

Review

Nº 7 - Mayo 2009

En este número

- La modificación de la ley de subcontratación en el sector de la construcción.
 - La reforma de la ley concursal.
 - La nueva regulación sobre contratos de financiación por empresas que no son entidades de crédito.
 - El nuevo régimen de transformaciones, fusiones, escisiones y cesiones globales de activo y pasivo en las sociedades mercantiles.
 - Jurisprudencia y resoluciones de la DGRN.
-

La modificación de la ley de subcontratación en el sector de la construcción

El pasado 13 de marzo de 2009 fue introducida una modificación al Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto que desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (en adelante la “Ley”).

Dicha Ley tiene por objeto mejorar las condiciones de trabajo en el sector de la construcción y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo y es aplicable a los contratos que se celebren en régimen de subcontratación para la ejecución de obras.

Por su parte, el mencionado Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto establece las directrices necesarias para el desarrollo y la aplicación de la Ley en cuatro aspectos: i) el Registro de Empresas Acreditadas, ii) el Libro de Subcontratación, iii) las reglas de cómputo de los porcentajes de trabajadores indefinidos marcados en la Ley y iv) la simplificación documental de las obligaciones establecidas para las obras de construcción en el ordenamiento jurídico.

Una de las grandes novedades introducidas por este Real Decreto 1109/2007 es la creación del Registro de Empresas Acreditadas en el que deben inscribirse las empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas

para trabajos en una obra de construcción. La inscripción de estas empresas, que tiene una validez de tres años, es obligatoria y se realiza con carácter previo al inicio de su intervención en el proceso de subcontratación, tiene validez para todo el territorio nacional y permite a las empresas incluidas en el mismo intervenir en la subcontratación en el sector de la construcción como contratistas o subcontratistas. Las empresas contratistas y subcontratistas deberán inscribirse en el Registro, renovar la inscripción cada tres años y solicitar la cancelación de la inscripción cuando dejen de cumplir los requisitos previstos para la entrada y permanencia en el Registro, pudiendo la autoridad laboral proceder en otro caso a la cancelación de oficio de esa inscripción. El incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro o del régimen de subcontratación determina la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social.

Con la reforma
se simplifican los
trámites
administrativos

Los casi dos años transcurridos desde la entrada en vigor del Real Decreto 1109/2007 han puesto en evidencia la necesidad de poder utilizar sistemas de firma electrónica automatizada para agilizar los procedimientos administrativos relacionados con el Registro de Empresas Acreditadas así como la emisión de certificaciones. En base a lo anterior, el Real Decreto 327/2009, de 13 de marzo, introduce a través de un artículo único una Disposición Adicional en el Real Decreto 1109/2007 relativa a la actuación administrativa automatizada en la que se autoriza a la autoridad laboral competente encargada del Registro de Empresas Acreditadas a utilizar sistemas de firma electrónica para la actuación administrativa automatizada en los procedimientos que tramite en relación con el mencionado Registro.

Estas actuaciones automatizadas introducidas por el Real Decreto 327/2009 son una consecuencia de lo previsto en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos que reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las administraciones públicas por medios electrónicos y regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa. El objetivo último de la medida introducida tiende pues a agilizar los procedimientos administrativos relacionados con el Registro de Empresas Acreditadas, simplificar los trámites y facilitar el tráfico económico en el ámbito de la construcción.

La reforma de la ley concursal

En este artículo, abordamos la reciente modificación que de la vigente Ley Concursal 22/2003 (en adelante "LC"), realiza el mencionado RDL 3/2009, en apoyo de las empresas deudoras y sus acreedores, y para corregir determinadas cuestiones procesales y sustantivas que dificultaban injustificadamente la aplicación y consecución de los objetivos previstos en la LC.

A nadie extraña la aseveración de que la LC no ha conseguido sus objetivos principales dado que aproximadamente el 90% de los concursos acaban en liquidación, es decir todo lo contrario de lo que originalmente se buscaba al crear la mencionada norma, y que en la práctica se ha convertido más en un obstáculo que en una solución para las empresas insolventes.

