

RICARDO CABANAS TREJO - LETICIA BALLESTER AZPITARTE
NOTARIO NOTARIA

Contenidos

- 1. Resoluciones.**
- 2. Sentencias.**
- 3. Varia Fiscal.**
- 4. Otras noticias de interés.**
- 5. Comentario del mes.**

1.- Resoluciones.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO – DGRN-

DIRECCIÓ GENERAL DE DRET I D'ENTITATS JURÍDIQUES –DGDEJ-

50.- Res. DGRN de 16/02/2016 y de 19/02/2016. ADMINISTRADOR. DATOS PERSONALES.

No puede afirmarse que exista propiamente un error o una discordancia a efectos de la inscripción de la escritura por el hecho de que el administrador otorgante de la misma exprese un domicilio <<a tales efectos>> y en el Registro constar un domicilio distinto. Ciertamente, la indicación del domicilio del administrador tiene consecuencias legales que están vinculadas al mismo, pero tal circunstancia no puede impedir una inscripción como la solicitada en el presente caso, relativa al traslado del domicilio social, en la cual no han de hacerse constar ninguna de las circunstancias a las que se refiere el art. 38 RRM.

51.- Res. DGRN de 08/02/2016. ADMINISTRADOR. CADUCIDAD NOMBRAMIENTO. NOTIFICACIÓN.

En el caso el RM rechaza la inscripción del nombramiento de dos administradores solidarios, por considerar que al certificar tal acuerdo uno de los nombrados es necesario que tal nombramiento se notifique fehacientemente al anterior administrador único. Este último había sido nombrado el día 06/06/2011 por cuatro años, y el nombramiento de los nuevos tiene lugar el día 24/09/2015, es decir, pasados cuatro años y superado el límite para la aprobación de las cuentas anuales anterior, motivo por el cual alega el recurrente que el cargo del anterior administrador estaba vencido y caducado, según el propio RM, sin que fuera procedente la notificación del art. 111 RRM. Para la DGRN el precepto no establece una salvedad en el supuesto de que el anterior administrador tuviera su cargo caducado por transcurso de su plazo de nombramiento. Por eso, no habiéndose practicado la nota marginal del art. 145.3 RRM, la DGRN aplica la doctrina del administrador de hecho, al objeto de dar seguridad en el proceso de inscripción en el nombramiento de los administradores. Cita como refuerzo la Resolución de Consulta de fecha 20/11/ 2015 sobre convocatoria de Junta General por el RM [*NOTA: sorprende que la aplicación de esta doctrina quede condicionada por la aplicación previa del art. 145.3 RRM, que determina que el registrador hará constar la caducidad, mediante nota marginal, cuando deba practicar algún asiento en la hoja abierta a la sociedad o se hubiera solicitado certificación. Es decir, aunque el caducidad resulte de todos modos del RM, si antes se pide una certificación y se extiende la nota marginal, ya no hay que notificar al anterior, en otro caso sí. Se nos hace difícil ver dónde está la diferencia material entre uno y otro supuesto*].

52.- Res. DGRN de 10/02/2016. DEPÓSITO CUENTAS.

No se puede equiparar el escrito del auditor en el que manifiesta que no ha tenido a su disposición la información precisa para emitir opinión, para verificar las partidas que integran las cuentas, con aquel informe de auditoría emitido a la luz de la información aportada para ello (cualquiera que sea la opinión emitida).

53.- Res. DGRN de 29/02/2016. LIQUIDACIÓN SOCIETARIA.

El liquidador transmite un inmueble social a uno de dos socios, pactando que la transmisión sea definitiva, pero que si no llega a aprobarse el balance final de liquidación de la sociedad el título de adjudicación en pago de cuota de liquidación se modificará y convertirá en compraventa quedando obligada la transmisaria a pagar a la sociedad la cantidad en dinero, quedando anulado el pago parcial de cuota de liquidación. No es posible, sin embargo, llevar a cabo la liquidación de la sociedad,

cuyo régimen jurídico es imperativo, sin que conste el consentimiento del otro socio, ni la aprobación del balance final y sin que la escritura haya sido previamente inscrita en el Registro Mercantil. Además, el pago de la cuota de liquidación debe hacerse en dinero salvo previsión estatutaria o consentimiento unánime de los socios. Una situación de enfrentamiento entre los socios puede producir la prolongación excesiva de la liquidación y dificultar las labores legalmente encomendadas a la persona del liquidador, pero ello no impide la aplicación de las normas previstas en el ordenamiento ni la postergación de derechos individuales de los socios. La transmisión se lleva a cabo en pago de una deuda futura y no existe crédito o deuda hasta que se apruebe el balance final de la sociedad: el pago anticipado de la cuota de liquidación está prohibido por el ordenamiento jurídico, ya que no puede ponerse como condición lo que constituye un requisito legal.

54.-Res. DGDEJ de 17/12/15. PH. ELIMINACIÓN EXONERACIÓN CUOTA GASTOS.

La modificación del título constitutivo de la PH, por el cual se elimina la exoneración de la obligación de contribuir a los gastos de ascensor y escalera en favor de los dos locales del inmueble, puede hacerse con el voto favorable de 4/5 partes de los propietarios que representen 4/5 partes de las cuotas de participación, aunque voten en contra los titulares de los locales afectados. No se requiere el consentimiento expreso de estos últimos dado que el acuerdo modificativo no disminuye sus facultades de goce y disfrute, sino que supone el restablecimiento de la obligación legal de todos los propietarios de contribuir a la satisfacción de los gastos comunes.

55.-Res. DGDEJ de 17/12/15. RENUNCIA DE SERVIDUMBRE.

Las servidumbres se pueden extinguir por renuncia unilateral de las personas titulares del predio dominante. En la escritura calificada, los propietarios de cinco fincas situadas en una comunidad horizontal renunciaban a su derecho de servidumbre sobre la zona comunitaria de otro edificio, sin que pueda considerarse un perjuicio para los titulares del predio sirviente, que ven disminuidas las aportaciones externas y tienen que pagar más para mantener la utilidad de la piscina y de la zona verde, sin perjuicio de reclamar obviamente los gastos de conservación de la servidumbre devengados antes de la renuncia. No estamos ante una PH compleja integrada por diversos edificios separados por calles que tienen una zona comunitaria común, con su régimen jurídico correspondiente, ni tampoco ante una renuncia de un elemento común por el titular de un departamento privativo de una PH, regulada en el art. 553-45.2 CCCat.

56.-Res. DGRN de 08/02/16. OBRA NUEVA. GEORREFERENCIACIÓN.

Para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2015, la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Si existen dudas sobre si dicha porción se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, podrá también pedirse que conste inscrita, previa o simultáneamente, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique. Ahora bien, georreferenciación de la porción de suelo ocupada no necesita ser aportada en formato GML: cabe que se realice sobre plano o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquella. Tampoco es precisa la notificación a colindantes como regla general.

57.-Res. DGRN de 10/02/16. HIPOTECA. CLÁUSULAS ABUSIVAS.

