

Los derechos de preferente adquisición del arrendatario en la aportación de fincas a una sociedad mercantil

1. INTRODUCCION

En los últimos tiempos están siendo frecuentes los negocios de aportación de inmuebles a sociedades mercantiles; por las causas de siempre, pero, además, por dos especiales:

- Aumentos de capital acordados para alcanzar las cifras mínimas exigidas a las sociedades anónimas y limitadas en la nueva legislación societaria.
- Constitución o aumento de capital con aportaciones hechas por entidades de crédito, para desprenderse de su negocio inmobiliario, dentro de la normativa disciplinaria de las entidades de crédito, que exige concreción de la actividad a su objeto propio, con abandono de otras ramas marginales.

Dado que muchos de estos inmuebles se encuentran arrendados, se plantea el problema de si la aportación supone para el arrendatario algún derecho de preferente adquisición. La cuestión aparecía ya bastante clara, en sentido negativo, en la práctica registral. Pero ahora la proximidad de una ley que se anuncia restrictiva para los arrendatarios parece empujar a algunos de éstos a plantear de nuevo la cuestión en instancias judiciales y extrajudiciales; tal vez por ser la última oportunidad de discutir un derecho de adquisición que la nueva Ley les va a negar claramente; o quizá empujados por el temor a una extinción más temprana de su contrato en virtud de las normas previstas de derecho transitorio.

El estudio del problema requiere un previo examen de la naturaleza del acto de aportación no dineraria a la constitución o al aumento de capital de una sociedad anónima, para entrar después a comparar esa naturaleza con los supuestos que, según la ley, generan el derecho de tanteo o retracto del arrendatario urbano, analizando la posición jurisprudencial, la doctrina científica y la posible incidencia de una nueva legislación.

2. NATURALEZA DEL ACTO DE APORTACION

2.1. ASIMILACIÓN A LA PERMUTA

La doctrina mayoritaria considera que la aportación no dineraria a una sociedad es un acto de enajenación de bienes, en cuanto éstos salen del patrimonio del aportante para entrar en el de la sociedad que se constituye o que aumenta el capital. Ciertamente es un negocio típico, perfectamente definido por la ley en el Derecho mercantil; pero los autores, casi sin excepción, tratan de buscar una analogía con los contratos del Derecho civil y, en esta tarea, resulta abrumadora la lista de los que asimilan la figura al contrato de permuta:

- FUENTES LOJO (*Suma de arrendamientos urbanos*) dice que es un «contrato oneroso de enajenación, que realiza el socio aportante a la sociedad, pero no en su modalidad de compraventa, sino en la de permuta o cambio».
- GARRIGUES y URÍA (*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*), al tratar la referencia de la Ley a las normas de entrega y saneamiento de la compraventa, dicen que se trata de «una remisión a las reglas de la compraventa civil que no implica ciertamente la identificación entre la aportación social y el contrato de compraventa. Mientras en la compraventa hay siempre un precio determinado, en la sociedad sólo hay una participación variable en las ganancias; y mientras la compraventa funciona en régimen de contraprestación, en la sociedad a la aportación no se contrapone ninguna contraprestación, ya que las aportaciones de los otros socios se hacen al patrimonio social y no a los patrimonios de los otros aportantes. Esto no obsta a que, por analogía, se apliquen las normas sobre la obligación de entrega que es común en ambos contratos y que va dirigida en uno o en otro caso a la transmisión de la propiedad de las cosas que se entregan».
- En el mismo sentido, AVILA NAVARRO («Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *RJC*), CARRERA GIRAL (*Ley de Sociedades Anónimas*) y otros.

2.2. POSICIÓN ROMÁNTICA DE ROCA SASTRE

Como opinión original, merece citarse la de ROCA SASTRE («Naturaleza jurídica de la aportación social», *RLJ*, 1946) que, aun reconociendo que «generalmente predomina la idea de permuta o cambio ... de transmisión a cambio o equivalencia de acciones o de la condición de socio», se inclina por considerar que «la aportación social no constituye un mero acto de transmisión onerosa de bienes del socio a la sociedad, sino un acto de comunicación de bienes, que tiene más de acto modificativo de derechos que de acto traslativo»; para él no hay verdadera transmisión, porque el socio aportante no deja de ser del todo dueño de la cosa aportada (según TROPLONG, no se puede separar el activo social de la idea de copropiedad entre los asociados); esta concepción, ligada a una teoría filosófica humanista, la de empequeñecer la personalidad jurídica para resaltar al hombre como único destinatario del Derecho, es brillante, tal vez útil para regular las relaciones del aportante con la sociedad y con los demás socios, pero no sirve para explicar la naturaleza del acto de aportación frente a un tercero, un arrendatario por ejemplo, para el que la cosa propiedad de una persona pasa a ser propiedad de una sociedad con personalidad jurídica propia.

