

contraprestación a que se obliga el constructor frente al propietario del solar es la condición necesaria para que nazca y tenga efectividad el derecho de vuelo que se le concede;

Resultando que el señor Registrador se alzó de la decisión presidencial y alegó: Que el derecho de vuelo cedido se apoya sobre la realidad física del solar, cuando el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario se refiere al edificio como elemento objetivo del derecho de sobreedificación; que en el propio auto se reconoce que el derecho de vuelo no nace hasta que tenga lugar la edificación, por lo que se trata de una auténtica «conditio iuris» que no cabe configurar como «conditio facti»; que un derecho no nacido no puede transmitirse como derecho real, pues no cabe una «traditio», ni tan siquiera «dicta», por lo que su existencia jurídica se limita al campo de lo obligacional; que mantiene, en su totalidad el anterior informe.

Vistos los artículos 1.281, 1.282, 1.284, 1.285 del Código Civil, 2 y 23 de la Ley Hipotecaria y 7 y 16 del Reglamento para su ejecución;

Considerando que la cuestión que plantea el presente recurso consiste en determinar si es inscribible en el Registro de la Propiedad una escritura en que se constituye un derecho de vuelo, sobre la planta baja de un edificio proyectado, y sujeto a la condición de que el adquirente del referido derecho la construya dentro de un plazo determinado;

Considerando que el derecho contemplado en la escritura calificada no puede estimarse que carece de trascendencia real, pues se trata de un derecho de vuelo o sobreelevación, es decir, un derecho de construir plantas en fincas edificadas ajenas, figura nítidamente diferenciada del derecho de superficie, no sólo por la distinta base física sobre la que se constituye, sino por la perpetuidad de la propiedad que origina el derecho de sobreelevar frente a la temporalidad de la propiedad superficial.

Considerando efectivamente que en el caso examinado no existe aún la planta baja sobre la que ha de recaer la sobreelevación, pero es indudable también -a la vista de la escritura calificada-, que no se constituye al tiempo del otorgamiento un derecho actual y perfecto, sino un derecho condicionado en su origen a la construcción de la planta baja;

Considerando que el carácter condicional del derecho, que hace de éste una simple expectativa hasta el cumplimiento de la condición, no impide, a la vista de nuestro Ordenamiento hipotecario, el que pueda ser inscrito al estar prevista en el artículo 23 de la Ley una nota marginal para el caso de cumplirse el hecho condicionalmente;

Considerando, por último, que en la escritura se cumplen los requisitos que exige el número 2 del artículo 16 del Reglamento Hipotecario para la inscribibilidad del derecho de sobreelevación, la determinación de las cuotas que han de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes, así como además la descripción de los elementos que constituirán la propiedad horizontal, cuya declaración se proyecta para el tiempo en que se termine la construcción del edificio;

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 5 de febrero de 1986.-El Director general, Gregorio García Ancos.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona.

5327

*RESOLUCION de 11 de febrero de 1986, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Calella don Luis Enrique Barberá Soriano contra la negativa del Registrador mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de constitución de la Sociedad «Llars del Maresme, Sociedad Anónima».*

En el recurso gubernativo interpuesto por don Luis Enrique Barberá Soriano, Notario de Calella, contra la negativa del Registrador mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de constitución de la Sociedad «Llars del Maresme, Sociedad Anónima»;

Resultando que mediante escritura autorizada por el Notario de Calella don Luis Enrique Barberá Soriano el día 16 de mayo de 1984, don José Domenech Granatche, doña Purificación Ruiz Sánchez y don Juan García Martínez, procedieron a fundar la Compañía «Llars del Maresme, Sociedad Anónima», estableciendo, entre otros, los siguientes preceptos estatutarios: «Artículo 7.-Administración: La Junta general, mediante acuerdo tomado con los requisitos exigidos para la modificación de Estatutos, decidirá la forma concreta de Administración, optando entre un Administrador único, varios Administradores solidarios hasta un máximo de tres, o un Consejo de Administración compuesto por un mínimo de tres miembros y un máximo de cinco. Los