El préstamo se concede con destino a las actividades económicas del prestatario y con garantía sobre la vivienda habitual del comerciante. Se opone por el registrador la

falta de proporción entre la cuantía de los intereses ordinarios (fijos del 17% durante toda la vigencia de la operación) y los de demora (tres veces el legal en el momento del devengo), ya que estructuralmente los primeros no pueden ser superiores a los segundos. Por otro lado, se retienen cantidades cercanas al 73% del capital, para el pago de la intermediación, deudas de la comunidad, tasación, ect. Respecto a la aplicación del Real Decreto Legislativo 1/2007 (TR Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios), no tiene lugar si el prestatario manifiesta que el préstamo se destina a su actividad económica: por tanto, las condiciones generales del contrato sólo pueden ser objeto de control de incorporación y de legalidad, pero no de transparencia sustantiva ni de abusividad. Señala la DG que el interés ordinario es un elemento esencial del contrato y por tanto, incluso si se tratase de un préstamo a consumidores, quedaría al margen de la calificación registral y de la ponderación judicial, fuera de los casos contemplados en la Ley de Represión de la Usura. Ahora bien, de acuerdo con la Resolución de 22 de julio de 2015, existen supuestos especiales de limitación objetiva: por ejemplo, que el interés ordinario no puede ser superior al moratorio. En cuanto a las cantidades retenidas, es perfectamente admisible si se trata de pagos a terceros por cuenta del deudor, no teniendo nada que ver con la identificación de los medios de pago.

58.-Res. DGRN de 10/02/16. CONDICIÓN RESOLUTORIA.

Para la reinscripción a favor del vendedor, una vez constatado el incumplimiento del pago del precio aplazado y por vía de resolución, es preciso que se acredite haber consignado en establecimiento bancario el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (175.6 RH). Ello incluye al titular del embargo trabado con posterioridad a la inscripción del derecho del comprador.

59.-Res. DGRN de 12/02/16. SEGREGACIÓN Y COMPRAVENTA DE FINCA RÚSTICA.

No se puede inscribir una segregación llevada a cabo en 1954 si ésta no cabe en la finca matriz de la que se pretende (no puede llevarse a cabo sobre una superficie mayor a la que consta registrada, si como consecuencia de segregaciones posteriores la finca matriz ha quedado agotada o disminuida). Es preciso que previa o simultáneamente se rectifique la superficie de dicha finca, lo cual debe ser solicitado por el titular registral de la finca resto y no simplemente por el comprador de la porción segregada. En otro orden de cosas, las divisiones o agrupaciones de fincas que se presenten a inscripción tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015 (el 1 de noviembre de 2015), deberán incluir representación georreferenciada con coordenadas de los vértices, cualquier que sea la fecha de su otorgamiento. Ahora bien, no será preciso el procedimiento del art. 199 si las diferencias superficiales no superan el 10% de la cabida inscrita, sin que resulten afectados los colindantes.

60.-Res. DGRN de 15/02/16. SEGREGACIÓN Y MODIFICACIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

Para la división, segregación o agregación de elementos privativos, el consentimiento que debe prestarse por los restantes propietarios es un acto para el que se atribuye competencia a la junta como órgano colectivo de la comunidad. La Ley 8/2013 flexibilizó la regla de unanimidad, siendo necesaria la aprobación del acuerdo por 3/5 partes de los propietarios que representen 3/5 partes de las cuotas de participación, además del consentimiento del titular y la fijación de las nuevas cuotas de participación. Igualmente, de acuerdo con los arts. 10.3 de la LPH y 26.6 del TR de la Ley del Suelo (Real Decreto legislativo 7/2015), se requiere previa autorización administrativa para dividir en dos el departamento privativo de una propiedad

horizontal, ya que no concurren ninguna de las dos excepciones del art. 26.6 (que el número y características de los elementos privativos resulte de la licencia de obras o que la modificación no provoque un incremento del número de elementos privativos). En cuanto al Derecho intertemporal, el arquitecto manifestaba en la escritura que la división tuvo lugar hace más de ocho años (plazo establecido en la ley del suelo autonómica aplicable, la balear, para la protección de la legalidad), y la DG revoca la nota de calificación, debiendo practicarse la inscripción sin la autorización administrativa, por admitir analógicamente la prescripción para inscribir no sólo edificaciones sino también divisiones y segregaciones antiguas, respecto a las cuales ya no procede adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su reagrupación forzosa.

61.-Res. DGRN de 15/02/16. COMPRAVENTA. PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO.

Se otorga compraventa entre alemanes, representados por el mismo apoderado, en la que el vendedor (casado en régimen de comunidad según Registro), manifiesta ser dueño con carácter privativo de la finca, estando el comprador casado "en régimen de separación de bienes con participación en las ganancias modificado". La entrada en vigor de la Ley de cooperación jurídica internacional no ha alterado la doctrina de la DG sobre la prueba del Derecho extranjero: el art. 36 del RH posibilita que se acredite mediante informe de notario, debiendo en tal caso el registrador motivar las razones concretas de su rechazo, sin que sea suficiente una referencia genérica de falta de prueba. En el caso concreto, no se alega ni se prueba por medio alguno el Derecho alemán para acreditar la validez del acto realizado, disposición y adquisición del inmueble.

62.-Res. DGRN de 17/02/16. HERENCIA. SUSTITUCIÓN VULGAR V. DERECHO DE ACRECER.

En la escritura de herencia de ambos padres comparece y se adjudica la totalidad de los bienes una de las hijas por haber premuerto la otra a los padres, dejando a su vez heredera a su hermana. En ambos testamentos se instituía herederas por partes iguales a las hijas, sustituidas vulgarmente por sus respectivas stirpes de descendientes y, en defecto de descendencia, por la esposa o esposo y, en defecto de ésta, por una vecina. Como regla general, la sustitución vulgar excluye el acrecimiento (debería comparecer la vecina junto con la hija sobreviviente), pero de los testamentos se infiere que era voluntad de los causantes que, sólo en caso de que no quedara ninguno de los cónyuges ni descendientes, heredara la sustituta vulgar extraña, prevaleciendo por tanto el acrecimiento entre las instituidas.

63.-Res. DGRN de 18/02/16. DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.

Al formalizar la entrega de la posesión de una finca, se pacta que la entidad transmitente, en caso de venta por la adquirente, tenga derecho de adquisición preferente "en iguales términos que los derechos de tanteo y retracto que tendría un arrendatario". El sistema de *numerus apertus* no significa que sea suficiente la voluntad o la denominación del derecho para que éste se considere real, sino que es necesario que en dicha figura concurren las características propias de un derecho real y que, si se trata de una figura nueva carente de regulación, se regulen todas sus consecuencias o se remita a los efectos jurídicos de otra figura. Debe expresarse en la escritura la naturaleza indubitadamente real de la figura, así como si es inscribible, las consecuencias en caso de incumplimiento, el plazo de duración y, en general, el contenido concreto y extensión de las facultades que integran el derecho.

