

“La notificación de usar la facultad de resolver la venta y el transcurso del plazo de gracia de treinta días naturales —el primero, el siguiente al de la práctica de la notificación—, que necesariamente concederá la misma notificación, determinará la resolución plena y automática de la venta, el título inscribible será el documento que justifique la notificación resultante del mismo que tanto las letras vencidas o impagadas, debidamente protestadas, como las letras pendientes de vencimiento en su caso, obran en poder del vendedor, y además el vencimiento del plazo de gracia, en unión del título del vendedor, o sea copia de este instrumento librada para el vendedor o sus causahabientes.

“Como pena de indemnización por daños y perjuicios el vendedor retendrá la totalidad de las cantidades recibidas por causa del precio de la venta de la finca y no estará obligado a abonar cantidad alguna por impensas, gastos u obras realizadas en la finca, perdiendo el comprador, como consiente desde ahora, todo derecho por dichos conceptos.

“Las partes establecen y el vendedor especialmente consiente, que la condición resolutoria que respecto de la finca se pacta, quede extinguida por el transcurso del plazo de cuarenta y cinco meses a contar desde el día de hoy, si antes no se hubiera ejercitado el derecho a la resolución. También pactan expresamente las partes que la condición resolutoria quede extinguida mediante la justificación del pago de

---

12 Y que recogen los resultados de la Resolución de la D.G.R.N. de 28 de noviembre de 1978 (B.O.E. de (19-I-1979) de donde las transcribimos.

**las cambiales reseñadas, lo que acreditará la simple tenencia de las mismas por el comprador, que se hará constar en acta notarial.**

**“El vendedor presta expresamente su consentimiento formal, desde este momento y para entonces para la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha condición resolutoria, bien sea transcurrido el indicado plazo de cuarenta y cinco meses sin que conste en libros asiento alguno de prórroga convenida o de ejercicio de cualquiera de las acciones y pretensiones que corresponden al vendedor por razón de la venta de dicha finca, bien sea justificando el pago de las letras representativas del precio aplazado por el acta notarial a que alude en el párrafo anterior.**

**“En el primer caso (extinción de la facultad resolutoria por transcurso del plazo convenido) la cancelación se practicará con carácter automático, bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca, o de expedirse certificación de cargas, conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario, a que se remiten las partes por esta rogación expresa de asiento futuro.”**

El interés de estas cláusulas es ejemplar, no sólo por su misma redacción sino porque dieron origen a la interesante y reciente Resolución de la D.G.R.N. de 28 de noviembre de 1978. En efecto, fue rechazada por el Registrador de la Propiedad la inscripción de los pactos de los párrafos 4o., 5o. y 6o., recurrida la nota por el Notario autorizante, el Registrador rectificó, inscribiendo los de los párrafos 4o. y 5o. pero manteniendo la denegación de inscripción del pacto último o sea del párrafo 6o. El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador en el particular a que quedó reducida. Apelado el auto por el recurrente la D.G.R.N., en la Resolución citada de 28 de noviembre de 1978 revoca el auto apelado y la nota del Registrador. En sus Considerando dice:

**“Considerando que en este recurso se plantea la cuestión de si es inscribible la cláusula contenida en una escritura de compra-venta y en la que se previene la posibilidad de cancelación de un asiento una vez que el derecho a que se refiere se encuentre extinguido o caducado, por haber vencido su plazo de vigencia y haber prestado su consentimiento anticipadamente la persona favorecida por la inscripción registral;**

**“Considerando que la cláusula discutida pretende solucionar uno de los aspectos de más transcendencia para el comprador que ha terminado de pagar el precio que se había aplazado en el momento de la adquisición del inmueble, y trata de lograr que el contenido del Registro que publica esta circunstancia del aplazamiento de pago con la amenaza de resolución de su compra, se adecúe a la realidad extra-registral de haber sido satisfecho íntegramente, sin que el acreedor por causa que puede ser muy variada, haya podido otorgar la correspondiente carta de pago, que sería el medio más idóneo para obtener esta finalidad y sin que por otra parte tenga que acudir a utilizar otros procedimientos largos y costosos, como sería el juicio ordinario correspondiente, o esperar a que se entienda prescrita la carga en el caso del procedimiento de liberación de gravámenes del artículo 209 de la Ley Hipotecaria;**

**“Considerando que la importancia de esta cuestión por el número de compradores a los que afecta y su intento de resolverla, dado que en la mayor parte de las adquisiciones, sobre todo de pisos, no se satisface el precio de una sola vez, resalta uno de los aspectos de la función notarial, que no sólo da autenticidad al documento redactado, sino que además en su misión asesora y materializadora de la voluntad de las partes, el Notario intenta construir y dar solución jurídica a las dificultades y problemas que la realidad de la vida ordinaria ofrece con la protección de todos los intereses en juego;**

**“Considerando que la validez de los pactos contenidos en los párrafos 4o. y 5o. de la cláusula tercera de la escritura, que se pretende fundamentar en el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código civil, aparece reafirmada por el propio funcionario calificador al rectificar en su informe la nota discutida en el sentido de entender inscribibles los mencionados pactos que establecen que la facultad resolutoria ejercitable por el vendedor tenga una duración temporal limitada así como la expresa prestación de consentimiento anticipado por dicho vendedor para la cancelación del asiento de inscripción una vez cumplido el supuesto a que la cláusula se refiere, por lo que en definitiva el recurso queda reducido únicamente al examen del número 6o. de dicha cláusula 3a. relativo a la forma de practicarse esta cancelación;**

**“Considerando que inscrita la cláusula que contiene esta limitación temporal de la facultad resolutoria, una vez que ha transcurri-**

do su plazo de duración de la misma publicidad registral la que indica que está extinguido el derecho inscrito, ya que el propio asiento —artículo 38 de la Ley Hipotecaria— manifiesta que no existe, produciéndose una inexactitud que de acuerdo con el artículo 40, 1 b) de dicha Ley habrá de rectificarse conforme a lo dispuesto en su título IV;

“Considerando que dentro de este título IV el artículo 79-2o. de la Ley es el que regula la práctica del asiento de cancelación en los casos en que se extingue por completo el derecho inscrito, y el artículo 82 es el que prevé la forma en que se ha de proceder para ello, a saber, bien mediante la prestación del consentimiento para la cancelación por la persona adecuada o en su defecto por sentencia judicial firme, que es la regla general, o bien sin necesidad de estos requisitos cuando quede el derecho extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción, que es lo que sucede en el caso que se examina, y al sentar esta matización este párrafo 2o. del artículo 82 no ha hecho otra cosa que obviar la aparente rigidez del primer párrafo del mismo artículo que, como apuntaba la Resolución de 30 de junio de 1933 para la legalidad entonces vigente, podía hacer pensar que al consentimiento de los interesados se le diera más valor que a los preceptos de la Ley misma hasta el punto de que cuando ésta declaraba fenecidos los derechos se exigiera también aquel consentimiento;

“Considerando que la cláusula discutida trata de evitar que una certificación comprenda como contenido registral vigente una facultad que según los propios asientos del Registro está extinguida —y en esto se diferencia del supuesto que motivó la Resolución de 11 de diciembre de 1974 que versaba sobre cancelación automática por caducidad del asiento— y al deberse cancelar con arreglo a lo dispuesto en los artículos 79-2o. y 82-2o. de la Ley Hipotecaria, procede la aplicación del artículo 355 del Reglamento para su ejecución, a no ser que exista algún obstáculo que lo impida;

“Considerando que no supone ninguna merma de la autonomía de la calificación registral el hecho de que la misma escritura cumpla a la vez como título de la inscripción y en su día de la cancelación, pues en el momento en que se solicite o haya de extenderse este segundo asiento cancelatorio el funcionario calificador habrá de tener en cuenta las exigencias derivadas del principio de legalidad an-

tes de proceder a la extensión del asiento, así como, en su caso, el cumplimiento de las obligaciones fiscales a que se refiere el artículo 254 de la Ley Hipotecaria.”

c) *Trámites posteriores.* — Otorgada la escritura debe ésta presentarse dentro de los 30 días hábiles siguientes en la Oficina Liquidadora del Impuesto de transmisión de bienes y actos jurídicos documentados al objeto de liquidación y pago de tal impuesto, en su caso además en el Ayuntamiento correspondiente para pago del Impuesto de Plus Valía municipal y luego en el Registro de la Propiedad para su inscripción. De la primera presentación indicada deberá el Notario hacer expresa advertencia conforme a lo dispuesto en el art. 141 del Texto refundido de dicho impuesto de 6 de abril de 1967.