Administradores no precisarán ser accionistas y ejercerán el cargo por el plazo que determine la propia Junta general que los elija. Toda renovación del Consejo deberá ser parcial ...» «Artículo 9.-Sindicación de acciones: ... En el caso de que cualquier socio enajenase sus acciones o parte de ellas sin atenerse a lo dispuesto en los párrafos anteriores, los demás socios o la Sociedad, en su caso, podrán, dentro de un plazo de dos meses, a contar desde la fecha en que se hubiese puesto en conocimiento del órgano de administración la enajenación de aquéllas, ejercitar el derecho de retracto para adquirirlas, siendo en tal caso su precio el satisfecho por el tercer adquirente, siempre que no exceda del que corresponda a las acciones en el haber líquido social del último Balance practicado; y en el caso de que excediere, el retrayente no vendrá obligado a satisfacer el precio superior máximo satisfecho ... En todo caso serán nulas las transmisiones que no se ajusten a este pacto y la Sociedad no reconocerá el carácter de socio y el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones, cuando no se hubiese cumplido lo anteriormente estipulado.»;

Resultando que presentada copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, fue calificada con nota del tenor siguiente: «No admitida la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos de carácter insubsanable. 1.º En el artículo 7 de los Estatutos se infringe, por omisión, el artículo 73 de la vigente Ley de Sociedad Anónimas, al no constar la forma en que ha de tener lugar la renovación parcial del Consejo, según tiene declarado la Dirección General de los Registros (Resolución de 24 de noviembre de 1981). 2.º En el artículo 9 se regula un derecho de retracto, infringiéndose el artículo 1.518 del Código Civil, pues el precio del retracto, por la propia naturaleza de este derecho, no puede ser inferior al de la compra más los gastos del contrato. 3.º En el mismo artículo 9 no puede admitirse una "declaración de nulidad" que sólo compete el órgano judicial, aparte de que la transmisión, en cualquier caso, surte efectos "inter partes". Por otro lado, esta afirmación de nulidad es contradictoria con la regulación de un derecho de retracto. No procede tomar anotación preventiva. La presente nota se extiende con la conformidad de mis cotitulares. Barcelona, 6 de julio de 1984.-El Registrador, firma ilegible.»;

Resultando que don Luis Enrique Barberá Soriano, Notario autorizante del documento calificado, interpuso recurso gubernativo contra la nota y alegó: En cuanto a la nota en su conjunto, que lamenta la falta de una línea homogénea y congruente en la calificación del Registro Mercantil de Barcelona, ya que en los Estatutos que ahora se tachan de defectos se han inscrito en ese Registro medio centenar de veces aproximadamente -provocando el desconcierto aludido en la Resolución de 1 de diciembre de 1982-; que el calificativo de insubsanable atribuido a los defectos no es correcto, ya que los Estatutos y la escritura social contienen todos los datos y menciones necesarias para que la Sociedad tenga plena personalidad jurídica y los defectos aluden a un hipotético Consejo de Administración y a uno de los pactos lícitos que no influyen sobre la Sociedad como persona; que la calificación se aparta del criterio de interpretación del artículo 3 del Código Civil no atendiendo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma y olvidando la equidad como elemento de ponderación, con desprecio de la interpretación más favorable para que surta efectos; que la calificación se aparta de la doctrina del Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 20 de abril de 1960, recogida por la Resolución de 4 de octubre de 1982, que dejó establecido que «cuando se trata de Sociedad anónima de capital modesto, las normas legales han de ser aplicadas con mayor flexibilidad, sin sujeción a un criterio automático sino con la prudencia que el Derecho requiere»; en cuanto al primer defecto de la nota, que el artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas no exige la constancia expresa de los Estatutos de cómo se tiene que renovar parcialmente el Consejo; que la Resolución de 24 de noviembre de 1981 no es aplicable por contemplar un supuesto distinto; que aun suponiendo que sea siempre necesario determinar la forma de renovación parcial del Consejo en los Estatutos, lo cierto es que en los Estatutos calificados si se prevé la forma de renovación, remitiéndose al acuerdo de la Junta que cuidará de cumplir el mandato de la renovación parcial; en cuanto al defecto segundo, que por el hecho de citar en el artículo 9 de los Estatutos del derecho de retracto no resulta aplicable, sin más, el artículo 1.518 del Código Civil establecido para la venta a carta de gracia o con pacto de retro mal llamado retracto convencional; que lo que regula el artículo 9 de los Estatutos es un derecho de tanteo en sus dos fases de tanteo de preadquisición y posadquisición, perfectamente admisible según los artículos 1.255 del Código Civil y 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, igual que la determinación del precio de tanteo que no es totalmente libre; que si no se hiciera esta determinación en cuanto al precio del tanteo podría quedar burlado mediante la fijación de un precio desorbitado; que impediría el ejercicio de su derecho a los demás socios; que la determinación del precio se hace por referencia a un valor objetivo -haber líquido social del último Balance practicado-, en línea con lo dispuesto en