64.-Res. DGRN de 18/02/16. VENTA EXTRAJUDICIAL.

El deudor designa en la escritura, como domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones, el que consta en la comparecencia, refiriéndose al de la entidad deudora y no al de su representante. Por ello, el notario intentó en primer lugar realizar la diligencia de requerimiento en el domicilio social, y sólo al encontrarlo cerrado realizó el segundo intento en el domicilio de la representante, que coincide con la finca hipotecada. El requerimiento hecho a un tercero en un domicilio diferente no satisface las garantías del art. 236-c del RH, pero si el propio destinatario, por sí o debidamente representado, se persona ante el notario al efecto de recibir el requerimiento, no se perjudica su posición jurídica.

65.-Res. DGRN de 19/02/16. HERENCIA. OBRA NUEVA ANTIGUA.

En las obras nuevas antiguas, el plazo de prescripción cuya causa de interrupción no se haya llevado a tiempo al Registro actúa, en el ámbito registral, como un plazo de caducidad. Ello sin perjuicio de los supuestos en que la finca se encuentre en una zona de especial protección (según el título o los asientos del Registro), ya que el registrador puede entonces apreciar la imprescriptibilidad de la infracción. Debe el registrador comprobar que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general (por ejemplo, normativa de carreteras), debiendo suspender la inscripción hasta que se acredite la resolución administrativa pertinente.

66.-Res. DGRN de 25/02/16. INMATRICULACIÓN. PUBLICACIÓN DE EDICTOS.

Cabe la publicación de edictos en el Ayuntamiento a los efectos de inmatriculación, conforme a lo que dispone el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, mediante documento expedido por el Ayuntamiento en el que consta un código seguro de verificación y se usa como firma electrónica el sello de Secretaría del Ayuntamiento. No es necesario aportar la certificación que acredite la exposición del edicto firmada por el Secretario del Ayuntamiento con el Visto Bueno del Señor Alcalde sino que el edicto puede publicarse en la sede electrónica del Ayuntamiento de acuerdo con la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

67.-Res. DGRN de 29/02/16. COMPRAVENTA DE FINCA SUBASTADA EN VENTA EXTRAJUDICIAL.

La liquidación del importe obtenido en la subasta no se ha realizado correctamente por cuanto necesariamente debería haber existido un sobrante en beneficio de los titulares posteriores: a las cantidades reclamadas e imputadas por principal, intereses ordinarios y de demora, se ha añadido una cantidad conjunta por comisiones, costas y gastos que excede de las garantizadas por cada uno de dichos conceptos, debiendo realizarse la liquidación de cada partida de forma separada. En cuanto a la modificación posterior del valor de tasación de la hipoteca (en este caso, a la baja), existiendo cargas intermedias, es posible la cancelación de las anotaciones de embargo intermedias que existen entre la inscripción de la hipoteca y la inscripción de su modificación por alteración del tipo pactado para subasta. Dichos titulares de cargas intermedias han tenido la oportunidad de ejercitar las acciones que les competan (de nulidad, rectificación, ect) y no pueden alegar indefensión.

2.- Sentencias.

TRIBUNAL SUPREMO -TS-
AUDIENCIA PROVINCIAL -AP-
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA -JPI-
JUZGADO MERCANTIL -JM-

19.- SSTS [Sala 1ª de lo Civil] núms. 23/2016 y 24/2016 de 03/02/16. Bankia: Oferta Pública de Suscripción (OPS) y Folleto informativo.

Los demandantes en primera instancia adquirieron en una sucursal de Bancaja de la que eran clientes acciones emitidas por Bankia acogiéndose a la oferta pública de suscripción de acciones promovida por dicha sociedad. Si bien su demanda se desestimó inicialmente por considerar que las acciones no son productos complejos y que su significado y funcionamiento en el mercado son fácilmente comprensibles, la Audiencia Provincial (de Valencia y de Oviedo, respectivamente) y la Sala 1ª del Tribunal Supremo, coinciden en admitir la acción indemnizatoria contemplada en la legislación del mercado de valores. Más aún, consideran compatible dicha acción con la de anulabilidad por error en el consentimiento. Aproximadamente un año después de tal adquisición, tras la intervención y rescate público de Bankia, el valor de las acciones había desaparecido prácticamente.

Para que las sociedades anónimas puedan acudir a esta vía de financiación, el legislador les impone un específico y especial deber de información: el folleto informativo que debe elaborar el emisor y que es objeto de una regulación exhaustiva. Una vez aprobado y registrado por la CNMV, permite al inversor tener los elementos de juicio necesarios y suficientes para decidir sobre la suscripción de tales acciones. En el caso enjuiciado, “la información económica financiera contable divulgada al público suscriptor resultó inexacta e incorrecta, en aspectos relevantes, primordiales y sustanciales como son los beneficios y las pérdidas de la sociedad emisora”: en particular, anunciaba un beneficio de 309 millones de euros, cuando las cuentas finales de Bankia del ejercicio 2011 reflejaban una pérdida real y efectiva de 3.030 millones de euros. Existe error en el consentimiento: no porque el suscriptor no conozca el significado real de tal clase de contrato, sino porque recae en las condiciones que han motivado su celebración.

Aunque los arts. 28.2 de la LMV (actual art. 38.3 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015) y 36 del RD 1310/2005 fijan una responsabilidad específica por la información ofrecida en el folleto por los daños y perjuicios que cause a los titulares de los valores adquiridos, no queda excluido el ejercicio de una acción de nulidad contractual por vicio estructural con la consiguiente restitución de aportaciones y efectos *ex tunc* (arts. 1265, 1266 y 1300 del CC), ya que “la suscripción de nuevas acciones es un negocio jurídico que debe cumplir los requisitos de validez de todo contrato y especialmente los que validan la emisión del consentimiento como elemento esencial de su perfeccionamiento”.

En nuestro Derecho interno, el conflicto entre la normativa societaria (fundamentalmente, art. 56 LSC) y la normativa de valores proviene, a su vez, de que, en el Derecho Comunitario Europeo, las Directivas sobre folleto, transparencia y manipulación del mercado, por un lado, y las Directivas sobre sociedades, por otro, no están coordinadas. No obstante, la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-174/12) confirma la preeminencia de las normas del mercado de valores sobre las normas de la Directiva de sociedades; o más propiamente, que las normas sobre responsabilidad por folleto y por hechos relevantes son *lex specialis* respecto de las normas sobre protección del capital para las sociedades cotizadas. El accionista es un tercero y su pretensión no tiene *causa societatis*, de manera que no le son de aplicación las normas sobre prohibición de devolución de aportaciones sociales.

20.- STS [Sala 1ª de lo Civil] núm. 28/2016 de 19/02/16. Ley de Marcas.