Cuando haya dudas acerca de la solvencia del vendedor, o se tenga poca confianza en su conducta, conviene presentar en el Registro de la Propiedad la primera copia de la escritura a fin de que se practique el oportuno asiento de presentación que dará fecha a la inscripción conforme al art. 255 de la Ley Hipotecaria siempre que después de pagado el Impuesto de transmisión de bienes se devuelva el título dentro de los 60 días de vigencia de dicho asiento.

d) *Ratificación de la compra.* — Si la inversión se hubiese realizado por la sociedad en la fase de constitución, antes de su inscripción en el Registro Mercantil, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el art. 7o. de la Ley de S.A. (si se tratase de S.A.) conforme al cual:

“La validez de los contratos concluidos en nombre de la sociedad, antes de su inscripción en el Registro Mercantil, quedará subordinada a este requisito y a la aceptación por la sociedad dentro del plazo de tres meses. En su defecto, los gestores serán responsables solidariamente frente a las personas con las que hubieren contratado en nombre de la sociedad.

“Los gestores podrán realizar antes de la inscripción los actos necesarios para la constitución de la sociedad, siendo de cuenta de ella los gastos que por esta causa se originen.”

En términos análogos se pronuncia para las sociedades de responsabilidad limitada el art. 6o. de la Ley reguladora del régimen ju-

**rídico de estas S.L., Lo que digamos en este punto de las S.A., puede ser aplicado a las S.L.**

El Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de junio de 1974 contempla un supuesto de aplicación del art. 7o. de la Ley de S.A., en el que se había celebrado un contrato de opción de compra de unos terrenos en la provincia de Málaga a favor de la compañía "Mediterranean Real Estate Establishment", S.A., en fase de constitución, constituida e inscrita después en Liechtenstein, en Vaduz. El Consejo de Administración ratificó los contratos de opción suscritos, pero el vendedor a quien no se notificó esta ratificación, comunicó su decisión de dar por resuelto el contrato primitivo, después de haber transcurrido más de tres meses desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

La cuestión llegó al Tribunal Supremo que en la Sentencia citada de 14 de junio de 1974, en sus Considerandos 4o., 5o. y 6o. proclama una interesante doctrina sobre el tema que estudiamos. Dicen así:

**CONSIDERANDO:** Que dentro de la legislación española, la norma fundamental a tener en cuenta de modo específico es la contenida en el art. 7o. de la vigente Ley reguladora del régimen jurídico de las sociedades anónimas de 17 de julio de 1951, similar a la antes citada del Principado de Liechtenstein de 1926, aunque no idéntica pues ésta, que no distingue entre actos necesarios y no para la constitución de la sociedad y habla con más amplitud respecto de los que actúan en nombre de la futura sociedad, emplea el término "asunción" al referirse a la conexión de las obligaciones contraídas, mientras que la expresión utilizada por la ley española es la de "aceptación" —que en ambos casos habrá de producirse dentro de los tres meses—, sin duda menos correcto pues aquélla es indicativa del hecho de que las obligaciones contraídas por otro repercutan por propia decisión en la nueva sociedad que es en verdad el fenómeno que se contempla y en cambio la segunda se presta a confusión con el concepto técnico que a la aceptación reserva nuestro Código civil, en el art. 1.262 como contrapartida de la oferta contractual: queriéndose decir con ello, en todo caso, y esto es lo importante, que el acto del mandatario es válido y producirá efectos —con su consiguiente responsabilidad— frente al tercero con quien trató, pero necesita de aquella "aceptación" en el indicado término de tres meses durante el cual el tercero

no puede revocar el consentimiento que prestó para que vincule a la sociedad en cuyo nombre se dijo actuar, dando lugar a una figura jurídica que la doctrina científica general interpretó de muy diversas maneras —como gestión de negocios ajenos, sucesión de la sociedad en los derechos y obligaciones del mandatario, representación directa o indirecta, transferencia “ex lege” del contrato, etc.— y que lo mejor de la española no tuvo inconveniente en admitir que se trataba de negocios hechos en favor de persona inexistente todavía, no quedando obligada la sociedad por nacer sino en el caso de que mediase su ratificación de acuerdo con el art. 1.892 del Código civil, al modo y manera como acertadamente entendieron ambos Juzgados de Instancia.

**CONSIDERANDO:** Que esta indispensable ratificación o si se quiere aceptación de lo hecho o asunción de sus consecuencias por el nuevo ente social implica una declaración de voluntad que normalmente deberá hacerse de un modo expreso pero que la Jurisprudencia de este T.S. tuvo buen cuidado en precisar que la ley no lo exige imprescindiblemente y puesto que “ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus” y no existe precepto alguno que se oponga a su otorgamiento de una manera tácita, ésta debe ser admitida, según proclamó la Sentencia de 5 junio 1972, recogiendo la doctrina antes expuesta en las de 21 octubre 1958, 3 febrero 1965 y 7 junio 1968 entre otras, pero siempre y cuando que el consentimiento se infiera de actos concluyentes o de inequívoca significación específicamente referidos al acto concreto de que se trate que no ofrezcan la menor duda frente al tercero que contrató con el mandatario o gestor quien, como es lógico y, al margen de la naturaleza recepticia o no de los mismos, tiene derecho a conocer que se ha producido, como mínimo indispensable de seguridad en el tráfico jurídico; lo que impide incluir dentro de su concepto las aprobaciones o ratificaciones de carácter genérico de la gestión llevada a cabo por representantes, gestores o promotores cual sucede en el supuesto de las fundaciones por el procedimiento de suscripción pública previsto en el art. 21 ap. letra a) de la Ley de 1951 que podrán tener una repercusión interna entre el gestor y la sociedad pero que nada tiene que ver con la relación externa respecto del tercer contratante ajeno por propia naturaleza a aquellas interioridades.

**CONSIDERANDO:** Que en el presente caso y como tantas veces se ha recordado, la sociedad en cuyo nombre se contrata el 23 y 31

marzo 1967, no se constituye ni inscribe en el Registro público de la ciudad de Vaduz hasta el 8 de junio, concediéndose poderes al anterior mandatario verbal, cuya gestión se aprueba, el día 14 del propio mes para ratificar las adquisiciones de bienes inmuebles que hubiese hecho en España, pero sin concretar ni especificar, criterio que se mantiene cuando más tarde y desde luego fuera del plazo de los tres meses que la ley exige, se le vuelven a conceder amplios poderes de actuación y ratificación en la reunión de 3 de julio del primer Consejo de Administración de la sociedad recién constituida, todo lo cual podrá afectar a la antes referida relación interna de mandato, pero, en contra de lo que sostiene en los dos recursos, es insuficiente por sí solo a los efectos del tercero que contrató con el mandatario retroactiva y genéricamente autorizado e impide afirmar que la aceptación o ratificación propiamente dichas hayan tenido lugar dentro del plazo legal y en la forma requerida por la ley, mientras no se demuestre otra cosa, lo que aquí no ha sucedido pues el resultado de las pruebas practicadas en el procedimiento seguido, permitió decir a la sentencia del primer grado —en punto que hace suyo la que ahora es objeto de impugnación— que “no se ha ratificado el contrato concluido en nombre de la sociedad”, declaración puramente de hecho que ha quedado incólume en este trámite al no haber sido ni siquiera combatida por la única vía utilizable del núm. 7 del art. 1.692 de la L.E. Civ., lo cual obliga a la desestimación íntegra de los dos recursos, sin necesidad de entrar en el examen particularizado de las motivaciones que articularon, que giran en torno de los conceptos que se acaban de exponer; salvo el que formula en nombre de la Compañía Mercantil “Mediterranean Real Estate Establishment” que presenta una distinta referente a la novación del 2o. contrato respecto del 1o. que constituye una cuestión nueva en casación de imposible acceso a la misma, por imperativo de lo establecido en el núm. 5o. del art. 1.729 de la misma Ley de Enjuiciamiento”.