2.3. POSICIÓN DE LÓPEZ JACOISTE

LÓPEZ JACOISTE (*El arrendamiento como aportación del socio*, Pamplona, 1963, págs. 51 y sigs.), partiendo de ideas de BEKKER sobre el negocio de destinación —caracterizado por una atribución traslativa de bienes del otorgante para la constitución o su inserción en un patrimonio más o menos separado afecto a un fin—, reproducidas por cierta doctrina italiana (FERRARA, Mosco, BARASSI), considera el acto de aportación de bienes a una sociedad como un negocio enajenativo de destinación, en tanto que aquella aportación aparece como una transmisión de bienes ordenada a integrarse en el patrimonio de la sociedad (al constituirse o ya constituida), acto que se inserta en el sistema jurídico societario, al que queda causalmente enlazado en razón de una instrumentalidad típica. La causa del negocio de aportación es onerosa (sin más), y la contraprestación para el aportante consiste en la participación social y en la adquisición de la cualidad de socio con todos los derechos inherentes.

De esta explicación del fenómeno interesa destacar, por su acierto y oportunidad, que el acto de aportación no es asimilable a la compraventa o dación en pago, como algunos pretenden, ni la contraprestación a favor del aportante es fungible, sino que junto a las acciones de la sociedad que éste recibe está su posición jurídica de socio como un conjunto de derechos

(políticos y económicos), cambiantes en el tiempo, que exceden notablemente de la mera calidad de precio o equivalente.

2.4. APLICACIÓN DE NORMAS DE LA COMPRAVENTA

Algunos autores y alguna sentencia se han sentido desconcertados por el hecho de que la ley aplique a la aportación social normas que son propias del contrato de compraventa, civil o mercantil; así, el artículo 39 LSA o el artículo 8 LSL. Pero suele olvidarse cuando se destaca este hecho que la compraventa es el prototipo de contrato bilateral y oneroso, en cuya sede se regulan aspectos y efectos propios de esa clase de negocios, y no exclusivos de la compraventa (entrega de la cosa, riesgos, saneamiento por evicción y vicios ocultos, pago, etc.), por lo que constituye el régimen jurídico de referencia y normativa supletoria —de aplicación por analogía, cuando no directa— para otros contratos onerosos con idénticos problemas (arrendamientos, donación onerosa, etc.); y, por tanto, que a la permuta se le aplican también normas de la compraventa; dice el artículo 1.541 del Código Civil que «en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta», es decir, en todo lo que no esté basado en la contraposición de cosa y precio, esencial a la compraventa y punto distintivo con la permuta; en esas disposiciones de la venta aplicables a la permuta están precisamente las que se refieren a entrega, saneamiento y riesgos, que en la permuta se aplican, además, por partida doble, a ambas partes. O sea, que cuando la Ley aplica a la aportación a sociedad algunas normas de la compraventa no lo hace porque esta figura sea asimilable a la venta, sino porque lo es a la permuta o simplemente porque es un negocio conmutativo y oneroso. Y nótese que la Ley no tendría que haber hecho la asimilación a la compraventa en estos supuestos concretos, si la equiparación fuese legal y doctrinalmente admitida; le hubiese bastado con dejar actuar a esa asimilación. En realidad, los artículos citados actúan con menos convicción en esa asimilación de lo que lo hace el artículo 1.541 CC. al aplicar a la permuta las normas de la compraventa, con lo que parece que la aplicación analógica o subsidiaria de las normas de la compraventa es mayor en la permuta que en la aportación a sociedad.

2.5. DOS CLASES DE APORTACIÓN

A efectos de la naturaleza jurídica del acto de aportación, hay que señalar que son de idéntica naturaleza la aportación hecha en el momento

de constitución de una sociedad y la hecha en el momento del aumento de capital. Las posibles diferencias, que posteriormente se tratan, derivadas de la distinta fungibilidad de las acciones en un momento u otro, no afectan a la relación del socio con la sociedad ni al acto de transferencia de bienes de uno a otra.

3. NATURALEZA DEL RETRACTO; LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS Y LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

3.1. RETRACTO Y EXPROPIACIÓN PRIVADA

La naturaleza del derecho de retracto en general resulta claramente del artículo 1.521 CC.: es «el derecho a subrogarse, en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago», es decir, un derecho por el que el retrayente subentra en la posición jurídica del comprador o del adjudicatario, reintegrándole a éste exactamente lo que pagó y los gastos de adquisición, o sea, dinero.

Pero cuando se habla de retracto en la donación, en la permuta o «en cualquier otra transmisión», onerosa o gratuita, se está hablando impropriamente, porque el supuesto retrayente no puede subrogarse «en las mismas condiciones estipuladas en el contrato», sino que ha de cumplir unas condiciones distintas. Como dice CÁMARA (*Estudios de Derecho mercantil*), el «retracto» en esta hipótesis «viene a ser una especie de facultad expropiatoria»; lo que CAMPO VILLEGAS («El retracto urbano en transmisiones societarias», *La Notaría*, 1990) llama «derecho a comprar: una opción de compra legal por el precio que fijen los peritos. Como una expropiación forzosa con fines agrarios». No es correcto, ni jurídica ni gramaticalmente, llamar «retracto» a esa facultad.