Una compañía mercantil, titular de dos marcas de carácter mixto (se conocen así las que se componen de la denominación y de un elemento figurativo, como la disposición ascendente o descendente de las letras) para distinguir productos de cuero e imitaciones, ejercita acción declarativa de violación de marca, acción de cesación y remoción y acción resarcitoria. Si bien la demandada dedujo demanda reconvenzional

contra la actora, ésta se desestima tanto en el Juzgado de lo Mercantil, como por la Audiencia Provincial de Madrid y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

La reconvencción consistía en solicitar la nulidad de la marca por encontrarse dentro de la prohibición absoluta de registro regulada en el art. 51.1.a de la Ley de Marcas, a cuyo tenor: “no podrán registrarse como marca los signos [...] que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que puedan servir en el comercio para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, la época de obtención del producto o de la prestación del servicio u otras características del producto o del servicio”. Ahora bien, además de incrementar la cuantía indemnizatoria, la Audiencia declaró que, aunque cada uno de los dos términos que integran el conjunto denominativo ("más" y "altos") puede formar parte de expresiones correspondientes al lenguaje normal para designar la función, su yuxtaposición, no habitual en su estructura, no constituye una expresión conocida para designar tales productos o para presentar sus características esenciales.

Para ello se basa en los principales pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo, como el que dio lugar al caso “Baby-Dry” (STJCE de 20 de septiembre de 2001), que justifica la prohibición de utilizar indicaciones exclusivamente descriptivas en la necesidad de cumplir la función de identificación de la empresa; o el del caso “Proctel” (STJCE de 29 de abril de 2004), que especifica que basta un carácter mínimamente distintivo para que no sea aplicable el motivo de denegación del registro. Para estimar perceptible una diferencia, dice el mismo Tribunal en su Sentencia de 12 de febrero de 2004 (asunto “Postkaantoor”), la combinación de elementos descriptivos debe crear una impresión suficientemente distante de la producida por la mera unión de dichos elementos.

21.- STS de 19/02/2016 Rec. 676/2015. SOCIEDAD CIVIL INTERNA. COMUNIDAD USO SOLIDARIO.

Se trata de una sociedad civil interna que tiene únicamente por objeto el uso de una cosa determinada; y todavía más en concreto, se trata de una sociedad interna de medios, con la finalidad de dotarse y compartir las dos socias la infraestructura inmobiliaria necesaria para el desempeño individual de su profesión de psicólogas. El problema surge por el uso que una de las socia hace de las zonas comunes del piso (instalación cámaras de seguridad y otros elementos). Para el TS no existe diferencia sustancial entre el art. 394 CC y la regla 2ª del art. 1695 CC; y cabe decir lo mismo del art. 397 CC y la regla 4ª del art. 1695 CC. Para el TS es apropiado aplicar el art. 398 CC a las relaciones internas, limitando la aplicación de la regla 1ª del art. 1965 CC a las relaciones con terceros. Distinto sería el caso si, por ejemplo, una de las socias/comuneras estuviera pretendiendo que se le aplicase la norma del art. 395 CC *in fine* - que permite al comunero eximirse de la obligación de contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común mediante la renuncia a su cuota-, a fin de eximirse de ese modo de su obligación de contribuir al pago de la renta a pagar por el uso del inmueble arrendado; porque parece seguro que la regla 3ª del artículo 1695 CC ha querido excluir, para el socio, dicha posibilidad de exoneración. Por todo ello, y de acuerdo con lo sostenido por las partes, el TS aplica en el caso las reglas de la comunidad de bienes. En consecuencia, si un comunero usa la cosa común respetando los límites del art. 394 CC, el otro o los otros comuneros no pueden impedirselo por el mero hecho de que aquél la usara el sólo, o de que -teniendo, por ejemplo, todos ellos cuotas iguales (art. 393.II CC)-, aquél la use más que el otro u otros. El mero hecho de que el referido uso de la cosa común sea el único, o de que sea proporcionalmente mayor que la propia cuota, no justifica el ejercicio por el otro u otros comuneros de remedios procesales para poner fin al mismo (reivindicatoria, desahucio, interdictos), ni

lo convierte en un uso ilícito que justifique una acción de resarcimiento, ni en un uso sin causa que permita fundar una acción de enriquecimiento injusto. El ejercicio por un partícipe de la facultad de uso solidario de la cosa común que le reconoce el art. 394 CC tampoco está condicionado a que exista un previo acuerdo de la mayoría de comuneros que así lo autorice. Lo que sería contrario a derecho es que un comunero utilizara la cosa común de un modo excluyente. Por todo ello ha de rechazarse toda pretensión de un comunero de limitar el ejercicio por otro de la facultad de uso solidario, cuando el concreto uso de que se trate beneficie a éste y no cause a aquél ningún perjuicio relevante.

22.- ATS de 17/02/2016 Rec. 2261/2014. ADMINISTRADOR RETRIBUCIÓN.

Los estatutos contemplaban una remuneración distinta a los miembros del consejo de administración por razón de funciones que le fueran delegadas, constando que durante años se fueron pagando dichas retribuciones, con consentimiento y conocimiento de la sociedad, constando en las cuentas anuales, con las retenciones fiscales correspondientes y se incluyeron en las certificaciones de renta. El TS rechaza por eso el argumento del conflicto de intereses no salvado.

23.- STS de 15/03/2016 Rec. 2448/2013. ASOCIACIÓN. IMPUGNACIÓN ACUEDO ASAMBLEA. CÓMPUTO PLAZO.

El cómputo del plazo de caducidad de la acción de nulidad debe hacerse desde la fecha de adopción del acuerdo, porque se trata de un plazo de caducidad y dicho día es el señalado en la norma jurídica. No obstante, en el caso el acuerdo no fue adoptado por el órgano legal y estatutariamente llamado a ello -la asamblea general-, sino por un órgano incompetente -la junta directiva-, lo que determina que los socios no pudieran tener conocimiento de su adopción, ya que ni podían estar presentes en la junta directiva, ni siquiera pudieron conocer la convocatoria y celebración de ésta. Tampoco resulta suficiente la notificación mediante publicación del anuncio en el tablón de anuncios de la entidad, puesto que ello podría tener alguna virtualidad si se tratase de acuerdo adoptado por la asamblea general, de cuya celebración estuvieran informados los socios, pero no cabe considerarlo suficiente cuando se trata de acuerdo adoptado por órgano incompetente, por lo que no podía haber una expectativa legítima de que los socios acudieran a informarse al tablón de anuncios. Por eso el TS admite que el plazo contara desde la notificación por carta a los socios.

24.- STS de 04/03/2016 Rec. 2467/2013. CONCURSOS ACREEDORES. CONCEPTO GRUPO.