Pueden sentarse las siguientes conclusiones en la interpretación del art. 7o. de la L.S.A. *en su párrafo 1o.:*

1o. Se aplica a todos los contratos concluidos *en nombre* de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil. Es indiferente a estos efectos que en la fecha de la celebración del contrato se hubiese otorgado o no la escritura de constitución. Basta con que se hubiese pactado antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

20. **Cámara entiende referida la hipótesis de la norma a la fecha de presentación de la escritura de constitución en el Registro Mercantil que será la fecha de la inscripción conforme al art. 30. de R.R.M.,<sup>13</sup> por tanto, una vez presentada la escritura en el Registro Mercantil, pueden los órganos sociales competentes realizar los contratos oportunos con terceros sin necesidad de ratificación conforme a este artículo 70. Pero no estoy muy seguro de que esta opinión pueda aceptarse sin reparos. El art. 70. de la L.S.A., subordina la validez de los contratos concluidos antes de la inscripción de la sociedad al requisito de esta inscripción. No lo refiere a la presentación sino a la inscripción. Y aunque es cierto que la fecha de la inscripción será la del asiento de presentación, ello será si se produce la inscripción y en el momento de contratar por hipótesis en el ejemplo propuesto la escritura está presentada pero la inscripción todavía no se ha producido, y no se sabe en tal momento si algún día llegará a producirse.**

Dogmáticamente es muy aceptable la posición de Cámara. Pero desde el punto de vista práctico que es el que aquí interesa creo deben tenerse en cuenta nuestras argumentaciones.

30. No importa que el contrato sea o no preparatorio de las futuras actividades sociales. Garrigues<sup>14</sup> cree que el art. 70. se refiere a esos contratos preparatorios como la compra o arrendamiento de locales, compra de maquinaria e instalaciones, etc. Pero la verdad es que esta limitación no aparece en el texto del precepto que comentamos. Y si bien es cierto que el art. 70. tiende a facilitar esos contratos que preparen el ulterior desarrollo del objeto social, no quiere decir que no pueda aplicarse a otros contratos. Sería difícilísimo en la práctica discernir en algunas sociedades si un determinado contrato encaja o no en esa línea preparatoria, o es una operación propia de la actividad social que ulteriormente se desarrollará (por ej. adquisición de un solar por una inmobiliaria). Pero más aún: si la sociedad se constituye con un objeto social de compra y venta de fincas y si se pacta que empezará sus operaciones el día de la firma de la escritura de constitución y el contrato de compraventa se otorga por el órgano competente por ej. el administrador después de firmada la escritura pero antes de la inscripción no creo que en este caso tal com-

---

13 *Estudios...*, I, pág. 371.

14 *Comentario de la L.S.A.*, I, 3a. ed., pág. 191.

**pravena requiera ulterior aceptación. Con todo en la práctica es conveniente que se dé sobre todo si es de alguna importancia.**

**40. Una vez inscrita la sociedad en el Registro Mercantil si acepta el contrato deberá cumplir los siguientes trámites:**

**a) Debe aceptar el órgano competente de la sociedad según el contrato de que se trate de conformidad con los Estatutos y la Ley, adoptando en su caso el acuerdo de forma legal.**

**b) La aceptación debe ser expresa o tácita pero especial para cada contrato, quiero decir que no basta una fórmula genérica como sería decir que “se aprueba la gestión de los fundadores o promotores” o “se aprueba la actuación de los gestores en cuantos contratos hayan otorgado en nombre de la sociedad” o fórmulas similares. Es necesario que la aceptación se refiera concretamente a los contratos que comprende.**

**c) Se expedirá en su caso certificación del acuerdo y si es preciso (por ej. contratos sobre inmuebles, derechos de propiedad industrial, etc.) se elevará a público.**

**d) Se notificará la aceptación a la otra parte contratante de cada uno de los contratos que se aceptan, cuya notificación se hará en forma auténtica.**

**e) La aceptación y consiguiente notificación deben llevarse a efecto dentro de los tres meses siguientes a la inscripción en el Registro Mercantil.**

**50. La otra parte contratante queda vinculada hasta que transcurran 3 meses desde la inscripción. Si transcurrido este plazo no se hubiera notificado la aceptación, podrá revocar el contrato. Pero si no lo revoca y en tanto no lo revoque y a su vez lo notifique a la sociedad podrá ésta aceptar aun pasados los 3 meses indicados.**

**60. Si la sociedad no acepta, los gestores serán responsables solidariamente frente a la otra parte contratante.**

#### 4. ANTE LA INVERSION EXTRANJERA

La inversión en España que pretenda efectuar una empresa extranjera, ofrece, como ocurre en todos los países, varios aspectos de entre los cuales entresacamos dos:

el de la *elección del medio o estructura jurídica* adecuada a través de la cual se pueda canalizar la inversión.

el de la *formalización notarial de la inversión* una vez que se ha efectuado la elección.

El primer aspecto ciertamente no se presenta con grandes dificultades cuando se trata de inversiones que no pretendan desarrollar la actividad de la empresa que la realiza <sup>15</sup> sino a lo sumo materializar las reservas de la misma.

Pero la que sí presenta dudas es la inversión consistente en el ejercicio en España de una actividad empresarial. ¿Qué medio es el que se debe aconsejar? ¿Qué estructura jurídica deberá adoptar?

Obsérvese que no se trata aquí de dar estructura jurídica, forma o ropaje jurídico a la empresa. De este tema nos hemos ocupado antes. Ahora de lo que se trata es de que la empresa extranjera con su ropaje, por ej, de S.A., ejerza en España una actividad empresarial valiéndose al efecto: o de una sucursal en España, o de una sociedad española filial, y ésta a su vez mediante su creación, o por vía de penetración en una sociedad preexistente.

Lo que no será posible es el ejercer directamente la actividad empresarial en España sin valerse de uno de los medios antes citados.

La creación de una sucursal de sociedad extranjera <sup>16</sup> no es en España en general de trámites complicados, aunque ciertamente requieren siempre autorización administrativa y las exigencias son ma-

---

15 Aunque, como ocurre con la inversión en inmuebles, la legislación española la considere en sí misma como actividad empresarial.

16 Me ocupo de este tema en mi reciente trabajo "Régimen jurídico del establecimiento de extranjeros", en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1978, págs. 99 y sigs.

yores en determinados sectores de la actividad económica sujetos en general a un control o a un mayor control como ocurre con el ramo bancario y el de seguros.

La creación de una sociedad en España, puede exigir trámites que dependerán del grado de participación que la empresa extranjera pretenda tener en ella, y además del sector económico en que se quiera desarrollar la actividad. En tanto la inversión se mantenga dentro de los porcentajes que permite la legislación española y que son distintos según la actividad<sup>17</sup> no será necesaria autorización administrativa siempre que el desembolso de la inversión se efectúe con alguno de los medios de pago que prevé el art. 2o. del Reglamento de Inversiones extranjeras en España de 31 de octubre de 1974. El trámite de constitución de la sociedad será entonces más sencillo que el de la sucursal.