los artículos 1.447 y 1.448; que el adquirente que compra con infracción de la normativa estatutaria no puede llamarse a engaño pues los Estatutos están inscritos en el Registro Mercantil y se presume que su contenido es conocido de todos y no puede invocarse su ignorancia; que es ilógico pensar que una infracción de un consocio lleva aparejado para el socio retrayente un perjuicio, cual sería el de abonar los gastos e impuestos; en cuanto a las razones expuestas en el tercer defecto de la nota, que obedecen al conceptualismo jurídico que no atiende a los intereses en juego; que no se niega que la declaración de nulidad sólo compete al órgano judicial y el párrafo estatutario no hace más que avisar de la posible sanción, habiéndose convertido en una cláusula de estilo copiada del artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Limitada; que tampoco se niega que la transmisión antiestatutaria surta efectos «inter partes», pero de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1983, si bien el contrato obligacional es perfectamente válido, el comprador no adquiere la condición de socio ni podrá actuar como tal; que la nulidad sea contradictoria con el ejercicio del derecho de retracto no es más que una entelequia conceptual que no tiene en cuenta los intereses mercantiles.

Resultando que el Registrador mercantil dictó acuerdo confirmando la nota recurrida y alegó: Que la calificación de insubsanales de los defectos señalados se basa en que no pueden ser modificados sino mediante un nuevo acuerdo de modificación de Estatutos y, por tanto, mediante un nuevo otorgamiento sustancial; que cuando, a juicio del Registrador, los Estatutos infringen la Ley, hay que calificarlos negativamente, por muy modesto que sea el capital de la Sociedad; en cuanto al primer defecto, que es precisamente la Resolución de 24 de noviembre de 1981 la que impone que «habrá de prevenirse en los Estatutos la forma en que ha de tener lugar» la renovación parcial del Consejo; que el funcionario recurrente confunde tiempo con plazo, desconociendo que cuando dicen los Estatutos que «... y ejercerán el cargo por el plazo que determine la propia Junta que los elija» ya está imponiendo a la Junta la obligación de establecer un límite en el tiempo de actuación de dichos Administradores; pues eso es, precisamente, lo que quiere significar la palabra plazo; que en cuanto al segundo defecto de la nota el Notario parte de la base de que es igual la denominación que se adopte porque el Registro Mercantil tiene que ser flexible, lo cual es opuesto al rigor jurídico y conceptual que debe existir entre auténticos profesionales del Derecho y a la propia naturaleza del Registro Mercantil; que ese derecho de adquisición preferente posadquisitiva a que alude el recurrente no puede ser otra cosa que lo que la tradición jurídica ha venido conociendo con el nombre de retracto, el cual se define como el derecho que se concede al vendedor o a un tercero de subrogarse en lugar del que adquiere una cosa, que la subrogación ha de entenderse en las mismas condiciones del contrato, pues en otro caso no cabría hablar de subrogación; que esa es la «ratio legis» del artículo 1.518 del Código Civil, aplicable no sólo a la venta con pacto de retro sino también al denominado derecho de retracto, y así lo confirma el artículo 1.525 del Código Civil; en cuanto al tercer defecto apuntando, que no cabe en unos Estatutos se efectúe una declaración de nulidad que sólo compete al órgano judicial, sin que sea argumento para rebatir esta tesis el que utiliza el recurrente de que es una cláusula de estilo copiada del artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, puesto que la Ley sí marca qué actos pueden ser nulos, siendo, por tanto, la declaración estatutaria contraria al orden público; que, por otro lado, la declaración de nulidad es incompatible con el ejercicio de un derecho de retracto pues si la transmisión es nula ¿cómo puede un socio subrogarse en lugar del adquirente? que lo correcto hubiera sido declarar que la Sociedad no reconocerá al adquirente la cualidad de socio y conceder el derecho de retracto a los demás socios;

Vistos los artículos 11, h), 46, 71 a 73, las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1962 y 20 de marzo de 1975 y la Resolución de este Centro de 24 de noviembre de 1981;

Considerando que en el presente expediente hay que distinguir unas cuestiones meramente formales de las que constituyen la esencia del recurso, y en relación a las primeras conviene señalar que la lectura íntegra del artículo 9 de los Estatutos sociales muestra claramente que el sentido dado al término «nulidad» de las transmisiones —que por cierto utiliza el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada— es el de entender que cuando aquellas transmisiones no se ajustan a lo establecido, la Sociedad puede desconocer la transmisión y no reconocer al adquirente el carácter de socio y el ejercicio de los derechos sociales;