Bajo la redacción originaria de la LC, no existía en nuestro ordenamiento jurídico mercantil un concepto unitario de grupo de sociedades, ni tampoco cabía entender que se empleara con el mismo sentido en la LC. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, para evitar equívocos sobre la noción de grupo de sociedades, introdujo la actual disposición adicional 6ª de la Ley Concursal, según la cual << a los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio>>. Con esta remisión, ahora queda claro que la noción de grupo, en toda la LC viene marcada no por la existencia de una <<unidad de decisión>>, sino por la situación de control, tal y como se prevé en el art. 42.1 Ccom, tras la reforma de la Ley 16/2007, de 4 de julio. Con esta referencia al control, directo o indirecto, de una sociedad sobre otra u otras, se extiende la noción de grupo más allá de los casos en que existe un control orgánico, porque una sociedad (dominante) participe mayoritariamente en el accionariado o en el órgano de administración de las otras sociedades (filiales). Se extiende también en los casos de control indirecto, por ejemplo mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la

capacidad de control, sobre la política financiera y comercial, así como el proceso decisorio del grupo. Y la noción de <<control>> implica, junto al poder jurídico de decisión, un contenido mínimo indispensable de facultades empresariales. Para ilustrar el contenido de estas facultades, sirve la mención que en la doctrina se hace al Plan General Contable, parte segunda, norma 19, que, al definir las <<combinaciones de negocios>>, se refiere al <<control>> como <<el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades>>.

25.- STS de 26/03/2016 Rec. 2903/2013. COMUNIDAD HEREDITARIA. DEUDA.

La vivienda de la herencia estaba gravada con dos hipotecas que garantizaban dos préstamos tomados exclusivamente por un hijo/heredero. Ante el impago de tales préstamos y la falta de efectivo suficiente en el caudal hereditario, el albacea propone y el resto de la comunidad hereditaria decide abonar la totalidad de lo pendiente. El importe preciso para realizar tales pagos a los prestamistas del hijo/heredero se obtiene mediante un préstamo que hace otro hijo/heredero, sin interés y a devolver por la comunidad hereditaria en el plazo de un año. Verificada tal operación se puso a la venta el inmueble citado. Se elabora por el contador partidor cuaderno particional en el que, entre otras operaciones, se dispone la adjudicación por iguales cuartas partes indivisas del inmueble mencionado a cuatro herederos, mientras al hijo/heredero se le adjudica un lote en metálico. En el pasivo se incluye una partida por razón de aquel préstamo, como consecuencia de ello en el lote de los cuatro primeros se incluye un crédito frente a su hermano. Para el TS la aplicación del art. 1158 CC resulta procedente en el presente caso, pues la hipotecante no deudora, a los efectos del citado artículo, tiene la condición de tercero interesado en el cumplimiento de la obligación. Posición que concurre en los coherederos que suceden a ésta y realizan el pago. Considerada la validez del pago, tampoco cabe establecer objeción alguna a la actuación particional de la albacea que incluye en el activo de la herencia el importe satisfecho para liberar la carga del inmueble de la herencia. En efecto, ante los incumplimientos del demandante y constante ya la comunidad hereditaria, la validez y finalidad del pago realizado debe reputarse como un gasto necesario para la preservación del valor del bien principal del haber hereditario, es decir, por razón o interés de la comunidad. Gasto que además, trae causa de los préstamos concedidos al coheredero demandante y cuyo pago también le ha sido útil y beneficioso al comportar la citada liberación de la carga que pesaba sobre el bien hereditario. Por lo que, aunque no lo consintiera, el gasto ha sido útil y debe ser a su cargo y responsabilidad, y no del resto de los coherederos. La comunidad hereditaria no pretende la subrogación en el crédito pagado, sino que se limita al pago de la deuda que libera de cargas al bien hereditario y, con ello, a ejercitar el derecho a recuperar las cantidades satisfechas en la medida de la utilidad o beneficio que para el deudor ha reportado el pago realizado. Pago que, a mayor abundamiento, se realiza respecto de préstamos ya vencidos y sin posibilidad de prórroga alguna: de ahí el efecto extintivo y liberatorio de la deuda para el coheredero demandante y consiguiente nacimiento de un nuevo derecho de crédito para los restantes con herederos que, dada la naturaleza y finalidad del pago, lo instrumentalizan correctamente en el marco de las operaciones particionales realizadas por el albacea designado.

26.- STS de 19/02/2016 Rec. 2251/2013. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

El enriquecimiento injusto tiene en nuestro ordenamiento no sólo la significación de un principio de Derecho aplicable como fuente de carácter subsidiario, sino muy acusadamente la de una institución jurídica recogida en numerosos preceptos

legales aunque de forma inconexa. Como principio general del derecho, cuya formulación sería <<nadie debe enriquecerse injustamente o sin causa a costa de otro>>, se aplica de forma subsidiaria, en defecto de ley y de costumbre, y también informa el Derecho patrimonial, para evitar que puedan producirse enriquecimientos injustos, y contribuye a su interpretación en tal sentido. Como institución jurídica autónoma (enriquecimiento sin causa), y sin perjuicio de las eventuales previsiones legales, su aplicación descansa sobre la concurrencia de un elemento económico (la ganancia de uno, correlativa al empobrecimiento de otro, mediando un nexo de causalidad entre ambas), y una condición jurídica (la ausencia de causa justificativa). En el presente caso la aplicación del instituto del enriquecimiento sin causa radica en que el bien adjudicado en subasta también comprende elementos ajenos al objeto del procedimiento de la ejecución seguida, esto es, no sólo el solar correspondiente a la finca registral, sino también, por aplicación del derecho de accesión, la adjudicación de lo edificado en el mismo. Con lo que la aplicación del instituto no cuestiona la divergencia entre el precio de tasación y el de adjudicación, sino que pone de relieve la ausencia de valoración de un elemento indebidamente comprendido en el bien adjudicado, con la consiguiente "ganancia" del adjudicatario, que nada paga por lo edificado, con un valor varias veces superior al solar objeto del procedimiento de ejecución. Atribución económica no prevista o autorizada en el marco de dicho procedimiento, ni tampoco por la accesión resultante que trae cause, como mero "*effectum iuris*", del procedimiento de adjudicación seguido.

3.- Varia Fiscal.

TRIBUNAL SUPREMO –TS-

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA –TSJ-

AUDIENCIA NACIONAL –AN-

TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL -TEAC-

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS –DGT-

21.-STSJ de Andalucía [contencioso] de 11/01/16. IIVTNU. Cancelación anticipada del derecho de superficie.

Cuando el derecho de superficie se extingue anticipadamente, mediante contraprestación económica, se produce una transmisión sujeta a plusvalía municipal.

22.-Consulta DGT de 16/12/15, V4053-15. ITPAJD. Accesión y ocupación.

No están sujetos al impuesto de TPO los modos originarios de adquisición de la propiedad (accesión, ocupación, prescripción adquisitiva), por faltar la tradición. Se trata de un supuesto de no sujeción. Tampoco las donaciones y sucesiones, en las que falta la onerosidad.

23.- STS [contencioso] de 21/12/15, rec. 2068/2014. IRPF.

El Tribunal Supremo confirma su doctrina: para determinar la ganancia patrimonial en el IRPF obtenida por la venta de un inmueble, se estará al valor comprobado por la administración tributaria autonómica a efectos de TPO.

24.- STJ de Castilla y León, Valladolid [contencioso] de 11/01/16. ISD. Prescripción.