Pero en cambio si se pretende superar el porcentaje permitido se precisará autorización administrativa; y así como la autorización exigible para crear una Sucursal es de competencia de la Dirección General de Transacciones Exteriores (Ministerio de Comercio), la competencia en cambio para la autorización que precisa la creación de la sociedad con inversión extranjera superior al porcentaje permitido, es del Consejo de Ministros. Y los trámites aquí son más dilatorios.

Ahora bien, si son más dilatorias, esto es cierto, la creación de la sociedad en España tiene la ventaja de una mayor facilitación de la ulterior actividad empresarial ya que esta sociedad, aun controlada por extranjeros, tendrá nacionalidad española y podrá actuar en el tráfico jurídico sin más restricciones que algunas de orden crediticio, otras de inversiones en otras sociedades, y la de precisar autorización militar para adquisición de inmuebles en zonas estratégicas (o como ahora se llaman: zonas de acceso restringido a la propiedad por extranjeros).

Las sucursales tienen ciertamente como las sociedades plena libertad en el desarrollo de la actividad autorizada pero están sujetas

---

17 El general en defecto de norma específica que establezca otra cosa será el del 50 por 100 que fija el art. 5o. de la Ley de Inversiones Extranjeras en España de 31 de octubre de 1974 y el 5o. de su Reglamento.

a mayores limitaciones no sólo crediticias sino también en inversiones mobiliarias e inmobiliarias. Por otro lado las Sucursales se hallan sujetas a ciertos controles mayores que los de las sociedades.

Si se opta por la creación de una sociedad, habrá que elegir el tipo social más adecuado para lo que nos remitimos a lo expuesto con anterioridad al hablar de las estructuras jurídicas.

Tratándose de S.A. será relativamente fácil en los casos generales el camino de la adquisición de acciones de una sociedad preexistente, fácil dentro de los porcentajes de participación extranjera permitidos y con la autorización de Consejo de Ministros si exceden de ella. Tendrá la ventaja de aprovecharse de una estructura jurídica ya creada, pero el inconveniente de los riesgos que puede ofrecer una situación patrimonial que por mucho que se intente aclarar puede a veces ofrecer aspectos oscuros o simplemente desconocidos en que la posibilidad de una sorpresa desagradable no se puede descartar.

El segundo punto que nos proponemos estudiar, el de la *formalización notarial de la inversión*, creo que merece ahora un mayor detenimiento.

Es muy importante el papel que desempeña el Notario español en el trámite de formalización de una inversión extranjera, importancia que sube de tono si se considera que las exigencias formales pueden incidir en la plena eficacia del negocio jurídico en que se materializa la inversión.

La formalización del negocio jurídico exige a su vez un primer examen del fondo sustantivo del mismo para verificar si se han cumplido las normas sobre control de cambios y en general las que regulan las inversiones extranjeras, tarea difícil, dada su complejidad, en la que se pone a prueba la pericia del Notario autorizante.

No podemos examinar aquí los aspectos de fondo sustantivos de la inversión extranjera que nos llevaría a escribir un tratado sobre la materia.<sup>18</sup>

---

18 Nos remitimos a nuestra obra *Contratación en España por extranjeros*, Madrid, 1976, dos volúmenes y a la obra de Alvarez Pastor y Eguidazu, *Control de cambios*, Madrid, 1977, dos volúmenes, en las cuales hallará el estudioso contestación a sus dudas, y sugerencias para nuevos estudios.

Queremos exponer aquí tan sólo los problemas formales con los que se enfrenta el Notario al que el inversor extranjero confía el encargo de dar forma jurídica documentando adecuadamente su inversión, y en donde el consejo del Notario tiene excepcional importancia.

Texto básico es el artículo 29 número 1 del Reglamento de Inversiones Extranjeras en España de 31 de octubre de 1974, conforme al cual:

“Las inversiones extranjeras se formalizarán en documento autorizado por fedatario público español. Dichos fedatarios públicos así como los registradores de la propiedad, con carácter previo al ejercicio de las funciones y atribuciones que les confiere la legislación vigente, deberán requerir a los particulares para que exhiban los documentos que acrediten haber obtenido las autorizaciones exigidas por la legislación de inversiones extranjeras en España.”

No quiere esto decir que el documento privado que pueda en algún caso firmarse como consecuencia de los primeros tratos, carezca en absoluto de valor. No. Tendrá o no lo tendrá. En todo caso el que le corresponda según la modalidad específica del negocio para alguno de los cuales será inexcusable la escritura pública.

Pero sí podemos y debemos asegurar que es peligroso para el inversor extranjero la firma de un documento privado que se relacione con una inversión:

1o. Por los inconvenientes mismos del documento privado que no es del caso examinar.

2o. Por las responsabilidades de toda índole, incluso penal, que podría atraer sobre sí en el caso de infracción. No habría aquí un “notario-pararrayos”.

3o. Porque dado el mecanismo legal de la inversión, no se produciría en la mayor parte de los casos la eficacia plena del negocio jurídico proyectado, ni quedaría a cubierto de todos los eventuales riesgos.

Cuando el Notario entra en contacto con el cliente inversor se le plantean a aquél una serie de problemas que tiene que resolver

en beneficio y seguridad del cliente. Los más importantes son aquellos en los que existe un posible riesgo de incurrir en una figura de delito monetario y que obviamente debe evitar a toda costa en bien del cliente y del propio Notario. Regla de oro en toda inversión extranjera en España es la de que los pagos (o cobros) derivados de la inversión no puede “realizarse” “mano a mano” sino en todo caso a través de una entidad bancaria con funciones delegadas de los organismos de control de cambios que lo son en la práctica casi todas las entidades bancarias. La regla deriva del artículo 30 número 1 del Reglamento de Inversiones Extranjeras conforme al cual: “Los cobros y pagos derivados de la inversión extranjera se domiciliarán en una entidad bancaria delegada, a elección del titular, a través de la cual se realizarán todas las operaciones exteriores relacionadas con dicha inversión”.

El desconocer esta regla puede acarrear consecuencias perjudiciales a veces irreparables para el cliente y que deben conducir al Notario a una negativa rotunda a la prestación de sus funciones dadas las responsabilidades que podrían recaer sobre él. De ahí que una vez más y sin perjuicio de que insistamos a lo largo de nuestra exposición, consideramos elemental que, el inversor, aun antes de cerrar el trato negocial consulte previamente a un Notario español a fin de que éste le vaya trazando el camino a seguir para realizar la inversión con plena protección de sus intereses y con seguridad absoluta de los derechos que pretende adquirir.