Entre los motivos que pueden señalarse como causantes de la falta de éxito de la LC podemos indicar la excesiva ralentización de los procedimientos y los breves plazos que contempla la LC para solicitar el concurso voluntario y que aumenta las posibilidades en caso de endeudamiento, de que sean declarados culpables los responsables sociales, por parte del juez, por lo que normalmente intentan acuerdos previos con sus acreedores.

Un factor determinante en la reforma de la LC es el papel de las entidades de crédito que se sienten claramente desfavorecidos en la calificación de sus créditos contra la masa, y en especial en los supuestos tan frecuentes de refinanciaciones y la posibilidad de que pudieran relegarse al último lugar del orden de prelación de créditos.

Ante este escenario, las modificaciones contenidas en el RDL 3/2009 lo que pretenden principalmente facilitar la refinanciación de las empresas que atraviesen dificultades de orden financiero que no hagan ineludible una situación de insolvencia, al igual que agilizar los trámites procesales, reducir los costes de tramitación y de publicación del concurso, la revisión de la situación determinados créditos y la mejora de la situación de los trabajadores de empresas concursadas.

Respecto de la refinanciación de empresas viables en el RDL 3/2009 se recoge un aumento de las garantías a favor de las entidades refinanciadoras, centradas en la no rescindibilidad de las operaciones no fraudulentas derivadas de los acuerdos entre las empresas concursadas y estas entidades y en la restricción de la legitimación para impugnar tales operaciones. Estas garantías se condicionan a que la refinanciación cuente con el respaldo de al menos tres quintos pasivos del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación, que cuente con un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo, además de contar con informe de un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor y que todo ello quede documentado en escritura pública.

En cuanto a la búsqueda de incentivación de la suscripción de convenios anticipados con los acreedores que eviten la liquidación de la empresa en concurso, se prevén tres meses de aplazamiento del deber de declarar concurso para los deudores que así lo comuniquen al juez, instrumentando así un plazo para fomentar un acuerdo con los acreedores para que se adhieran a una propuesta anticipada de convenio, y teniendo que solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de tal propuesta. En este sentido, y para facilitar la propuesta anticipada de convenio, ésta debe ir acompañada de adhesiones de acreedores de cualquier clase, y cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor. A su vez, se establece que cuando la propuesta se presente con la propia solicitud de concurso voluntario bastará con que las adhesiones alcancen la décima parte del mismo pasivo.

Asimismo, es importante destacar que las reformas introducidas prevén una flexibilización del régimen de mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio, siendo necesario el voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso. Ahora bien, cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra.

La nueva LC
facilita la
refinanciación de
las empresas con
dificultades
económicas

Se aplaza en tres
meses la
obligación de
declaración de
concurso

Por otro lado, en relación con las medidas adoptadas en el RDL 3/2009, se recogen modificaciones relativas a la agilización del procedimiento de concurso y reducción de sus costes, como son la limitación de las retribuciones de los administradores concursales mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente, la creación de un sistema que busque asegurar una percepción mínima a los administradores de empresas en concurso sin suficientes fondos y de un sistema de retribución que atienda a la complejidad del concurso, y que el pago de los informes de los expertos independientes se haga con cargo a la retribución de los administradores judiciales. En esta misma línea, se recogen otras reformas como: (i) la ampliación del ámbito del procedimiento abreviado a empresas con un pasivo inferior a 10 millones de euros; (ii) la clarificación reglas de impugnación, la supresión del incidente concursal sobre el auto que conceda o deniegue autorización judicial cuando ésta sea necesaria y la supresión de la vista como regla general; (iii) la publicación gratuita de los anuncios en el BOE y la creación de un registro público telemático de resoluciones concursales, el Registro Público Concursal, para agilizar su conocimiento; (iv) la posibilidad de tramitación escrita del convenio, prescindiendo de la junta de acreedores, cuando éstos excedan de trescientos.

Se flexibiliza el
régimen de
mayorías para la
aceptación del
convenio de
acreedores

A su vez, siempre que la situación económica de la empresa no dé indicios razonables de poder evitar llegar a la liquidación, se prevé la liquidación anticipada a propuesta del deudor para la realización de la masa activa en aras del pago de los acreedores, hasta los quince días siguientes a la presentación del informe de la administración concursal previsto en el artículo 75 LC.