La prórroga del plazo para presentar autoliquidación por el Impuesto de Sucesiones se entiende concedida si, transcurrido un mes desde la presentación de la solicitud con todos los documentos completos, no se ha notificado acuerdo en contrario. Ahora bien, dicha presentación interrumpe el plazo de prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria.

25.-Resolución del TEAC de 18/02/16. IIEE. Motivación de infracciones y sanciones tributarias.

La utilización de la expresión “*analizadas las circunstancias concurrentes la conducta del obligado tributario ha sido negligente sin que se aprecie ninguna causa de exoneración de la responsabilidad*” no supone motivar suficientemente el elemento subjetivo de la culpabilidad en una resolución sancionadora; bien al contrario, resulta una fórmula generalizada y estereotipada que no es motivación suficiente para apreciar la culpabilidad del presunto infractor. Una vez anulada una sanción por resolución o sentencia por falta de motivación, al tratarse de un elemento esencial, le queda vedado a la Administración el inicio de un nuevo procedimiento sancionador.

26.-Resolución 1/2016, de 3 de marzo, de modificación de la resolución 4/2009, de 10 de julio, de la DGT de Cataluña.

La figura catalana del pacto de supervivencia ya no tributará en ningún caso como renuncia a favor de una persona determinada (aceptación y posterior donación), sino en todo caso como una renuncia pura y simple, que supone el acrecimiento de la herencia. Por tanto, en la renuncia del pacto de supervivencia, se entenderá que nunca adquirió el supérstite la participación del difunto, integrándose en el caudal relicto del premuerto.

4.- Otras noticias de interés.

35.- Importante sentencia sobre eficacia de los pactos parasociales. STS de 25/02/2016 rec. 2363/2013.

El supuesto de hecho de la sentencia resulta de gran interés. Respecto de dos sociedades familiares, una SA y una SRL, el padre hace la misma donación a sus dos hijos de acciones/participaciones, con el reparto entre ambos al 50 %, pero con el mismo número de acciones/participaciones en cada sociedad sujeto al usufructo del padre. En las dos escrituras de donación la reserva a favor del padre le atribuye todos los derechos inherentes a la condición de socio, especialmente el derecho de voto. Los estatutos de la SA nada dicen al respecto, y por eso resultaba aplicable la norma legal supletoria del art. 67 LSA. En los estatutos de la SRL se dice justo lo contrario de la escritura, es decir, que la cualidad de socio reside en el nudo propietario y al usufructuario sólo corresponde el dividendo. Durante años el padre no hace uso de su derecho de voto, sin embargo, cuando las diferencias entre los dos hijos se han insuperables, el padre vota con uno de ellos determinados acuerdos en JG, que son después impugnados por el otro hijo por existir vulneración de la LSA y de los estatutos de la SRL, ya que el voto de las acciones/participaciones de su propiedad, sujetas al usufructo de su padre, le corresponde como nudo propietario. Para este hijo el eventual incumplimiento del pacto incluido en la donación se debe resolver en una reclamación entre los contratantes, pero la sociedad no puede desconocer la regla legal/estatutaria sobre la legitimación para el ejercicio del voto.

El TS destaca que no se trata de una impugnación por no haber respetado en el acuerdo el pacto parasocial, sino justamente del supuesto inverso donde la mesa de la junta ordena la votación con arreglo al pacto, y aparentemente en contra de las reglas legales/estatutarias. El TS confirma la sentencia de la AP, que en contra de la opinión del JM había desestimado la demanda de impugnación. El TS insiste en el papel integrador de la buena fe como directiva de comportamiento, no sólo en las relaciones de los socios entre sí, también frente a la sociedad. Para la sentencia: "*infringe las exigencias derivadas de la buena fe la conducta del socio que ha prestado su consentimiento en unos negocios jurídicos, de los que resultó una determinada distribución de las acciones y participaciones sociales, en los que obtuvo ventajas (la adquisición de la nuda propiedad de determinadas acciones y participaciones sociales) y en los que se acordó un determinado régimen para los derechos de voto asociados a*

esas acciones y participaciones (atribución al usufructuario de las acciones y participaciones sociales transmitidas), cuando impugna los acuerdos sociales aprobados en la junta en que se hizo uso de esos derechos de voto conforme a lo convenido". Como es habitual en este tipo de casos, el TS da gran importancia al substrato personal de la sociedad; dice la sentencia: "quienes, junto con el demandante, fueron parte este pacto parasocial omnilateral y constituyen el único sustrato personal de las sociedades, podían confiar legítimamente en que la conducta del demandante se ajustara a la reglamentación establecida en el pacto parasocial". A la vista de todo esto, el TS matiza su doctrina general en la materia: "aunque la jurisprudencia de esta Sala ... haya firmado que los pactos parasociales no pueden servir como fundamento exclusivo de una impugnación de los acuerdos sociales adoptados en contradicción con tales pactos, cuando la situación es la inversa, esto es, cuando el acuerdo social ha dado cumplimiento al pacto parasocial, la intervención del socio en dicho pacto puede servir, junto con los demás datos concurrentes, como criterio para enjuiciar si la actuación del socio que impugna el acuerdo social respeta las exigencias de la buena fe. Y eso es lo que ha hecho la Audiencia en la sentencia recurrida".

5.- Comentario del mes.

EL MONSTRUO JURÍDICO QUE HAY QUE DESTERRAR

El 1 de enero de 2016 comenzó para las SCP's una cuenta atrás para optar por una de dos opciones: las que desarrollen un objeto mercantil pueden disolverse antes del 30 de junio sin coste fiscal alguno, o bien pasarán a ser automáticamente contribuyentes por el Impuesto sobre Sociedades. La fiscalidad, como la contabilidad o el Derecho laboral, ha tenido tal afán en ocasiones de regular su propio objeto, que ha llegado a prescindir del Derecho civil o mercantil. Así, la AEAT asigna sin mayor reparo un NIF a las comunidades societarias para que actúen en el tráfico, mientras doctrina y jurisprudencia se ponen de acuerdo en negarles personalidad jurídica si no se constituyen en escritura pública. Para el mercantilista PAZ-ARES, se trata de monstruos jurídicos que hay que desterrar.

Si no quieren los socios dejar de tributar por el régimen de atribución de rentas de la Ley del IRPF, pasando a tributar la sociedad civil por el Impuesto de Sociedades, pueden disolverse en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la previsión añadida por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre. En tal caso, la Disposición Transitoria 19ª de la Ley del IRPF establece que la disolución quedará exenta del impuesto de Transmisión Patrimoniales Onerosas (modalidad Operaciones Societarias, que tributa al 1'5%), del impuesto de plusvalía municipal y de la renta o ganancia o pérdida patrimonial en IRPF, IS o IRNR, según el socio adjudicatario sea persona física, jurídica o no residente con sucursal en España.