En la exposición de los problemas que el Notario debe abordar nos parece conveniente seguir el esquema usual en la redacción de una escritura. De este modo examinaremos los siguientes:

a) *Identificación de los comparecientes.* — El Notario debe identificar a los comparecientes bien por conocerlos directamente o en otro caso por cualquiera de los medios de identificación que prevee el artículo 23 de la Ley del Notariado. Para el inversor extranjero el procedimiento legal que se sigue en la práctica es el de su identificación por medio de la exhibición de su documento de identidad. Este procedimiento se hace indispensable toda vez que el régimen jurídico de la inversión puede ser distinto según que el extranjero sea residente o no residente en España. Cuando se trate de un residente la identificación se producirá por medio de la exhibición de su autorización de residencia expedida por los organismos compe-

tentes del Ministerio del Interior Español; dicha autorización debe estar vigente si bien se admite la presentación de autorización de residencia caducada siempre que se halle en trámite la petición de renovación. No obstante en este último supuesto deben adoptarse toda clase de cautelas y lo aconsejable para el Notario es la negativa a la autorización del documento en tanto no se presente la tarjeta correspondiente que acredite dicha renovación, todo ello ante el riesgo que entraña la posibilidad de que se hubiese ya pronunciado una resolución de la Administración negativa de la renovación que escapase al conocimiento del Notario. Para los residentes en el extranjero el medio adecuado será la exhibición del correspondiente pasaporte; o de su carnet tarjeta o documento nacional de identidad de su país respectivo si se trata de súbditos de países que no requieren pasaporte para su entrada en España, como ocurre por ejemplo con los alemanes, franceses, monegascos, belgas, holandeses, luxemburgueses, suizos y austriacos.

b) *Juicio de capacidad.* — Es uno de los problemas más graves para un Notario español cuando tiene frente a sí a un inversor extranjero ya que la Legislación española impone al Notario que exprese en la escritura que a su juicio el compareciente bien por sí, o en la representación que ostente, tiene capacidad legal suficiente conforme a su Ley nacional para el otorgamiento de la escritura que se proyecta. Cuando se trata de legislaciones conocidas, obviamente los problemas disminuyen. Pero a veces se personan en nuestros despachos ciudadanos de países cuya legislación es muy difícil de conocer por falta de publicaciones adecuadas que las recojan con el suficiente detalle. Se acude entonces al procedimiento subsidiario de exigir al inversor la presentación de una certificación consular de su país que acredite que el extranjero tiene capacidad legal para el negocio que pretende otorgar según su Ley nacional. En los casos en que dicha Ley en sus normas de conflicto se remita a la Ley española por existir algún elemento de conexión en nuestro país que lo permita, se aceptará el reenvío por imperativo de lo dispuesto en el artículo 12, apartado 2, del título preliminar del Código civil español.

Si el extranjero concurre en nombre de otra persona física, el Notario español deberá apreciar los aspectos formales del poder y si las facultades que se confieran al apoderado son bastantes para el acto de que se trate. En cuanto a lo primero la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo tiene declarado reiteradamente que el po-

der otorgado ante Notario extranjero se presume que lo está de conformidad con las leyes de su país salvo prueba en contrario de modo que en este caso si el compareciente exhibe un poder notarial extranjero, el Notario debe limitarse a comprobar la legalización de la firma del Notario extranjero por el procedimiento entre nosotros exigible que culmina en la firma del Cónsul español y en la legalización de esta firma por el Ministerio de Asuntos Exteriores español. Si se trata de países que hayan ratificado el convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros entre cuyos países se halla España (B. O.E. de 25 de septiembre de 1978), exigirá la formalidad de la apostilla, según el modelo que figura anejo al convenio y que es el siguiente:

### APOSTILLE

(Convention de La Haye du 5 Octobre 1961)

1. País .....

El presente documento público

2. ha sido firmado por .....

3. quien actúa en calidad de .....

4. y está revestido del sello/timbre de .....

### CERTIFICADO

5. en ..... 6. el día .....

7. por .....

8. bajo el número .....

9. sello/timbre de .....

10. Firma

Evidentemente que el Notario deberá examinar si la apostilla, en el caso en que sea aplicable, se halla refrendada por la autoridad

**competente según el país y que figura en el anejo al Convenio antes citado.**

**Obviamente que el poder podrá ser otorgado ante el Cónsul de España en el país de que se trate cuyo Cónsul en el extranjero tiene funciones notariales.**

**El examen de esta capacidad plantea problemas especiales cuando se trata de:**

**Extranjero casado que trata de realizar un acto de disposición sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles en España. Salvo en los casos de absoluta seguridad amparada en la fé pública registral es muy conveniente que el Notario exija el consentimiento de ambos cónyuges como medida de seguridad para el adquirente ante la existencia de normas en diversos países en los que incluso en régimen de separación exigen el consentimiento de ambos cónyuges para la disposición de determinados bienes como por ejemplo los que integran el hogar conyugal, o ante la eventualidad de un cambio de régimen económico que pueda ser desconocido por el otro compareciente y por el Notario.**

**Sociedades. La comparecencia ante Notario de la sociedad extranjera no hace falta decir que se llevará a cabo a través de persona física. Si ésta es un apoderado nos remitimos a lo que antes indicábamos acerca de los poderes en general, sin que en este particular se planteen problemas formales especiales. Pero si el representante de la sociedad es un órgano de la misma los problemas de enjuiciamiento de su capacidad suben de tono ya que para tal caso el Notario, una vez identificada la persona física, tiene que tener la certeza de que ésta se halla en ejercicio del cargo que dice ostentar en la sociedad, y que las facultades correspondientes a dicho cargo son bastantes para el otorgamiento del negocio jurídico que se pretende; pero además debe tener la certeza de que la sociedad en cuyo nombre pretende actuar el compareciente goza de personalidad jurídica de conformidad con las leyes del país de la misma.**

**Todo ello entraña una delicada tarea para el Notario español que cuenta con una sólida preparación jurídica gracias a la cual podrá interpretar los acuerdos, estatutos o actos o escrituras fundacionales o constitutivas de la sociedad en donde se hallen perfiladas las**

**facultades de conformidad además con la legislación por la que se rija la sociedad, cuya legislación tendrá que indagar. Bien se ve que la tarea entraña sus dificultades.**

El propio notario podrá formar su propio juicio si cuenta con los elementos básicos para ello entre los cuales será de gran ayuda la constancia auténtica de la inscripción del nombramiento del cargo en el Registro Mercantil o Registro de Comercio del país respectivo acompañado en su caso de las publicaciones en diarios oficiales si ello fuese exigible, dado los efectos positivos que a tal publicidad se reconocen en casi todas las legislaciones. Pero en caso de duda deberá acudir a la certificación consular que acredite tales facultades. Y, aunque no se halle consagrada en la legislación, la práctica de ciertos organismos admite que, en efecto de certificación consular, pueda acreditarse la legitimación, capacidad del compareciente y personalidad jurídica de la sociedad por medio de testimonio certificado o acta de notario extranjero del tipo "latino".

Los documentos que se exhiban al Notario como básicos para la actuación del compareciente deberán ser unidos a la matriz o testimoniados en todo o en parte o en relación. Y por supuesto deberán ser traducidos al español bien por el propio Notario si éste conoce el idioma en que se hallan redactados o bien por cualquiera de los funcionarios o personas que se hallen autorizadas conforme a la legislación española para efectuar estas traducciones con eficacia notarial y registral. Cabe también que tales documentos se unan a la copia pero no parece aconsejable que tratándose de elementos básicos para el otorgamiento queden separados de la matriz a fin de evitar dificultades ulteriores de prueba en casos de segundas copias u otros que se puedan presentar.

Tanto si el otorgante es una persona física como si es una persona jurídica debe el Notario exigir con carácter previo incluso a la aceptación del encargo de redactar la escritura las autorizaciones administrativas y certificaciones bancarias que puedan ser exigibles de conformidad con la legislación española. En este punto los notarios españoles deben extremar la diligencia a fin de evitar responsabilidades para el cliente y para el propio notario.

c) *Autorizaciones.* — Para determinados negocios jurídicos el extranjero debe proveerse de la correspondiente autorización admi-

nistrativa previa a la celebración del negocio, autorización cuya competencia para expedirla es de diversos ministerios u organismos de la administración pública según la índole de la operación proyectada. Cuando esta autorización es exigible ya hemos dicho antes que el Notario no debe prestar su actuación profesional dirigida a la redacción de la escritura en tanto no cuente con la autorización, independientemente de que pueda y deba asesorar al cliente en todo aquello que conduzca a la obtención de dicha autorización.