Si se traslada esa idea al acto de aportación social, la «subrogación en lugar del adquirente», que es la sociedad, se presenta todavía más difícil. Merece la pena pararse a reflexionar cómo actuaría el pretendido «retracto»: Después de hecha la aportación, cuando la sociedad ya es dueña de la finca y el aportante dueño de las acciones, el retrayente dirige su acción contra la sociedad, expropia la finca y paga (a la sociedad) el valor de la finca; el aportante sigue siendo dueño de sus acciones. Es decir, la sociedad frente a la que se admita un retracto no sólo verá expropiada la cosa a cambio de una cantidad de dinero, sino que tendrá que continuar con el aportante como socio, por el valor de la cosa aportada, pero sin la cosa; y puede ocurrir (y ocurrirá generalmente): que la sociedad nunca se hubiera constituido, o no hubiera aumentado el capital, para recibir una cantidad de dinero; que los

socios que acordaron el aumento no hubieran renunciado al derecho de preferente suscripción si la prestación del tercero hubiese sido una cantidad de dinero que también ellos podían haber aportado; que la adquisición de la cosa haya sido el motivo determinante de toda la operación, es decir, la causa, y he aquí que el presunto retrayente pretende subrogarse en un negocio jurídico que, de admitir su subrogación, quedaría sin causa, inexistente; la paradoja demuestra el absurdo de la pretensión y cómo su eventual reconocimiento no es por el camino del retracto, sino de la expropiación privada; y podría ocurrir finalmente que el presunto retrayente no acepte el valor por el que se ha hecho la aportación ni el fijado por los peritos nombrados por el Registro Mercantil y se llegue a una expropiación por precio inferior, con lo que la sociedad puede verse obligada a reducir capital, en perjuicio de todos los socios, para equilibrar capital y patrimonio o, en el peor de los casos, a disolverse (art. 260.4.º LSA); todo este caótico resultado es posible, sí, como lo es en la Ley de Arrendamientos Rústicos; lo que no puede es pensarse que la Ley de Arrendamientos Urbanos quiera llegar a él de una manera tácita.

3.2. LAS LEYES ESPECIALES DE ARRENDAMIENTOS

La diferencia entre retracto y expropiación trasciende actualmente a las leyes especiales con más claridad que la doctrina:

El artículo 47 LAU consagra el derecho de tanteo y de retracto del arrendatario urbano en los casos de venta, dación en pago («cesión solutoria») y adjudicación por división de la cosa común, con algunas excepciones en este último caso. No señala ningún otro supuesto, ni contiene referencia alguna que haga pensar en una inclusión analógica de figuras afines. Pues bien, en la interpretación de la Ley de Arrendamientos Urbanos debe tenerse en cuenta especialmente que, en el momento de publicarse el actual texto (de 24 de diciembre de 1964), estaba vigente, para los arrendamientos rústicos, la Ley de 15 de marzo de 1935 y el Reglamento de 29 de abril de 1959, que se referían al «retracto» en «todo caso de transmisión a título oneroso»; añadía el artículo 16 de la antigua LAR que «si la enajenación no se hubiese verificado por un precio en metálico, el retrayente satisfará el valor de la finca o participación...».

Si estando vigentes unos textos así, la Ley de Arrendamientos Urbanos no optó por una redacción parecida, sino que consagró únicamente los tres supuestos vistos, es porque lo hizo con una intención restrictiva. A más abundamiento, después, en 1980, se publicó la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos, hoy vigente; en ella, con mayor amplitud y con mayor rigor

jurídico y lingüístico, se distinguen los derechos de tanteo y retracto, que tienen lugar por enajenación *inter vivos* mediante precio, en la que cabe la subrogación del arrendatario (art. 88 LAR), y el derecho que llama «de adquisición preferente», en «los contratos de donación [sic], aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualesquiera otros distintos de la compraventa», en los que, al no caber la subrogación, el precio ha de fijarse conforme a las normas de la expropiación forzosa (art. 89 LAR), remisión esta que es harto significativa.

Por lo que una primera aproximación a los textos legales ya indica que la Ley de Arrendamientos Urbanos no quiso incluir en los supuestos de preferente adquisición ni la donación ni la permuta (como luego se verá que ha declarado la jurisprudencia), pero tampoco, que es lo que ahora interesa, la aportación a sociedad. Si hubiera querido hacerlo lo hubiera dicho en la enumeración de supuestos; y si consideró que no era necesaria la enumeración, no se explica por qué la hace de nuevo la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980.

4. POSICION JURISPRUDENCIAL

4.1. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

El Tribunal Supremo, en la interpretación del artículo 47 LAU, ha seguido una línea restrictiva de no ampliación a supuestos distintos de aquellos que el propio precepto contempla. Y así:

- Por una parte, ha negado el derecho del arrendatario en aquellos casos que, aun suponiendo una verdadera transmisión, incluso onerosa en la mayoría, no exista una contraprestación en la que pudiera subrogarse el adquirente; concretamente, en los casos de permuta (Sentencias de 24 de enero de 1953, 19 de diciembre de 1956, 22 de noviembre de 1957, 24 de enero de 1958, 11 de mayo de 1959 y 23 de mayo de 1960), oferta de ventas (Sentencia de 16 de diciembre de 1958), renta vitalicia (Sentencias de 29 de mayo de 1957, 9 de diciembre de 1964 y 2 de abril de 1985), donación (Sentencias de 29 de noviembre de 1956, 8 de abril de 1959, 22 de febrero de 1954, 21 de junio de 1961, 4 de febrero de 1975 y 19 de noviembre de 1992), incluso remuneratoria (Sentencia de 8 de abril de 1950) o división de finca adquirida por donación (Sentencias de 20 de enero de 1962 y 30 de marzo de 1964).
- Por otra, se niega la posibilidad de una aplicación extensiva o analógica de la Ley de Arrendamientos Urbanos en multitud de senten-