Respecto de la revisión de la situación de determinados créditos, se refuerzan las garantías de los créditos públicos y del FOGASA, y la posición de los acreedores que no pudieron conocer el concurso, y subordinando los créditos derivados de las obligaciones recíprocas cuando el incumplimiento sea resultado de la actuación obstaculizadora del acreedor y de los socios especialmente relacionados con el concursado.

Por último, concluiremos nuestro análisis en materia concursal de este RDL 3/2009, citando una serie de modificaciones encaminadas a la mejora de la situación de los trabajadores de las empresas concursadas, ya que para evitar la paralización de los expedientes de extinción o suspensión, y de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en tramitación se permite su continuación en tanto no se declare el concurso. Además, se permite la extinción de las relaciones laborales desde dicha declaración, con vistas a que los trabajadores puedan cobrar las prestaciones por desempleo.

La nueva regulación sobre contratos de financiación por empresas que no son entidades de crédito

El pasado 1 de abril se publicó en el BOE la ley 2/2009 de 3 de marzo (la “Ley”) por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito

Esta normativa regula por primera vez los servicios de crédito de entidades no financieras, imponiéndoles obligaciones hasta ahora exigibles únicamente a las entidades financieras.

El ámbito de aplicación de la Ley se limita a las empresas distintas de las entidades de crédito y a los supuestos de concesión de créditos o préstamos hipotecarios y de prestación de servicios de intermediación financiera

Con el objetivo de garantizar un alto nivel de protección a los consumidores y usuarios, la Ley establece un marco de transparencia y garantías de información que han de cumplir las entidades que se dedican a la actividad de concesión de créditos hipotecarios o a la intermediación y asesoramiento para la celebración de contratos de préstamo y crédito.

En aras de asegurar la mencionada transparencia y leal competencia, estas empresas tendrán que estar inscritas en un registro público (el de la CCAA donde tengan su domicilio social y, en el caso de las sociedades domiciliadas fuera de España pero que operen aquí, en el Registro Estatal que se cree en el Instituto Nacional de Consumo), y deberán contar con un seguro de responsabilidad civil o aval bancario que cubra las responsabilidades en que pudieran incurrir frente a los consumidores. Además, deberán tener a disposición de los consumidores las condiciones generales de contratación que utilicen y publicarlas en su página web.

Con relación a los precios, aunque existe libertad de tarifas y comisiones, con las limitaciones legales de general aplicación, las empresas no podrán aplicar cantidades superiores a las que deriven de las tarifas correspondientes. Asimismo, las comisiones deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos ocasionados.

Las tarifas deberán estar recogidas en un folleto que debe ser remitido al registro en el que la empresa esté inscrita, y se establece, además, la obligación de que las empresas dispongan de un tablón de anuncios en los establecimientos abiertos al público que recogerá toda la información que las empresas deban poner en conocimiento de los consumidores.

La Ley exige a las empresas la carga de la prueba sobre el cumplimiento de sus obligaciones y regula, además, el acceso a los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, particularmente a través del Sistema Arbitral de Consumo.

Con respecto a la actividad de contratación de préstamos o créditos hipotecarios, las empresas deberán mencionar en la publicidad, comunicaciones comerciales, anuncios y ofertas exhibidas, siempre que se haga referencia al importe, la Tasa Anual Equivalente mediante un ejemplo representativo. Asimismo, deberán entregar a los consumidores que soliciten préstamos o créditos hipotecarios un folleto informativo gratuito.

Por otro lado, la Ley establece la información precontractual que las empresas deberán facilitar a los consumidores y algunas reglas respecto de la tasación del bien.

Efectuada la tasación del inmueble, las empresas estarán obligadas a efectuar una oferta vinculante por escrito de crédito o préstamo al consumidor o, en su caso, a notificarle la denegación del mismo.

Respecto a los contratos de préstamo o crédito hipotecario se extienden a las empresas las obligaciones que ya cumplen las entidades de crédito.

Se regulan los
servicios de
crédito de
entidades no
financieras

Por último, la Ley articula un régimen jurídico específico al que quedarán sometidas las empresas que realicen operaciones de intermediación, con particular detalle en materia de comunicaciones comerciales y publicidad, información previa al contrato, contratos de intermediación y obligaciones adicionales a la actividad de intermediación.