Una Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 29 de enero de 1975 por la que se regula el procedimiento de la declaración de inversiones extranjeras, dispone en su Norma Tres, 1:

“Los fedatarios públicos requerirán de los particulares, con carácter previo al ejercicio de sus funciones, los documentos que acrediten haber obtenido las autorizaciones administrativas exigidas por la legislación de inversiones extranjeras.

Si no los exhibieran, pero manifestaran contar con las correspondientes autorizaciones, el fedatario podrá intervenir en la operación haciendo constar la necesidad de justificar la posesión de aquellos documentos para la plena eficacia del acto. En estos casos esta circunstancia deberá indicarse en el correspondiente impreso de declaración.”

Como puede apreciarse desde el punto de vista de la legislación de control de cambios existe una flexibilidad importante que permite al Notario la firma de la escritura en los casos en que, siendo exigible la autorización, ésta no se exhibiera pero los inversores manifestaran contar con la misma, lo que puede ocurrir en casos excepcionales, siempre de urgencia, en que los gestores de la autorización tienen conocimiento cabal de que ésta se halla ya concedida aunque de momento no pueden obtener el correspondiente escrito dando traslado de la misma.

Aunque el Notario puede, repito una vez más, proceder a la redacción y firma de la escritura en estos casos, haciendo las oportunas advertencias dirigidas a salvar su responsabilidad, entiendo que de ordinario no debe proceder a la prestación de sus funciones por una elemental razón de prudencia ya que la trascendencia de tal autori-

zación, cuando es exigible, puede proyectarse sobre la eficacia misma del negocio jurídico en muchos casos y desplegar responsabilidades de varia índole. Sólo en casos muy excepcionales y en que el propio notario tenga conocimiento directo de la existencia de tal autorización (por ejemplo en virtud de una previa comunicación oral o epistolar con el funcionario competente) podría proceder o mejor dicho podrían desaparecer los obstáculos que entendemos deben ponerse por el propio Notario a su intervención en estos casos.

Abonan nuestra postura no sólo los argumentos antes expuestos sino además la consideración de que con mucha frecuencia en las autorizaciones administrativas que se conceden para las inversiones se suelen incluir limitaciones o condiciones relativas al negocio jurídico que se proyecta y que deben de algún modo tener reflejo en la escritura. Ni siquiera es prudente hacer una remisión general a la aceptación de estas limitaciones o condiciones que puedan incluirse en la autorización que se ha concedido, pero de la que no se tiene un cabal conocimiento, ya que dichas limitaciones o condiciones pueden ser de tal índole que lesionen de tal modo los intereses del inversor que éste no haría la inversión con tales limitaciones o condicionamientos.

Por eso, la misma fórmula que apunta el párrafo segundo de la Norma Tres, 1, de la Resolución antes transcrita, pese a sus buenos deseos que en todo momento alabamos, no debe ser utilizada más que en casos excepcionales y aun así con ciertas matizaciones que según el caso concreto puede ser oportuno introducir.

Dicho párrafo parece apuntar a la oposición de una condición suspensiva. Quizá no sea exactamente eso lo que haya querido tal precepto normativo, puesto que el sometimiento del negocio a la condición de la obtención o de la justificación de la obtención de tal autorización podría producirse en todo caso aun sin la existencia de tal precepto.

Ante una situación de urgencia y excepcional como la que estamos contemplando en la que además se pueda tener la certeza de obtención de la autorización bastaría reproducir en la escritura la fórmula del párrafo segundo de la Norma Tres, 1 de la Resolución antes citada siempre que tal certeza alcance a la inexistencia de limitaciones o condiciones en dicha autorización. En otro caso lo mejor, lo aconsejable, es que de una manera clara se someta el negocio a

**la condición suspensiva de la obtención de la autorización sin limitaciones ni condiciones, entendiéndose cumplida la condición con la obtención de dicha autorización pura y simple lo que se podrá acreditar mediante acta notarial a la que se incorpora el traslado de la autorización. Por el contrario se entenderá que la condición no se ha cumplido cuando tal autorización imponga limitaciones o condiciones (que no sean reproducción de textos legales vigentes), o cuando el pronunciamiento de la administración sea negativo de la autorización. En este caso como en el anterior se probará mediante acta notarial a la que se unirá el traslado de tal pronunciamiento o autorización limitada o condicionada.**

Obvio es decir que en la regulación negocial de esta condición suspensiva se pueden contener todas las previsiones imaginables de conformidad con los proyectos de inversión de los interesados dentro del marco de los límites y condicionamientos que estén dispuestos a aceptar.

**Una advertencia importante:** Cuando se solicita autorización administrativa exigible para el negocio de inversión que se proyecte, no obstante todas las previsiones que se puedan tener en orden a la conclusión definitiva de dicho negocio, en último término habrá de tenerse en cuenta la siguiente alternativa:

O se acepta la autorización en todos sus términos con todas sus limitaciones o condicionamientos que en ella puedan contenerse, o se rechaza y en este último caso no se celebra el negocio. Pero en el bien entendido que si la decisión es de celebrar el negocio al amparo de la autorización es conveniente y aún mejor es necesario recoger en la escritura tales limitaciones y condicionamientos, lo que se podrá hacer en algunos casos por simple remisión a las mismas con referencia al escrito de traslado que debe unirse a la matriz. Pero otras veces esta necesidad supondrá el cambio de redacción de algunas cláusulas o pactos que figuren en el proyecto. Por ejemplo, es frecuente que cuando se presenta un proyecto de constitución o creación de sucursal en España de una sociedad extranjera en demanda de autorización para dicha creación, se contenga un objeto o enumeración de actividades de la sucursal realizada en forma que peca de excesiva ambigüedad o de falta de concreción o abarcando actividades que los organismos de control de cambio consideran inconveniente se realice por tal sucursal según los intereses de la economía española

apreciados por dichos organismos. En tal caso es frecuente se conceda la autorización pero condicionándola a que el objeto de la sucursal se limite a cierta y concreta actividad. Se hace necesario en este supuesto, si se persiste en la idea de creación de la sucursal, el aceptar tal exigencia de la Dirección General de Transacciones Exteriores ya que de no hacerlo no tendría acceso al Registro Mercantil, se incurriría en infracción administrativa en el mejor de los casos y a la postre tendríamos que volver al dilema inicial: o aceptar los términos de la condición impuesta en la autorización, o no crear la sucursal.

d) *Certificaciones bancarias.* — En toda hipótesis de inversión extranjera en que sea preceptiva aportación dineraria exterior o de pesetas interiores, el Notario deberá inexcusablemente exigir antes de proceder a la firma de la escritura la exhibición de la correspondiente prueba de esta aportación dineraria. El Notario debe ser en este punto inflexible en la exigencia. Una contravención de las normas sobre aportación dineraria entrañará delito monetario o infracción administrativa con gravísimas consecuencias (según la cuantía) para el infractor y aun para el Notario autorizante. Hoy la infracción en este punto da origen a la figura de delito monetario. Cuando se apruebe como es de prever el proyecto de Ley sobre Régimen de Control de Cambios, actualmente en el Congreso, si se aprueba tal como se halla redactado el Proyecto, el tope que señala la línea divisoria entre la infracción administrativa y el delito monetario será de dos millones de pesetas. Actualmente cualquiera que sea la cuantía la infracción en este tema origina delito monetario.

Repito pues que el Notario no debe hacer concesiones a la confianza ni escuchar siquiera, para atenderlas, las promesas de una ulterior justificación de la aportación. Si no se exhibe la prueba de la aportación necesaria no se debe firmar la escritura.