cias: Sentencia de 27 de noviembre de 1947 (lo fundamental es que exista venta o dación en pago con posibilidad de subrogación), Sentencia de 9 de noviembre de 1964 (no es factible en estos casos alegar razones de analogía, toda vez que la Ley debe interpretarse dentro de sus verdaderos límites, reduciendo su contenido a cuanto en ella se comprende expresamente), Sentencia de 8 de mayo de 1968 (los arts. 47 y 48 LAU «se establecieron para los casos de venta por pisos»), Sentencia de 22 de febrero de 1974 (el art. 47 LAU es inaplicable cuando no se da la venta o la dación en pago), Sentencia de 2 de abril de 1985 (considera los derechos de adquisición como «cargas que, a calidad de tales y por envolver una limitación al derecho de propiedad en pugna con la libertad de contratación, han de ser aplicadas con criterio restrictivo»; cita muchas otras sentencias en el mismo sentido), Sentencia de 12 de abril de 1989 (sobre un caso especial de retracto gentilicio) y, en general, todas las citadas en el apartado anterior. Merece mención especial la Sentencia de 6 de febrero de 1991 (que cita a muchas otras, desde 1903 a 1989, y niega el retracto en una disolución de sociedad entendiendo que «sólo debe aplicarse a los supuestos estrictamente contemplados por la ley, pues en otro caso se viola el principio *odiosa restringenda* recogido en el art. 2 CC).

- Y si acaso alguna sentencia parece desviarse de esta línea (la Sentencia de 26 de marzo de 1960: «Dada la finalidad protectora de la ley que tiende a facilitar a los inquilinos el acceso a la propiedad de la vivienda, las normas que regulan el derecho de retracto deben interpretarse y aplicarse con un criterio extensivo»), supone una excepción entre todas las anteriores, tal vez aconsejada por las circunstancias del caso y especialmente por la protección del acceso a la propiedad de una vivienda, nunca en locales de negocio.

4.2. LA STS DE 12 DE JUNIO DE 1964

Esta sentencia, única de las dos que tratan directamente el problema del arrendamiento ante la aportación de la finca a una sociedad a cambio de acciones, supone una clara negación del derecho del arrendatario urbano para estos casos. Dice el considerando central que «el problema clave de este recurso es si se puede o no comprender en los conceptos de venta o cesión solutoria expresados en el artículo 47 LAU la aportación de un inmueble a una sociedad anónima hecha por un socio fundador en la escritura de constitución de la sociedad; y esta cuestión ha de resolverse en sentido negativo»; las razones que alega son:

- No se dan los requisitos del artículo 1.445 CC.
- Si bien se ha operado una válida transmisión del inmueble, su naturaleza no permite la subrogación del que intenta retraer en el derecho de la sociedad adquirente, puesto que lo entregado por ésta como contraprestación no es dinero, del que pudiera reintegrarse, sino acciones de la misma, que el retrayente no podría reembolsar por no obrar en su patrimonio.
- De prosperar el retracto se produciría una alteración en el patrimonio de la sociedad adquirente.

Es curioso resaltar, como evidencia de la seguridad de esta doctrina, que la sentencia aprecia temeridad a los efectos de imposición de costas.

4.3. LA STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1973

En otra sentencia, en cambio, se ha querido contraponer a la anterior, ya en términos generales (sosteniendo el derecho del arrendatario), ya en el caso concreto de la aportación a un aumento de capital (sosteniendo que existe aquí el retracto, frente a la constitución de sociedad, en que no existe). Sin embargo, no parece que sea esa la conclusión que se puede extraer de la Sentencia de 1973: en el caso concreto que resuelve, admite el derecho de adquisición del arrendatario frente a la aportación a un aumento de capital, pero lo admite para evitar el fraude de una compraventa disimulada o encubierta; hay que distinguir en la sentencia dos clases de afirmaciones:

- «Lo que no puede admitirse es el orden en que se dice tuvieron lugar las operaciones, ya que, en verdad, lo primero fue la determinación de que se pagara en dinero o metálico, a esto siguió la contrapropuesta de abonar el precio en acciones, que fue después aceptada por la sociedad X, y así surge el contrato en el que se ve la serie de requisitos necesarios y precisos para que hubiese una dación en pago» (como decía la sentencia de instancia). Es decir, que, levantando el velo de la simulación, el Tribunal Supremo descubre una venta de la finca seguida de una adjudicación de acciones en pago del precio.
- Las que, sacadas de contexto, han querido usarse para fundamentar una doctrina general: «no puede estimarse el mismo como un negocio de permuta que supone el cambio de cosa por cosa, siendo así que lo verdaderamente transmitido fueron las acciones que es un signo que representa al dinero y se halla incluido en el artículo 1.445 del Código (Civil), pese a los otros derechos que en la vida

de la sociedad represente, por lo que el contrato podría calificarse de simple venta y no de cesión solutoria»; pero es que estas afirmaciones se toman de la sentencia de instancia, y ya advierte el Tribunal Supremo que «el recurso no contiene ningún precepto sobre la interpretación de los contratos y en tal caso ha de respetarse en casación la naturaleza jurídica que al contrato asigne la sentencia recurrida»; y las acciones son «signo que representa al dinero» porque al fin, en el caso concreto, se convierte en dinero.