El nuevo régimen de transformaciones, fusiones, escisiones y cesiones globales de activo y pasivo en las sociedades mercantiles

El pasado 3 de abril de 2009 se ha promulgó la ley 3/2009 de 3 de abril (la “Ley”) a través de la cual se introducen modificaciones significativas en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en lo que a derecho societario se refiere. Se trata, como indica su título, de una serie de modificaciones estructurales que afectan tal y como establece el artículo 2 de la misma, *“a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución.”*

Bajo este ámbito de aplicación, resulta indudable destacar el impacto que las modificaciones estructurales tendrán en aquellos agentes que trabajan en el mercado inmobiliario español, los cuales, por su condición de mercantiles deberán tener muy en cuenta las novedades, modificaciones y derogaciones que introduce la presente Ley. Asimismo, y como veremos más adelante al entrar a analizar el contenido de la Ley, se hace especial hincapié en lo que a transformaciones, fusiones, escisiones y cesiones globales de activo y pasivo se refiere, y dada la actual situación de la economía española, son operaciones que cada vez cobran mayor relevancia en la actualidad teniendo en cuenta las evidentes necesidades de restructuración que demandan la mayoría de los sectores, con especial relevancia en el sector inmobiliario.

La presente Ley surge fruto de garantizar la efectividad del mercado interior de la Unión Europea, y por ello incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2005/56 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, así como la Directiva 2007/63 que modifica las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE en lo que al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión y escisión de sociedades anónimas se refiere.

En cuanto a las fusiones transfronterizas, es importante destacar en primer lugar que la Ley no limita estas operaciones al ámbito comunitario, sino que contempla expresamente las fusiones de sociedades españolas con sociedades extracomunitarias, las cuales se regirán por las respectivas leyes personales. Asimismo, se regula por primera vez en nuestro ordenamiento el traslado del domicilio de sociedades españolas al extranjero y el traslado a territorio español del domicilio de sociedades constituidas conforme a la ley de otros estados, lo cual pone de manifiesto la indudable voluntad del legislador para facilitar la movilidad societaria y la proyección internacional que se intenta otorgar a esta Ley.

En cuanto a las modificaciones estructurales, como breve introducción hay que señalar que la importancia de la Ley se manifiesta en la unificación y en la ampliación del régimen jurídico de las denominadas “modificaciones

estructurales”, entendiéndose como tales aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad.

La unificación a la que hacíamos referencia en el párrafo anterior, hace referencia a la amplia concepción del régimen de transformaciones que contiene la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que ha terminado por imponerse sobre la mucho más restrictiva regulación que contiene la Ley de Sociedades Anónimas al respecto, extendiéndose así sensiblemente el perímetro de las transformaciones posibles al impulso de las necesidades de la realidad. A modo de ejemplo, la nueva Ley introduce en su regulación que una sociedad transmita en bloque todo su patrimonio a otra u otras por sucesión universal a cambio de una contraprestación que no podrán consistir en acciones, participaciones o cuotas del cesionario.

Se flexibiliza el
régimen de
autocartera y de
asistencia
financiera

En materia de fusión destacan la regulación de la absorción de una sociedad íntegramente participada, la de una sociedad participada al noventa por ciento y también la de aquella operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque el patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquella. En materia de escisión destaca fundamentalmente el ingreso en el Derecho sustantivo de sociedades mercantiles de la figura de la segregación junto con las ya reguladas operaciones de escisión total y parcial.

En definitiva, y en lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, esta Ley constituye una solución transitoria a la espera de que se refundan y armonicen en su totalidad las distintas leyes que en estos momentos regulan nuestro Derecho de Sociedades. Es por ello que se ha optado por una Ley nueva en lugar de incluir la materia en el Código de Comercio o en el texto Refundido de la Ley de Anónimas, a la espera de que llegue el momento oportuno para una codificación o, al menos, para una compilación de derecho de las sociedades mercantiles en un cuerpo legal unitario que suponga la derogación del Título correspondiente a las Sociedades Mercantiles del viejo Código de Comercio de 1885.

Por último, y antes de entrar en detalle a analizar las novedades, el legislador español ha aprovechado la ocasión para introducir alguna norma concreta como el principio de igualdad de trato, hasta ahora considerado un principio implícito, y flexibilizar notablemente el régimen de autocartera y de asistencia financiera.