Si optan por quedarse, lo lógico es que, ante idéntica tributación, pasen a gozar del beneficio de la responsabilidad limitada. Por ello, la escritura pública de moda esta temporada primavera-verano 2016 es la de transformación de sociedad civil en limitada. A los acreedores sociales ese cambio de traje no les producirá ni frío ni calor, ya que los socios seguirán respondiendo ilimitadamente y de manera solidaria (aunque esto último pueda discutirse) de las deudas sociales anteriores a la transformación. No gozan, por tanto, de derecho de oposición.

La Agencia Tributaria publicó en su página web el día 22 de diciembre un documento de instrucciones internas: advierte que adoptará un criterio estrictamente formal a la hora de distinguir entre sociedades civiles que pasen al régimen del Impuesto sobre Sociedades y las comunidades de bienes, que se mantendrán en

atribución de rentas del IRPF. Básicamente, le asignará un NIF "J" ó "E" respectivamente según cómo se llame a sí mismo el administrado ante el funcionario de Hacienda en el momento de solicitarlo. Ni que decir tiene que este criterio traerá una larga cola de conflictos y de inseguridad jurídica. En dos días, la Dirección General de Tributos contestó más de veinte consultas vinculantes sólo respecto a cómo distinguir las actividades mercantiles, que se ven afectadas por el cambio normativo, de las estrictamente civiles, que pueden mantenerse como están.

Un criterio orientativo, aunque no infalible, es distinguir las primeras entre las actividades que tienen asignada su propia Tarifa en el Impuesto de Actividades Económicas: por ejemplo, la intermediación inmobiliaria (consulta de la DGT V2392/2015, de 28 de julio), la venta al por menor de juguetes y artículos de deporte (consulta V2378/2015 del mismo día) o el asesoramiento fiscal y contable ([V2412/2015, de 30 de julio](#)). En cambio, se consideran civiles y se salvan del cambio fiscal la ganadería (explotación de ganado vacuno de leche, consulta V2381/2015, de 28 de julio), la pesca (consulta V2393/2015, de 28 de julio), la agricultura (explotación agrícola de secano y regadío, consulta V2380/2015, de 28 de julio) o el ejercicio de profesiones liberales: por ejemplo, la abogacía (consultas V2395/2015, de 28 de junio, y V2376/2015, de 28 de julio) y la farmacia (consulta V3450/15, del 22 de diciembre).

Incorporamos a continuación dos artículos publicados en prensa en las últimas semanas, siendo objeto de publicación inminente el próximo número de la revista "Cuadernos de Derecho y Comercio", en la que aparece el artículo más extenso SCPs: TRANSFORMARSE O MORIR: ANÁLISIS DE LOS CAMBIOS EN LA TRIBUTACIÓN DE LAS SOCIEDADES CIVILES CON OBJETO MERCANTIL EN EL EJERCICIO 2016 AL HILO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015 RELATIVA A LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD IRREGULAR.

SOCIEDADES CIVILES: DESCATALOGADAS. Artículo publicado en el Diari de Tarragona, febrero de 2016. Tribuna. *En colaboración con Juan E. Ballester Colomer*

Los empresarios pueden actuar con distintos trajes jurídicos, y como en la moda, hay un amplio catálogo que va desde la alta costura de la sociedad anónima, o el prêt-à-porter de las sociedades limitadas -2.650.000-, hasta lo peor desde una perspectiva jurídica, que sería como presentarse en chándal. Nos referimos a las sociedades civiles y a las comunidades de bienes que hay 750.000 (el doble que anónimas y nueve veces el número de cooperativas), pero que carecen de una regulación y la publicidad adecuada a pesar de ser empresas en funcionamiento.

El motivo de este artículo es que las sociedades civiles (1) con personalidad jurídica y (2) objeto mercantil, van a ser descatalogadas, pues durante este año 2016 han tomar la decisión de disolverse con incentivos fiscales, transformarse en sociedades mercantiles o mantenerse con un profundo cambio en su fiscalidad y contabilidad que los asemeja a empresarios sociales más refinados.

Determinar cuáles son las sociedades obligadas, según el artículo 7, 1, a) de la Ley 26/2014 del Impuesto de sociedades, en vigor en enero, no es sencillo pues la sociedad civil es el único ente jurídico en el que, unas tienen personalidad jurídica, y otras no. Y porque no está nada claro determinar cuándo su actividad es civil o mercantil.

Respecto a qué sociedades civiles poseen personalidad y cuáles no, depende de la interpretación del artículo 1. 669 del Código civil. A alguien se le ocurrió en 1889

que, tenerla o no, dependería de que los pactos entre los socios no fueran secretos, y los juristas llevamos desde entonces batallando si es la escritura pública o la inscripción en el registro mercantil la que le otorga la personalidad. La cuestión, desgraciadamente, ha dependido de si la Dirección General de los Registros y del Notariado era pro-notarial o pro-registral. Y de hecho se intentó que pudieran ser objeto de inscripción voluntaria en el Registro mercantil mediante una reforma del Reglamento Hipotecario de 2000, posteriormente anulada por el Tribunal Supremo, y que ahora confirma que la no registromercantilización ha terminado llevándolas a la sociedadmercantilización.

Para ir al grano, ostentan personalidad jurídica las sociedades civiles que tengan un NIF J, ya que la autoridad fiscal ha decidido que la personalidad se la da el hecho de que presenten en Hacienda el documento de constitución de la SCP, aún privado, pues considera la DGT que la misma presentación implica falta de secreto de los pactos. El churro consiste en que, a pesar de que Hacienda no es un registro público que pueda informar a terceros, debe suponer que presentar un documento en ventanilla produce conocimiento general porque "Hacienda somos todos".

El segundo requisito para averiguar si su sociedad civil está afecta a la obligación de transformarse o disolverse es que desarrollen un objeto mercantil y a este respecto también los juristas llevamos tiempo discutiendo. La actividad es claramente mercantil si usted fabrica carpintería metálica, alquila inmuebles, vende caramelos, invierte en bolsa, es api, o tiene una cafetería; pero tradicionalmente se ha cuestionado si realiza actividades agrícolas (agroturismo), ganaderas (pesca de bajura, piscifactorías), artesanales, profesionales, artísticas o científicas.

En la actualidad, regresando al grano, deberá usted tributar por IS, si al NIF J, se añade la sub-clave (CITIPO) 76 o 75, y su empresa está asignada a los códigos A01, A03 (salvo mineras), A04 y A05 del Impuesto de Actividades económicas. Aunque las nuevas tendencias proporcionadas por el Proyecto de Código de Comercio extenderán prácticamente la actividad mercantil a toda producción de bienes o prestación de servicios incluidos profesionales, artísticos o científicos, como escribir este suelto.

Respecto de las comunidades de bienes, NIF F, que fueron calificadas por Paz Ares como una creación monstruosa de Hacienda (y que es la sudadera que llevan puesta los registradores mercantiles, "en casa del herrero, cuchillo de palo"), no han quedado afectas a esta nueva obligación y siguen tributando por atribución de rentas. Pero hablando de inclinaciones, la fiscalidad ya apunta maneras (en la deducción de empleo del IRPF, o en materia de AIE) de tratarlas como sociedades "porque actúan como sociedades", de forma que ésa será, sin duda, la próxima confección de la fiscalidad.