Pero es que si se respetase esa naturaleza jurídica de compraventa habría que admitir el retracto sin dar más vueltas a la cuestión y, sin embargo, a continuación de ese respeto a la sentencia de instancia, la del Supremo aborda pormenorizadamente la justificación del fraude, que sería innecesaria si la aportación fuese realmente una venta, porque en tal caso procedería el retracto con fraude o sin él. La sentencia sigue, pues, adelante, y en realidad concluye que hubo una venta, sí, pero con precio en dinero, y seguida de una dación de acciones en pago del precio.

- En el mismo contexto debe verse la afirmación de la sentencia de instancia «que esta Sala hace suyas, sobre la diferencia entre suscripción de unas acciones, mediante entrega de un inmueble hecha en período de constitución social y en la ampliación del capital»; porque, efectivamente, esa diferencia se encuentra en que es más fácil el fraude a través de unas acciones fungibles en el segundo caso que en el primero. Lo que tampoco quiere decir, como luego se verá, que no pueda haber también fraude en la constitución de sociedad.

4.4. LA SAP DE VALENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1989

Cuando el Tribunal Supremo no se ha ocupado exactamente del tema de retracto arrendaticio en aportación social más que en las dos anteriores sentencias, aparentemente (sólo aparentemente) contradictorias, reviste gran interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de abril de 1989; interés, sobre todo, porque está dictada a la vista de las dos anteriores. Se trata de una aportación a una sociedad de una finca en la que existe un local de negocio arrendado y el arrendatario ejercita el derecho de retracto. Es de observar que la sentencia no se adscribe a la tesis de interpretación estricta del artículo 47 LAU, pero, sin vacilación alguna, niega la pretensión del demandante basándose en la imposibilidad de subrogación en la contrapretación.

Dice: «El derecho de retracto está concedido no solamente para los casos expresamente señalados en la Ley, sino que debe alcanzar también

cualesquiera actos que, sin ser su venta, sin embargo sean de tal índole que permitan que el retrayente pueda facilitar la misma contraprestación por la que se cambió la cosa retraíble.»

Y a continuación equipara los casos de constitución de sociedad y de ampliación de capital: «La aportación de bienes para constituir o ampliar el capital de una sociedad mercantil no es una venta; tampoco es una cesión solutoria ni una adjudicación consiguiente a la división de una cosa común. Tampoco es un acto que permita que el retrayente pueda entregar a la sociedad destinataria de la aportación de capital lo que ésta dio a cambio de tal aportación, es decir, las acciones...»

4.5. LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha insistido muy reiteradamente sobre la «improcedencia de interpretación extensiva en las instituciones restrictivas» (véase, por ejemplo, la Resolución de 17 de enero de 1989, a propósito del retracto arrendaticio urbano en disolución de una comunidad) y, en especial, reconoce que es jurisprudencia reiterada que «los derechos de tanteo y retracto arrendaticios, en tanto que restricciones del dominio, reclaman una interpretación estricta» (Resolución de 20 de febrero de 1992, sobre un retracto arrendaticio urbano).

Y en la Resolución de 5 de septiembre de 1991 dice que en la aportación de inmuebles urbanos a la constitución de una sociedad no es preciso indicar la situación arrendaticia, que sólo es necesaria en «aquellas hipótesis transmisivas en que conforme a los artículos 47 y siguientes proceda el derecho de tanteo y retracto»; pero no en la aportación a sociedad, por varias razones; literalmente:

- El criterio restrictivo que ha de presidir la interpretación de las limitaciones del derecho de propiedad, de cuya naturaleza participan inequívocamente los derechos de tanteo y retracto arrendaticios.
- La concreción del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a las hipótesis de venta, cesión solutoria y adjudicación por división de cosa común.
- La imposibilidad del retrayente para reembolsar al adquirente en cuyo lugar se subroga la prestación por él realizada, pues ésta no consistió en dinero, sino en acciones que no obran en el patrimonio de aquél.
- La reiterada jurisprudencia que rechaza todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos que no se basen precisamente en la compraventa y en su único equivalente de la adjudicación en pago de deudas.

(Cita varias sentencias, no referidas exactamente al caso debatido, y la Sentencia de 12 de junio de 1964, pero no la de 1973, que había alegado el Registrador.)

4.6. LA TRANSMISIÓN DE UNA UNIVERSALIDAD

El Tribunal Supremo y la Dirección General han coincidido en restringir el derecho de retracto a aquellos casos en que se transmiten o son objeto del negocio fincas concretas individualmente determinadas.

Así, la Sentencia de 27 de diciembre de 1957 niega la pretensión del arrendatario en la venta de «todos los derechos hereditarios que corresponden al vendedor en la herencia correspondiente, integrada por bienes diversos y de diversa naturaleza».