La Ley está dividida en cinco títulos que recogen las siguientes materias: Título I: de la Transformación; Título II: de la Fusión; Título III: de la Escisión; Título IV: de la Cesión global de activo y pasivo; y Título V: del Traslado Internacional del Domicilio Social. También incluye una Disposición Derogatoria, en la que elimina un considerable número de artículos de la Ley de Sociedades Anónimas, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de la Ley 21/1991 de Agrupaciones de Interés Económico. Además incluye un importante número de modificaciones del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas en su Disposición Final Primera y de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en la Disposición Final Segunda. Por último dedica la Disposición Final Tercera a modificar otros artículos de la Ley 31/2006 sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas.

Siguiendo el orden de la Ley, en el Título I, en lo que a transformación se refiere, las novedades más significativas son las que exponemos a

continuación. En primer lugar el artículo 4 de la ley recoge una enumeración de “*Supuestos de Posible Transformación*” que intenta abarcar los supuestos de transformación posibles en Derecho Español, siendo la novedad dicha enumeración. Asimismo, se reducen el número de anuncios en los que se debe publicar el acuerdo de transformación, pasando a solo dos (uno en prensa y otro en el BORME), circunstancia que también ocurre en materia de fusiones. Por último es destacable la regulación que se hace al “Socio Industrial” en el caso de transformación de una sociedad civil en mercantil que tuviera socios de estas características.

En cuanto al Título II, uno de los que más novedades introduce de esta Ley, relativo a la fusión, debemos destacar que el legislador ha apostado de manera significativa por simplificar este tipo de operaciones aunque ha dejado abierta la puerta a la interpretación sobre todo en lo que se refiere a asistencia financiera y a los acuerdos unánimes de fusión en sociedades limitadas. En primer lugar, en un intento de liberalizar las operaciones en las que haya una fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento del adquiriente (supuesto típico de asistencia financiera), establece una serie de requisitos para llevarlo a cabo tal como un informe de administradores y un informe de experto independiente, pronunciándose ambos sobre si hay o no asistencia financiera, y en el caso de que la hubiera, no se permitirá la operación.

En relación con las fusiones en las que las sociedades participantes o la sociedad resultante no sean anónimas o comanditarias por acciones y el acuerdo hubiera sido adoptado en Junta por unanimidad, se ha simplificado tanto el procedimiento hasta el punto de que tal y como dice la norma, “no serán aplicables las normas generales sobre el proyecto y el balance de fusión de las Secciones segunda y tercera del Capítulo de la nueva Ley que regula las fusiones”. En definitiva, hay una libertad formal mucho más amplia que en la actual legislación pero la puerta está abierta a la interpretación y a buen seguro pronto surgirán las discrepancias en cuanto al sentido de la norma.

Otra de las grandes novedades es la introducción de tres tipos nuevos de fusiones, catalogadas como fusiones especiales. En primer lugar la fusión por absorción de sociedad íntegramente participada, supuesto en el que la sociedad absorbente fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones sociales. Se eliminan en este caso una serie de requisitos tal como el informe de experto independiente y el informe de administradores, salvo que se trate de una fusión transfronteriza intracomunitaria.

En segundo lugar, se define la fusión por absorción de sociedad participada al noventa por ciento o más pero no de la totalidad del capital de la sociedad. En este tipo de casos no serán necesarios los informes de administradores y de expertos independientes sobre el proyecto de fusión, siempre que en éste se ofrezca por la sociedad absorbente a los socios de las sociedades absorbidas la adquisición de sus acciones o participaciones, estimadas en su valor razonable, dentro de un plazo determinado que no podrá ser superior a mes a contar desde la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil.

Finalmente, se contempla como operación asimilada a la fusión aquella mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquella.

Se regulan las
denominadas fusiones
especiales

En cuanto a las escisiones, comprendidas en el Título III la principal novedad es que se contempla además de las ya existentes escisiones totales y parciales, es la segregación como modalidad de escisión. Se entenderá con tal el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.

El Título IV, como señalamos anteriormente se dedica a regular las cesiones globales de activo y pasivo, permitiendo que una sociedad inscrita pueda transmitir todo su patrimonio por sucesión universal a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. Asimismo, y como en caso de la fusión se permite que una sociedad en liquidación pueda ceder globalmente su activo y pasivo siempre que no hubiera comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios.