La prueba de esta aportación se halla regulada por Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 25 de enero de 1975 sobre procedimiento de la declaración de inversiones extranjeras, en su norma Cuatro que dice así:

“a) En todos los supuestos de inversión, mediante talón o cheque girado contra una cuenta extranjera en pesetas convertibles (cuenta B); contra una cuenta extranjera para pagos en España

(cuenta A); o contra una cuenta extranjera en pesetas interiores, cuando se trate de pesetas interiores. En todos los casos será necesario que en el reverso del talón o cheque conste la conformidad del Banco, que se redactará en los siguientes términos:

“Se da conformidad al talón/cheque número ..... por un importe de pesetas ..... expedido con cargo a una cuenta extranjera de pesetas (A o B o interiores) cuyo pago al efecto de (expresese el concepto) compra o desembolso de valores o derechos, compra de inmuebles especificando su ubicación, etc., será comunicado oportunamente por esta Entidad delegada del Banco de España”.

“De no ser posible consignar en el reverso todas las menciones, podrá comenzarse en él y terminar en otro documento complementario, que deberá encabezarse con la mención del número del talón o cheque.

“b) En los supuestos en que la aportación se realice a los fines de ampliación de capital de Sociedades, constitución de las mismas, adquisición de participaciones o cuotas sociales no representada por acciones, o adquisición de inmuebles a que se refiere el capítulo VI del Reglamento de Inversiones Extranjeras, y se hubiera realizado con anterioridad, mediante certificación bancaria, que se redactará según el siguiente texto:

“Don ..... (inversor), ha dispuesto con cargo (especificuese si se ha hecho con cargo a cuenta propia, la clase de esa cuenta, A o B, o pesetas interiores, y si ha sido por transferencia o entrega de divisas convertibles, esta circunstancia y la clase de divisas y cambio aplicado), la cantidad de pesetas ..... al efecto de (expresese el concepto: Compra de valores con indicación del importe nominal y la Sociedad emisora; compra de inmuebles con expresión de su situación, etc.). Dicha inversión ha sido notificada al Banco de España a través del estado de comunicación de movimiento de cobros y pagos exteriores, número de orden ....., de fecha .....” (Dicha comunicación se efectuará de acuerdo con las instrucciones cursadas a la Banca delegada por la circular 4/1974, y con las que en lo sucesivo se dicten).

“c) En las inversiones de valores cotizados en Bolsa, cualquiera de los medios anteriores y también el adeudo en cuenta extranjera de pesetas”.

En el caso del aparato a) el Notario a quien se le exhiba el talón o cheque comprobará si se halla extendido de conformidad con lo dispuesto en la norma antes transcrita, reseñará los datos que lo identifiquen y hará constar en la escritura la entrega a la otra parte.

En el supuesto del apartado b) comprobará igualmente el Notario si la certificación bancaria se halla extendida de conformidad con el cliché recogido en la norma antes transcrita, e incorporará dicha certificación a la matriz de la escritura.

Hay que advertir que en la práctica las certificaciones bancarias acreditativas de aportaciones dinerarias se ajustan pocas veces al referido cliché. En este punto cabe cierta flexibilidad que se hace indispensable para no entorpecer en extremo la operación de inversiones, siempre y cuando que dicha certificación respete lo esencial de la exigencia normativa que en suma consiste en probar la existencia de tal aportación y la finalidad concreta a que se destina.

Pero deben rechazarse rotundamente las certificaciones bancarias redactadas con tal ambigüedad que prácticamente nada prueban o a lo sumo lo único que prueban es un simple cambio de divisas. El tacto del Notario, su olfato jurídico, le hará rechazar aquellas certificaciones que tanto sirven para esta inversión concreta que se trata de documentar como para cualquier otra inversión que se pueda realizar en cualquier momento. Ejemplo pernicioso de estas certificaciones es la que pudiera estar redactada en estos o parecidos términos "Certifico: que Don ..... ha cambiado tantos \$ Usa en pesetas para inversión en inmuebles", fórmula ésta u otras parecidas que una vez más repetimos deben rechazarse desde el primer momento sin dejar lugar a dudas.

e) *Partes o declaraciones de inversión.* — Tanto en los casos de inversión como de liquidaciones de inversiones, firmada que sea la escritura deberá formalizarse una declaración dirigida al Registro de Inversiones Extranjeras de la Dirección General de Transacciones Exteriores, en unos modelos preestablecidos distintos según la naturaleza del negocio y que se hallan regulados por la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores, de 25 de enero de 1975, sobre procedimiento de la Declaración de inversiones extranjeras. Los problemas sobre secreto profesional se han orillado desde el primer momento al exigirse que el propio inversor (o su repre-

sentante) firme la declaración solicitando del Notario la remisión del impreso.

Es importante que se cumplimente ya que servirá de base en su día para facilitar la transferencia al exterior de los rendimientos de la inversión, o el procedimiento obtenido con la desinversión.

f) *Provisión de fondos.* — El Notario no debe anticipar pagos por cuenta del extranjero para no incurrir en delito monetario. El extranjero no residente debe pagar los gastos que le correspondan con aportación dineraria exterior. Si se encarga el Notario (o por su mediación algún gestor) de tramitar el pago de impuestos e inscripción registral, lo prudente, y es la postura seguida hasta ahora, es que se verifique una provisión de fondos a tal fin.

Los problemas pueden surgir con la nueva Ley sobre régimen de control de cambios si no se regula adecuadamente este tema. El artículo 2o. contiene al menos dos apartados, el 2.b) y el 2.d) que parecen comprender el supuesto que contemplamos y pese a la norma del artículo 3o. creemos conveniente que en su día (si se mantiene la redacción del Proyecto) se dicte una norma por órgano competente, que liberalice de un modo claro esta provisión de fondos, y remisión en su caso del dinero sobrante.

g) *Advertencias generales.* — Se aplican las normas generales. En algún caso puede ser conveniente y aun aconsejable que se inserte en la escritura alguna advertencia relacionada con la conducta a seguir por el extranjero. Así en los casos de liquidación de una inversión inmobiliaria (o desinversión) por un residente en el extranjero, en la legalidad hoy vigente (posiblemente en la nueva regulación que desarrolle la proyectada Ley sobre régimen de control de cambios se someta a autorización previa) puede el extranjero repatriar todo o parte del precio obtenido en algunos casos y en otros se le negará tal facultad, dependiendo tal resultado en parte de circunstancias extrínsecas al negocio de desinversión, como por ejemplo si él a su vez utilizó o no como medio de pago de su adquisición una aportación dineraria exterior (Norma 6, circunstancia 1a. de la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 30 de julio de 1975), que el precio ahora obtenido no sea consecuencia de una actividad especulativa (Norma 6), circunstancias que pueden escapar a la apreciación del Notario al que por otra parte no se le

puede exigir que se erija en juez. En caso de que el actual desinversor no gozara de la facultad de transferencia al exterior de todo o parte del precio obtenido, el dinero obtenido no transferible tendrá la condición de “pesetas interiores” en tanto que el transferible se considerará en su conjunto como “pesetas convertibles”. Y en uno y otro caso deberán ser ingresadas en Banco con funciones delegadas.

Jamás se podrá llevar al extranjero el dinero obtenido “en maletín”. Lo que sea transferible se transferirá a través de la Banca. Las infracciones en este tema caen de lleno en la figura del delito monetario.

De ahí que sea aconsejable que el Notario en estas hipótesis añada las advertencias que normalmente se insertan en la escritura, que es la siguiente: “y en especial la (advertencia) de que el dinero obtenido como precio de esta compra-venta, deberá ser ingresado en una cuenta bancaria pendiente de aplicación”.

## 5. EN LAS RELACIONES CON EL ESTADO

Presentan estas relaciones muchas facetas en el ámbito del Derecho. Pero cabe reducirlas fundamentalmente a tres.