Y la Resolución de 18 de abril de 1986 considera que no procede el derecho de retracto arrendaticio urbano en la disolución de comunidad sobre un conjunto de bienes que forman parte de una actividad empresarial, ya que la situación trasciende la mera disolución de copropiedad y pasa a ser un mecanismo complejo de constitución-disolución.

Esta postura es interesante, a mayor abundamiento, para los casos actualmente frecuentes (y aludidos al principio de este trabajo) en que se aportan a una sociedad bloques patrimoniales, empresas o unidades económicas; ya sea en el marco del artículo 133 RRM, un bloque patrimonial semejante a los formados en la escisión de empresas, ya una «unidad económica autónoma» de las que trata la Ley 29/1991, de 16 de diciembre.

Y todo esto, aunque no se trate de empresas, bloques o unidades preexistentes, sino de un conjunto de bienes, derechos y, en su caso, obligaciones que sean susceptibles de formarlos. (Bien entendido que esta construcción «universalista» requiere, a efectos del Registro Mercantil, y tratándose de Sociedades Anónimas, dada la necesidad de informe pericial, que este informe contenga relación o referencia de los bienes que comprende y que esa relación concuerde exactamente con la resultante de la escritura.)

5. POSICION DOCTRINAL

5.1. NEGACIÓN DEL RETRACTO

La doctrina científica que se ocupa del tema se muestra casi unánimemente en contra del derecho de adquisición arrendaticio urbano. Posteriormente se verá alguna excepción.

AVILA NAVARRO (coautor de ese trabajo) ha sostenido la misma tesis que ahora defiende, en sus comentarios a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (*RJC*, 1992-2, «Comentario a la Resolución de 5 de septiembre de 1991») y en su *Formularios notariales*.

BOLÁS ALFONSO y otros (*La sociedad de responsabilidad limitada*), sin adoptar una postura clara, plantean el problema, citan como contradictorias las dos Sentencias de 1964 y 1973 y concluyen que «como es sabido, la justicia del caso concreto compele a nuestro Tribunal Supremo a adoptar posturas contradictorias, derivadas de un criterio de oportunidad con el que se trata de reprimir el fraude», y como este criterio de oportunidad sólo puede predicarse de la Sentencia de 1973, parece que los autores se inclinan a considerar la razón de la de 1964 y, por tanto, la improcedencia del retracto.

CÁMARA ALVAREZ (*Estudios de Derecho mercantil*) compara las Sentencias de 1964 y la de 1973 para concluir que «la buena doctrina aparece recogida en la primera de esas dos sentencias. No es lícito transformar el retracto en la que, de intento, se ha denominado “facultad expropiatoria”, salvo que de la propia ley resulte otra cosa». Y concluye que la sociedad debe gozar de inmunidad frente al retracto de colindantes, o el de comuneros y también respecto del regulado en el artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que considera de interpretación restrictiva.

CAMPO VILLEGAS («El retracto urbano en las transmisiones societarias», *La Notaría*, 1990), tras decir que la figura no sería retracto, sino expropiación, concluye que «no habrá retracto porque en este supuesto no puede cumplirse la exigencia que define este derecho según exige el artículo 1.521 del Código Civil, configurador de la institución: subrogarse, en las mismas condiciones...».

FUENTES LOJO (*Suma de arrendamientos urbanos*), tras inclinarse, «de acuerdo con la doctrina mercantilista, por la que considera que no puede haber compraventa en esa aportación», concluye, en consecuencia, que no procede el retracto.

GARCÍA GARCÍA (*Código de legislación hipotecaria*) cita las Sentencias de 1964 y 1973 y apostilla, respecto de esta última, que «una cosa es que se trate de un acto que no dé lugar al retracto y otra distinta es que se demuestre fraude».

LUCAS FERNÁNDEZ (*Temas sobre sociedades anónimas*) dice que «tratándose de arrendamientos urbanos sujetos a la LAU, los supuestos de transmisión que originan el derecho de retracto (y el de tanteo) se concretan en el artículo 47... dada la concreción legal, ha de estimarse válida para los arrendamientos urbanos sujetos a la LAU la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1964...» (contraria, como se ha visto, a estos derechos).

5.2. ADMISIÓN EN CASO DE FRAUDE

Pero, como es lógico, toda la doctrina admite los derechos del arrendatario cuando la figura societaria se utilice para defraudarlos. En realidad el fraude puede ser tan variado como permite el ingenio humano (puesto en este caso al servicio de una causa torpe); podrían señalarse como ejemplos:

- Constitución de una sociedad por un solo socio o por un número reducido, en la que todas o la mayoría de las acciones se emiten a cambio de una aportación inmobiliaria; y posterior venta de esas acciones a un comprador que realmente quiere comprar el inmueble.
- Transmisión de una finca a una sociedad en su constitución o aumento de capital, para que ésta la transmita a otro en disolución o reducción de capital.
- Disimulo de la compra hecha por una sociedad por el simulado aumento de capital con adjudicación de acciones, que son inmediata y rápidamente transformados en dinero, quizá por venta a la misma sociedad o gestionada por ella.