Considerando igualmente que la lectura del mencionado artículo 9 pone de manifiesto que se ha incluido en los Estatutos sociales una de las variadas cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones, regulándose desde la doble vertiente de voluntad del socio de enajenarlas con notificación al órgano administrativo para

que los restantes socios puedan adquirirlas (tanteo) y caso de enajenación por el socio incumpliendo lo ordenado en la cláusula, la posibilidad de readquirirlas los demás accionistas;

Considerando que entrando ya en los problemas de fondo, son dos los planteados: a) Si el artículo 7 de los Estatutos infringe el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de renovación parcial del Consejo de Administración, y b) Si el precio de readquisición de las acciones puede ser el que corresponde en el haber líquido social del último Balance practicado, aunque éste sea inferior al de compra, sumado los gastos del contrato;

Considerando que en cuanto a la primera cuestión hay que observar que el artículo 73, 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas se refiere a la renovación parcial cuando existe Consejo de Administración, pero tal precepto no es aplicable en el caso presente, en que de conformidad con lo establecido en los Estatutos sociales, se ha designado por la Junta para actuar como órgano administrativo a dos Administradores con carácter sólido por un plazo de cinco años, situación por tanto que no exige el determinar la forma de renovar tales cargos;

Considerando que en el supuesto de que en un futuro la Junta general —con los requisitos que se exigen para modificar los Estatutos, según exige su artículo 7.º, decidiera optar por otro sistema de administración, entre ellos, designar un Consejo—, sería entonces el momento adecuado de fijar la forma y plazo de renovación parcial, que ya aparece previsto, si bien en términos genéricos en los vigentes Estatutos sociales;

Considerando en cuanto a la segunda cuestión, que hay que partir —al no haberse reflejado en los Resultandos— de la base de que el artículo 9.º de los Estatutos en su primera parte establece una cláusula limitativa de transmisión de acciones muy similar a la recogida en el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y dispone la cláusula discutida que en caso de discrepancia entre los interesados acerca del precio de venta de las acciones se acudirá a la valoración pericial de las mismas, y sólo si el socio no cumple las normas de notificación que el artículo estatutario impone, es cuando la valoración se hará con arreglo a otro índice —el del último Balance— siempre que no sea superior al máximo que se haya satisfecho por el adquirente;

Considerando que a la Sociedad le es en principio indiferente el precio que se haya podido pactar entre cedente y cesionario, en el negocio traslativo que celebran ya que puede —como antes se indicó— desconocer la cualidad de accionista en el nuevo adquirente, si se incumplió la norma estatutaria, y de ahí, que no exista obstáculo que impida aplicar la alternativa que ofrece al socio que desee transmitir sus acciones, pues ambos sistemas de valoración están basados en criterios objetivos, que aseguran el justo precio a los interesados; uno, inspirado en el recogido por el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y el otro, en el valor real de los títulos, según el último Balance;

Esta Dirección General ha acordado revocar el acuerdo y la nota del Registrador.

Lo que con devolución del expediente original comunico a V. S. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 11 de febrero de 1986.—El Director general, Gregorio García Ancos.

Sr. Registrador mercantil de Barcelona.

5328

*RESOLUCION de 13 de febrero de 1986, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don Francisco Castro Lucini, contra la negativa del señor Registrador de la Propiedad número 3 de Madrid, a inscribir una escritura de disolución y liquidación de la Sociedad «Construcciones e Inversiones Inmobiliarias y Rústicas, Sociedad Anónima».*

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don Francisco Castro Lucini contra la negativa del señor Registrador de la Propiedad número 3 de Madrid, a inscribir una escritura de disolución y liquidación de la Sociedad «Construcciones e Inversiones Inmobiliarias y Rústicas, Sociedad Anónima»;

Resultando que mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid don Francisco Castro Lucini el día 27 de septiembre de 1979, don Rafael Vázquez de Padura, como liquidador y en representación de la Sociedad anónima «Construcciones e Inversiones Inmobiliarias y Rústicas, Sociedad Anónima» —en anagrama TOFESA— procede a la disolución y liquidación de la citada Sociedad, que en certificación expedida por Asunción Fernández Sánchez, actuando como Secretaria de la Sociedad, con el visto bueno del Presidente, se hacen constar los acuerdos de la Junta general universal, entre otros: «3.º Declarar disuelta la Sociedad ...