En esta reforma no se han atrevido a incluirlas en el mismo régimen que el de las sociedades civiles con objeto mercantil porque los fiscalistas todavía conservan un ligero temor reverencial a los juristas, pero no hay ninguna razón desde su perspectiva tributaria para no extender su misma solución a un supuesto análogo: te dan un NIF y ejercen el comercio. Hasta entonces, los jurisconsultos seguirán filosofando sobre el sexo de los ángeles, y tampoco daremos una respuesta de tipicidad alguna a esa realidad que representa casi el 5% de los trajes que usan los empresarios (generalmente autónomos), para ejercer el comercio.

Hace ya algunos años que el Derecho mercantil va perdiendo su papel informador del ordenamiento jurídico comercial, y ahora camina a remolque de las normas contables, fiscales, industriales, competenciales, laborales... que van al tajo. Se publican los datos de fraude fiscal, pero no se dice la relación de contribuyentes que disienten, ni el alto porcentaje de dinero que deberá serles devuelto por orden de los

tribunales. Cuando la fiscalidad suple las carencias de los juristas, como faltan los principios generales del Derecho, se producen graves problemas de seguridad jurídica.

¿ESTÁ USTED MUERTO? Artículo publicado en el Diari de Tarragona, 9 de marzo de 2016. Tribuna. *En colaboración con Juan E. Ballester Colomer* (<http://www.diaridetarragona.com/opinio/tribuna/58368/%C2%BFesta-usted-muertos#.Vt9qJcXKiwQ.twitter>)

La Ley de Sociedades profesionales, de 15 de marzo de 2007, estableció en su Disposición transitoria primera que las sociedades en cuyo objeto social figuren actividades profesionales (dentistas, médicos, abogados, ingenieros, fisioterapeutas, graduados sociales, arquitectos...) debían adaptarse a la misma, disponiendo que los registradores mercantiles, en caso de incumplimiento, las cancelarían de oficio inmediatamente transcurridos 18 meses desde su entrada en vigor. Y para explicar por qué les tiembla el pulso a la hora de darles sepultura, podemos partir de los distintos escándalos recientes relacionados con clínicas dentales. Ya que podemos extrapolar el caso Vitaldent –una persona que no es dentista se come el pastel del ‘negocio’ de la odontología– a cualesquiera otras profesiones.

Como todo el mundo sabe, el ejercicio profesional ha dejado de tener aquel carácter personal y artesanal, se ha difuminado el valor de estudiar una carrera para ser tu propio jefe, y desde hace decenios aparecen fórmulas asociativas, la mayoría mercantiles, para acometerlas. Para compaginar su carácter personalísimo con la libre circulación del capital sin trabas, en EEUU o Francia se aprobaron –desde los años cincuenta– leyes protectoras a fin de que el capital social o la administración social se encontrara en manos de los titulados. En España, la Ley 2/2007, de 15 de marzo, ha llegado muy tarde y las recientes sentencias y resoluciones, ocho años después, lejos de aclarar la cuestión, han creado un bosque que pasamos a desbrozar.

Antes de que esta Ley creara las Sociedades profesionales *strictu sensu* (identificadas con la letra P, SLP, SCP, SAP...), existían muchísimas sociedades de medios, como Vitaldent. Estas compañías establecen una relación a tres partes: la sociedad contrata con el cliente, que es atendido por un titulado, quien a su vez es contratado por la sociedad. Inicialmente los registradores mercantiles se cuidaron de cancelarlas por diversos motivos: primero, porque la propia ley reconoce en su Exposición de motivos la realidad de esas sociedades de medios, como Vitaldent, que no sólo no prohíbe, sino que reconoce su existencia y legalidad, de forma que es contradictorio obligar a adaptarse a una ley que no es obligatoria. El segundo, porque el objeto social en nuestro Derecho no coincide con la actividad real de forma que hay sociedades con objetos durmientes. Y la tercera, porque así lo entendió la Dirección de los Registros y del Notariado manifestando en sus primeras resoluciones que bastaba que no se adaptaran para considerar que no tenían el deber de hacerlo.

Para contestar a la pregunta de si usted (su sociedad) está muerto, si en su sociedad ‘profesional’ se encuentra la actividad ‘odontología’, la respuesta es que se encuentra en el otro barrio. Y no sólo es que sus sociedades están disueltas de pleno derecho desde finales de 2008 si no se adaptaron, sino que deben extraer de su objeto social e incluso de su denominación social tales actividades. Y que en consecuencia, para seguir operando en el tráfico jurídico, han de reactivarse (resucitar). Efectivamente la última doctrina de la DGRN, siguiendo al Tribunal Supremo y a las Audiencias provinciales, ha pasado de tomarse a guasa a las Sociedades profesionales *stictu sensu*, a tomarla con las Sociedades de medios; pero digan lo que digan quienes interpretan la

ley, el tenor literal dice lo que dice, y no se puede meter por la ventana lo que no pasó por la puerta.

La norma permite que las sociedades de intermediación continúen existiendo, y es una Ley pusilánime, porque primero estableció que al menos tres cuartas partes del capital social y de la administración estuviera en manos de profesionales, y sólo dos años después lo rebajó a la mayoría. Pero sobretodo porque no se ha atrevido, haciendo imperativo su régimen, a poner trabas al capital en beneficio de sus profesionales, como sucede en otros Derechos o en leyes especiales, como la de Auditoría de cuentas.

La profesional es una actividad de naturaleza civil y no mercantil y así lo ha entendido la fiscalidad recientemente que las hace tributar: en el caso de sociedades civiles, por atribución de rentas, frente a las sociedades de medios que tributan por el Impuesto de sociedades.

No debería ser lo mismo montar un Starbucks que una Clínica veterinaria, y aun cuando en este mundo globalizado el desarrollo profesional tienda a la concentración de fuerzas, su mercantilización no tiene por qué ir necesariamente en contra del amparo profesional. Volviendo a Vitaldent –no se trata de criminalizar a nadie–, el ejercicio profesional a través de sociedades mercantiles no reguladas puede causar mayor riesgo a los consumidores.

La actividad profesional ejercida directamente exige sin duda un mayor compromiso con el cliente, mientras que estas fórmulas comerciales –como la franquicia (hay cientos de clínicas que emplean a miles de dentistas) – dificultan los litigios, prima un criterio de rentabilidad y precarizan la actividad muchas veces a costa de la calidad. Un buen ejemplo a seguir para defenderse de esta injerencia ha sido, desde su tramitación, la lucha de los farmacéuticos reacios a las sociedades, y el tirón de orejas de esta breve reflexión debería ser para la Universidad en la que gastamos muchos recursos incluidos los codos, y parece más pendiente de sí misma que de defender que el campo sea para quienes lo trabajan.