Por último, el Título V introduce una de las grandes novedades de esta Ley, como es el caso del traslado tanto del domicilio de una sociedad española al extranjero, como el de una sociedad extranjera a territorio español. De esta manera ambos traslados se regirán por lo dispuesto en los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España y en este título, sin perjuicio de lo establecido para la Sociedad Anónima Europea.

El traslado al extranjero del domicilio de una sociedad inscrita constituida conforme a ley española, solo podrá realizarse si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad, no permitiéndose en este caso el traslado del domicilio de sociedades en liquidación. El traslado a territorio español del domicilio social de una sociedad constituida conforme a la ley de otro estado parte del Espacio Económico Europeo no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad. Para aquellos casos en los que el traslado de domicilio provenga de un estado que no forme parte del Espacio Económico Europeo, se deberán justificar con informe de experto independiente que su patrimonio neto cubre la cifra de capital social exigido por el Derecho español. En este punto se observa de nuevo el papel que adquiere el experto en esta nueva Ley.

Finalmente y como breve repaso a la normativa derogada por esta ley, dentro de la Ley de Sociedades Anónimas se deroga el apartado segundo del artículo 149, relativo al cambio de domicilio; el Capítulo VIII (artículos 223 a 259) relativo a la transformación, fusión y escisión; el número 6º del apartado primero del artículo 260 relativo a las causas de disolución; y por último el apartado segundo de la Disposición Adicional Primera relativo a el límite de adquisición de acciones propias o de la sociedad dominante.

Dentro de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se deroga el Capítulo VIII (artículos 87 a 94), relativo a la transformación, fusión y escisión; el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 111 relativo a la retribución de los nuevos liquidadores; el artículo 117 relativo a la cesión global del activo y del pasivo; y el artículo 143 relativo a la transformación de la sociedad Nueva Empresa.

La última de las normas que sufre modificaciones es la Ley 12/1991 de Agrupaciones de Interés Económico que ve derogados sus artículos 19 y 20

Se regula el traslado de domicilio de una sociedad española al extranjero y viceversa

relativos a la transformación y fusión, respectivamente de este tipo de entidades.

La presente Ley entrará en vigor el próximo 4 de julio, salvo las disposiciones del Capítulo II del Título II sobre las fusiones transfronterizas intracomunitarias que entraron en vigor el pasado 5 de abril.

Son muchos los artículos modificados tanto en la Ley de Sociedades Anónimas como en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la Ley 31/2006 sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas y la Ley 13/1989 de Cooperativas de crédito pero todos ellos en el sentido descrito con anterioridad y como desarrollo de esta nueva Ley, cuyos objetivos están delimitados y muy marcados: apostar por la dinamización y la movilidad de las sociedades y unificar criterios en materia de transformaciones, fusiones y escisiones tanto a nivel comunitario como nacional. El tiempo nos dirá si se trata de medidas eficaces que dinamizarán el derecho societario y abren la puerta a la unificación total de criterios en una futura codificación de este derecho.

Jurisprudencia y Resoluciones de la DGRN

Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 26 de noviembre de 2008.

La resolución objeto de análisis resuelve un recurso presentado ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) sobre la negativa de la Registradora de la Propiedad de Archena a practicar la inscripción de un derecho de opción de compra.

Los hechos que suscitaron el recurso parten de la presentación ante el Registro de una escritura en virtud de la cual una sociedad mercantil reconoce la deuda de 97.000 euros que mantiene con otra, fruto de las relaciones comerciales entre ambas. Las partes, alcanzan un acuerdo para satisfacer la deuda que establece que si la deudora no ha satisfecho la deuda en una fecha determinada se concede, gratuitamente, a la acreedora un derecho de opción de compra sobre una finca, propiedad de la deudora por el precio de la cantidad adeudada y de esta manera, en el caso de que la acreedora ejercitara la opción la deuda quedaría saldada. En caso contrario, la deudora se compromete a prestar las garantías reales sobre la misma finca.