José Ignacio Monedero Gil.<sup>19</sup> pone de relieve con acierto las tres vías a través de las cuales la Administración pública se procura los bienes y servicios que necesita: la propia empresa, la imposición de prestaciones a los particulares, y acudir al mercado económico como un consumidor más. Se corresponden estas vías a los tres aspectos de Estado-empresa, Estado-poder y Estado-cliente.

El primer camino, *Estado-empresa*, autoabastecimiento de la Administración “no es en ningún modo —dice Monedero— solución generalizable en aquellos países de economía de mercado. Además sus posibilidades serán siempre limitadas salvo en países de corte socialista”.

---

19 *Doctrina del Contrato del Estado*, Madrid, 1977, págs. 192 y sigs.

Fundamenta su opinión en los siguientes argumentos:

“Una Administración pública ejecutándose sus obras y fabricándose suministros, por ejemplo, plantea serias dudas sobre la productividad de las organizaciones montadas al respecto; las leyes de la economía demuestran que sólo en la concurrencia puede conquistarse un costo mínimo. Además se ensancharía extraordinariamente el sector público a costa del privado, aumentarían los gastos fijos o consuntivos del presupuesto a costa de los de inversión, con la rigidez de movimiento que ello implica, y haría muy difícil una política coyuntural de gasto público renunciándose a uno de los instrumentos más eficaces con que cuenta el Estado para dirigir el desarrollo de las economías privadas.”

El segundo camino, *Estado-poder* tiene como manifestaciones más típicas la relación jurídico-tributaria y la expropiación forzosa para conseguir respectivamente dinero y bienes “in natura”, y cuenta además con otras manifestaciones que ofrecen menos interés para nuestro estudio, como son el servicio militar obligatorio, requisas, etc., y otros “en que la Administración opera coactivamente en el mercado de bienes y servicios para integrar en su esfera los que necesita”.

Para Monedero “La doctrina generalmente aceptada sienta, con referencia a los Estados occidentales, que la administración sólo debe acudir al ejercicio del imperio de forma subsidiaria o excepcional; donde haya lugar a un plano de convenio o negociación debe frenarse la acción ejecutiva”.

“Si la Administración precisa un terreno privado para construir una obra pública —añade— no debe poner en marcha el instrumento de la expropiación cuando puede adquirirlo a su precio justo mediante compraventa. Si la Administración demanda bienes y servicios que preexisten en el mercado no es racional ni justo que irrumpa coactivamente, rompiendo las leyes de la economía de concurrencia, cuya defensa es uno de los soportes mismos de la filosofía sobre la que aquélla se asienta”.

El tercer camino, *Estado-cliente*, por el que acude al mercado económico como un consumidor más surgiendo genéricamente la figura del contrato.

La bondad de esta vía, se basa para Monedero “en las ventajas que dimanen en favor de los partícipes de un mercado de libre competencia, en el rigor del comportamiento que implícitamente lleva la idea de contrato, en la racionalidad de costos que impone al consumo público y, en fin, por ser el procedimiento más respetuoso con la seguridad jurídica y la libertad de los ciudadanos. Al enjuiciar las potencialidades de la Administración pública no deben desorbitarse; ya se sabe que las leyes la facultan para incidir radicalmente en las personas y patrimonios privados. Pero los niveles de civilización y de sensibilidad jurídica impelen al rechazo de todo aquello que violenta el modo de ser habitual y espontáneo de las comunidades humanas”.

En resumen para Monedero el Estado-cliente debe ser la posición ordinaria y preferente; el Estado-poder y el Estado-empresa, fórmulas sustitutivas y secundarias respectivamente, que operarían sólo en casos concretos y justificados.

Pues bien, las tres vías enunciadas dan lugar o pueden dar lugar a relaciones de las empresas privadas con la Administración pública, de distinta naturaleza según los casos y en las que el consejo del Notario se puede manifestar con mayor o menor intensidad, con mayor o menor importancia práctica y aun con distinta eficacia. Trataremos de examinarlas brevemente:

a) *Estado-empresa*. — La intervención notarial se produce en una primera fase, en la creación de la empresa pública bajo la modalidad de empresa nacional, en la que la actuación consejera del Notario se verá limitada por cuanto la estructura jurídica de tal empresa viene impuesta por la ley sin posibilidad de elección. La Ley de 26-XII-1958 sobre régimen jurídico de las entidades estatales autónomas, en sus arts. 91 y 92 dispone:

Art. 91: Las Empresas nacionales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil y laboral, salvo lo establecido en este título y disposiciones especiales aplicables a las mismas.

Art. 92: Las Empresas nacionales habrán de ser constituidas precisamente como Sociedades Anónimas de Fundación simultánea su creación, y la participación que tengan en su capital el Estado o los Organismos autónomos deberá ser siempre mayoritaria, salvo que por Ley se autorice expresamente una menor participación.

Lo dispuesto en el párrafo anterior, relativo a la forma de las Sociedades y a la participación del Estado en ellas, será también aplicable en los casos en que las Empresas nacionales se constituyan por fusión o absorción de otras Sociedades preexistentes.

Por otra parte muchos de los problemas en los que el consejo del Notario puede ayudar a su resolución, y que tienen su punto de partida en la contraposición de intereses entre los grupos de fundadores no existen aquí cuando el único fundador y accionista es el Ente público, caso frecuente aunque no único, y que permite el art. 10 de la Ley de S.A. conforme al cual:

“En el caso de fundación simultánea o por convenio, serán fundadores las personas que otorguen la escritura social y asuman todas las acciones. Su número no podrá ser inferior a tres.

Se exceptúan de lo establecido en el párrafo anterior las Sociedades constituidas por Organismos estatales, provinciales o municipales, en aplicación de disposiciones vigentes.”

Por lo demás, la empresa privada puede entrar en contacto con la empresa nacional no sólo como cofundadora, sino en momento ulterior a través de la celebración de negocios jurídicos de los más variados en los que pueden aparecer como partes contrapuestas, muchos de los cuales demandarán la intervención del Notario en su formalización, y con ella la petición de su consejo.

b) *Estado-poder.* — Las relaciones jurídico-tributarias constituyen un amplio campo en donde la tarea de consejo puede tener un desarrollo inagotable. Al incidir el impuesto sobre las relaciones jurídico-privadas obliga a los ciudadanos a desviarse por cauces que, aun siendo legales, no son muchas veces los más idóneos a la finalidad que persiguen las partes. El consejo del Notario basado en un previo y profundo conocimiento del derecho tributario puede desempeñar aquí un muy importante papel, orientando al empresario por caminos lícitos y fiscalmente tolerables, que conduzcan al fin que se desea alcanzar con gastos justos y no desproporcionados, evitando por supuesto el fraude fiscal, pero también que por inexperiencia o ingenuidad se eligieran unos medios más gravosos con los que habría de soportar el empresario una carga superior a la que el propio Fisco tenía previsto imponer.

La ya excesiva presión fiscal que cada vez más ahoga a las empresas reduciendo progresivamente su libertad de iniciativa, arriesga conducir a éstas a una asfixia total. De ahí la importancia que tiene el tema, y lo recomendable que es un profundo estudio del Derecho fiscal que permita mejorar el importante servicio que el Notario puede prestar. Sería plausible que por los Colegios Notariales se organizaran periódicamente los oportunos coloquios sobre temas fiscales de actualidad que ayudarán a los colegiados en el desempeño de su misión.

c) *Estado-cliente*. — A través de los contratos en los que sea precisa o conveniente la forma pública notarial, surgirá la oportunidad del consejo y no sólo en los contratos de derechos privados sino también en los administrativos.

Para facilitar esta labor se hace indispensable fomentar al máximo la libertad de elección de Notario también por los entes públicos, armonizando esta posibilidad con las normas sobre turno a través de la oportuna organización en cada Colegio, como ocurre en la práctica en el Colegio Notarial de Madrid.