La Registradora, en virtud de los hechos decidió no practicar la inscripción interesada ya que a su entender, el contenido de la escritura vulnera la prohibición del pacto comisorio en relación con los derechos reales de garantía, vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil regulan esta prohibición, y así el artículo 1859 establece que El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas, y por su parte el artículo 1.884 establece que “el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.”

Los mencionados artículos del Código Civil, ya resultarían suficiente argumento para fundamentar la no inscripción de la mencionada escritura, si bien también debemos tener en cuenta el artículo 6.3 del Código Civil, en el que se regula la eficacia de las normas jurídicas y que prohíbe expresamente y califica como nulos de pleno derecho, los actos contrarios a las normas imperativas y las prohibitivas, como es el caso que nos atañe al vulnerar los artículos 1.859 y 1.884.

Asimismo, la doctrina consolidada de la DGRN en sus resoluciones, entre otras, de 5 de mayo 1992, de 22 de septiembre de 1992 y 30 de septiembre de 1998, han establecido la prohibición de inscribir un derecho de opción transmisible y ejercitable unilateralmente por el optante para el caso de impago por parte del concedente de unas obligaciones hipotecarias por éste emitidas, pactándose como precio una cantidad coincidente con el importe de éstas, y como deducciones de dicho precio las cantidades correspondientes a las obligaciones impagadas. Considera la DGRN que el derecho de opción concedido en función de garantía vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio que, como hemos destacado anteriormente, se halla vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Ante esta resolución de la Registradora el recurrente procedió a impugnarla. La Registradora se mantuvo en su calificación y la DGRN resolvió desestimando el recurso presentado y confirmando la calificación de la Registradora, ya que dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida se vulnera la prohibición del pacto comisorio y por lo tanto, las normas imperativas del Código Civil que lo regulan.

Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 7 de octubre de 2008.

Esta resolución resuelve un recurso presentado frente a la calificación negativa del Registrador de la Propiedad nº 7 de Donostia en relación con la inscripción de un auto judicial dictado en expediente de dominio de inmatriculación de dos trasteros de inmueble en régimen de propiedad horizontal.

Según el Registrador, el expediente de dominio inmatriculador no es un procedimiento congruente con la situación registral vigente, ya que no hay posibilidad de inmatriculación al estar la finca inmatriculada en su totalidad, teniendo los espacios relativos a los trasteros el carácter de elementos privativos y el resto de los espacios existentes en el inmueble, por exclusión, el carácter de elementos comunes.

El recurrente discrepa de la calificación negativa del Registrador en cuanto que entiende que los trasteros al estar sometidos al régimen de propiedad horizontal se pueden considerar ya inmatriculados y que los supuestos de propiedad horizontal no están excepcionados de procedimiento de inmatriculación por vía de expediente de dominio y considera que están de acuerdo todos los interesados como se demuestra por el hecho de que todos los propietarios en su día se constituyeron en junta universal y constituyeron un derecho de elevación para configurar estos elementos, si bien fue rechazada por otros motivos.

Ante este recurso el Registrador, elevó el expediente a la DGRN la cual desestimó el recurso y confirmó la calificación del Registrador en base a la siguiente argumentación:

El artículo 199 de la Ley Hipotecaria permite la inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna mediante expediente de dominio. Sin embargo, cuando una finca se encuentra constituida en régimen de propiedad horizontal, no puede decirse que alguna parte de ella no esté inmatriculada, ya que todo el volumen comprendido en ella en sentido horizontal y con la proyección vertical asignada tiene el carácter de elemento objeto de propiedad singular de determinados propietarios, de elemento privativo o de copropiedad indivisa de todos los copropietarios en proporción a sus cuotas, sin que pueda afirmarse que parte de la misma no esté inmatriculada. Por esta razón, el expediente de dominio inmatriculador no es procedimiento congruente con la situación registral vigente sino que la forma negocial de constitución del régimen de propiedad horizontal y, por tanto de individualización de sus elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, es la escritura pública constitutiva de dicho régimen y excepcionalmente el laudo arbitral y la vía judicial a través del ejercicio de una acción declarativa de rectificación del Registro conforme al artículo 40 letra d) de la Ley Hipotecaria.

Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009.

La sentencia objeto de análisis resuelve un recurso de casación en interés de ley presentado por el Ayuntamiento de Málaga contra una sentencia dictada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Dicha sentencia recurrida gira en torno a la posibilidad de adquirir una licencia urbanística a través de silencio administrativo positivo, incluso en el caso de que la obtención de la misma sea contraria a la ordenación territorial o urbanística y el silencio haya operado positivamente.

Los hechos se inician con la presentación de una solicitud de licencia urbanística el 4 de marzo de 2002, respecto de la que no se obtiene una resolución denegatoria hasta el 11 de diciembre de 2002, es decir, nueve meses después de haberse solicitado.

La sentencia recurrida del TSJA falla que dicha licencia se entiende concedida en base a que conforme al artículo 43.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y a las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999 “Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario”. El artículo 42.1 del mismo cuerpo legal establece que el plazo para resolver será como máximo de seis meses desde que se presente la solicitud, transcurrido el cual se podrá entender el silencio como positivo, plazo que en el caso en cuestión ha quedado ampliamente superado.

Asimismo, el artículo 43.4 establece que solamente se permite a la Administración resolver confirmando el silencio administrativo positivo, y en caso de que hayan finalizado los plazos y que el administrado haya obtenido una autorización o cualquier otro derecho, la Administración, si se percata de su error debe acudir a los procedimientos de revisión previstos en la Ley sin que en ningún caso puedan dictar una resolución expresa contraria al sentido del silencio.

El problema surge al entrar en conflicto la regulación general del artículo 43 de la Ley 30/1992 con el artículo 242.6 de la anterior Ley del Suelo (de aplicabilidad en el supuesto objeto de esta sentencia), ya que ambos preceptos afirman que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades contra las prescripciones de la legislación o el planeamiento urbanístico, y concluye diciendo que las solicitudes que no sean resueltas por los Ayuntamientos dentro de los plazos legales, se entenderán estimadas salvo que su contenido sea constitutivo de contravención grave y manifiesta de la ordenación urbanística en cuyo caso se entenderán desestimadas.

Posteriormente, el 10 de septiembre de 2007 se presentó ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo un recurso de casación en interés de ley cuyo fundamento principal radica en que no es posible adquirir por silencio positivo licencias que sean contrarias al ordenamiento urbanístico cuando, como es el caso, contravienen lo establecido en el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana 1/1992, y la jurisprudencia consolidada que lo interpreta.

El Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso, pues aunque si bien es cierto que la doctrina de la Sala ha mantenido que no se pueden entender adquiridas por silencio administrativo licencias en contra del ordenamiento urbanístico, no es menos cierto que el criterio de la Sala del TSJ de Andalucía se basa en modificaciones introducidas al artículo 43.2 de la Ley 30/1992 y a su parecer procede separarse de aquella jurisprudencia construida sobre unas permisivas normativas que han desaparecido al promulgarse dicha modificación.

El Tribunal Supremo finalmente dió la razón al Ayuntamiento de Málaga y anuló la sentencia recurrida, fundamentando básicamente su decisión en que la nueva Ley del Suelo 8/2007, ha incorporado plenamente en su artículo 8.1 b) lo que disponía el artículo 242.6 del anterior texto legal y por lo tanto queda arraigado y afirmado en nuestro ordenamiento que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planteamiento urbanístico.

PARA MAS INFORMACIÓN

Ramón Castilla
Socio
Hammonds LLP
T: +34 91 426 48 40
Email: ramon.castilla@hammonds.com

WWW.HAMMONDS.COM

Si no desea recibir más información sobre nuestros productos o servicios, por favor dirijase a Sonia de Zunzunegui, Hammonds LLP, Plaza Marqués de Salamanca 3 y 4, 28006 Madrid, o mande un mail a sonia.zunzunegui@hammonds.com.

La presente Newsletter tiene solo carácter informativo, sin que pueda ser considerada como opinión profesional, bajo ningún concepto. © Hammonds LLP 2008.

Hammonds LLP está registrada como Limited Liability Partnership en Inglaterra y Gales con el número OC335584 y está sujeta a las normas de la "Solicitors Regulation Authority". En su oficina de Devonshire Square en Londres EC2M 4YH se encuentra a disposición del público la lista de todos sus miembros con sus correspondientes títulos profesionales. Utilizamos la palabra "Socio" para referirnos a un miembro de Hammonds LLP o a un consultor o empleado con equivalente reconocimiento profesional.