El Derecho fiscal, más avezado a vigilar el fraude, ya ha contemplado algunos de estos supuestos para, presumiendo el fraude, asimilarlos a la transmisión de inmuebles y gravarlos como tales (por ejemplo, la antigua Ley de Reforma Fiscal de 14 de noviembre de 1977 o el art. 108 de la Ley del Mercado de Valores). Pero fuera del Derecho fiscal, como dice CÁMARA (*Estudios de Derecho mercantil*) al comentar la Sentencia de 1973, «la simulación no puede presumirse de oficio. Debe ser alegada y probada y, cuando el juzgador estime que existe, debe declararlo así terminantemente». Es decir, el fraude debe ser:

- Probado; la Ley fiscal, en beneficio de la Hacienda Pública, puede en ocasiones presumir el fraude invirtiendo la carga de la prueba en contra de la operación societaria; pero no hay ninguna presunción de fraude en favor del arrendatario.
- Declarado por el Juez; no puede apreciarlo el Notario que intervenga en el acto de aportación ni el Registrador que lo inscriba.

5.3. PRETENDIDA DISTINCIÓN ENTRE CONSTITUCIÓN Y AUMENTO DE CAPITAL

En la práctica, sin reflejo en trabajos publicados, algunos, tal vez interpretando superficialmente la Sentencia de 1973, distinguen entre la constitución de sociedad, en la que no reconocen el retracto, y el aumento de capital, en que sí. Pero la distinción es insostenible: no pueden reconocerse

al arrendatario en el aumento de capital derechos que no se le reconocerán en una operación más compleja pero que conduce al mismo resultado: la constitución de una sociedad con aportación inmobiliaria (en que no hay retracto, según reconocen los partidarios de la tesis) y la posterior fusión con otra sociedad (en que tampoco lo habrá, pues el acto es semejante a la constitución). Lo único que puede admitirse es que el fraude es más fácil en el aumento que en la constitución; pero este fraude ha de ser apreciado por el Juez, por lo que la operación no puede calificarse *a priori* como generadora del derecho de retracto, ni por él intérprete, ni por el Notario o el Registrador que intervengan en la operación.

5.4. PRETENDIDA DISTINCIÓN ENTRE ACCIONES FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES

En esta exposición doctrinal merece mención separada ALBÁCAR LÓPEZ (*Ley de Arrendamientos Urbanos*), que si comienza con la mayoría, se desvía de ella después. Dice:

«Dado que la contraprestación que recibe el propietario por su entrega a la sociedad no es dinero, sino una participación en la misma, que, en algunos casos, puede incluso ostentar el carácter de personalísima, resulta clara la conclusión de que en esos supuestos no procede la concesión de los derechos de tanteo y retracto.» Pero tras esas tajantes afirmaciones, al comentar después la Sentencia de 1973, duda, y dice que teniendo en cuenta *tal vez* el carácter fungible de las acciones de las sociedades anónimas, *creemos que puede sostenerse* que la aportación de inmuebles arrendados a una sociedad de tipo personalista, al hacerse en contemplación a una contraprestación que no puede ser asumida por un tercero, no origina derecho de tanteo ni retracto. Por el contrario, cuando se trate de sociedades de tipo capitalista, el carácter fungible de las acciones recibidas en contraprestación de la aportación del inmueble hará posible la subrogación del tercero arrendatario, a quien deberán serle reconocidos los aludidos derechos».

También CAMPO VILLEGAS («El retracto urbano en las transmisiones societarias», *La Notaría*, 1990), tras negar la procedencia del retracto, dice: «Ahora bien, las conclusiones que anteceden *pueden no ser tan seguras* cuando se trate de acciones cotizables, por cuanto en este supuesto el arrendatario puede imponer una subrogación con las mismas condiciones; aparte la consideración de que las acciones cotizables podrían ser equiparadas, si no a dinero, sí a signo que lo representa, por su inmediata convertibilidad en dinero y fungibilidad.»

La tesis, que puede parecer sugestiva, ofrece, sin embargo, el defecto que hace depender el derecho del arrendatario de que el acto se realice en favor de una sociedad de una clase o de otra distinta. Frente a ella puede replicarse:

- Que la naturaleza jurídica de la aportación es la misma en un caso que en otro; y conceder o negar el derecho del arrendatario, según la clase de sociedad que recibe la aportación, es poco menos que encomendarlo a la suerte y es también hacer entre sociedades una distinción que la propia ley no hace.
- Que las razones que excluyen el derecho del arrendatario en la aportación social son algunas más que las de fungibilidad o infungibilidad de las acciones; la misma Sentencia de 1964 dice que no se dan los requisitos del artículo 1.445 CC. (definidor de la compra-venta); esta sentencia y muchas otras, y la Dirección General de los Registros y del Notariado, han hablado de la necesidad de una interpretación estricta de los supuestos de hecho; y queda, por último, la comparación, muy expresiva, de la Ley de Arrendamientos Urbanos con la Ley de Arrendamientos Rústicos, con su generosa enumeración de supuestos, que impide equiparar uno y otro arrendamiento. Es de resaltar que la abundante jurisprudencia antes citada que niega el retracto en la permuta, no hace distinción alguna de si las cosas objeto de permuta son fungibles o no.
- Que no todas las acciones o participaciones de las sociedades de tipo capitalista pueden considerarse fungibles; generalmente no lo son las participaciones de la sociedad limitada, que no pueden adquirirse en Bolsa ni en ningún otro mercado público, y su misma adquisición privada es difícil para un extraño a la sociedad y está sujeta a las limitaciones del artículo 20 LSL o a otras que resulten de la reglas sociales; en cuanto a las sociedades anónimas, no todas las acciones son iguales; la Ley prevé que haya distintas clases con distinto contenido de derechos, y hay acciones privilegiadas, acciones sin voto y acciones con prestaciones accesorias, que no podrían ser equiparadas, y cuya compra en la proporción necesaria no siempre sería fácil; otras sociedades limitan estatutariamente la transmisibilidad de las acciones; quizá la única compra fácil de acciones sea de las sociedades que precisamente no suelen recibir nunca aportaciones no dinerarias.
- Que, aun cuando se trate de acciones ordinarias y cotizables, la cotización es variable y la compra o venta de acciones se rige por leyes de mercado muy distintas de las que rigen en transacciones inmobiliarias; poner en contacto los dos mercados es perturbador, y hace depender el retracto de la evolución de uno y otro: el arrendatario ejercitaría su derecho cuando la cotización de las acciones baje, y suba, en cambio, el mercado inmobiliario; y se vería imposibilitado de hacerlo, también injustamente, en caso contrario; piénsese además que entre la aportación y el pago por el arrendatario

puede pasar mucho tiempo (por conocimiento tardío de la operación por el arrendatario, pleito sobre la procedencia del retracto, etc.). La firmeza de una operación inmobiliaria como es la aportación a sociedad quedaría pendiente del azar de la Bolsa de Valores.

- Y, sobre todo, que la acción de retracto se dirige contra el adquirente, es decir, contra la sociedad; y la entrega a ésta por el arrendatario de acciones propias, tal vez en proporción prohibida por la Ley (véase arts. 75 y sigs. LSA), no es subrogarse en su lugar, porque la sociedad no ha permutado la finca por acciones propias que tuviese en su patrimonio o en cartera, sino por acciones emitidas al efecto en la constitución o en el aumento de capital. Lo que lógicamente tendría que hacer la sociedad con esas acciones entregadas por el retrayente es amortizarlas con reducción del capital; se encontraría así con el mismo capital que antes de la operación, pero con un nuevo socio tal vez indeseado, el primitivo aportante. En realidad, las acciones amortizadas equivalen a las entregadas al aportante, pero es fácil comprender que esa no es la situación que se deseaba y que la pretendida subrogación no ha sido «en las mismas condiciones».

6. LA ESCRITURA DE APORTACION Y SU CALIFICACION REGISTRAL

Desde el punto de vista notarial y registral, en las escrituras de aportación no tiene que hacerse necesariamente manifestación alguna sobre la situación arrendaticia de cada finca; el artículo 55 LAU sólo la exige para «los documentos de adquisición de fincas urbanas a que se refiere este capítulo», es decir, para los negocios transmisivos que hacen nacer el derecho de preferente adquisición; obsérvese, por ejemplo, cómo la Resolución de 5 de septiembre de 1991, al tratar un caso en que no proceden los derechos de tanteo y retracto, no dice que no hay que notificar al arrendatario (que sería problema notarial), sino que «no es preciso indicar la situación arrendaticia» (que es lo que debe calificar el Registrador); también la Sentencia de 12 de noviembre de 1960 en un caso en que, por venderse el edificio completo, puede venderse libremente, aclara «sin tener que hacer saber al arrendatario la enajenación, por no corresponder al mismo los derechos de tanteo y retracto», y la Sentencia de 22 de febrero de 1974 se pronuncia en el mismo sentido.

La necesaria notificación al arrendatario «en todo caso» del artículo 55 LAU ha de entenderse en congruencia con el contexto, es decir, en todos los casos contemplados en los artículos anteriores. Por inercia, en la prác-

tica jurídica se suele hacer constar siempre (en donaciones, por ejemplo); y tal vez sea práctica aconsejable, como información al adquirente; pero este derecho de información del adquirente debe considerarse renunciable, sobre todo cuando éste conoce la situación tan bien como el transmitente.

7. LA NUEVA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

7.1. EL PROYECTO Y SUS DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Se encuentra en fase de proyecto una nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. En el proyecto publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 30 de diciembre de 1992 no se reconoce ya ningún derecho de preferente adquisición del arrendatario, sea de vivienda o «para usos distintos».

El problema planteado subsistirá, sin embargo, casi en sus mismos términos, respecto a las fincas urbanas arrendadas bajo la vigencia de la legislación anterior:

- Si se trata de contratos celebrados a partir del 9 de mayo de 1985 (sean de vivienda o de local de negocio), porque, según la disposición transitoria primera, hasta que se produzca la tácita reconducción seguirán rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 9 Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, que a su vez reconduce en este extremo a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.
- Si se trata de contratos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 (sean de vivienda o de local de negocio), porque, según las disposiciones transitorias segunda y tercera, seguirán rigiéndose indefinidamente por la Ley de 1964, salvo modificaciones que ahora no interesan.

7.2. VALOR INTERPRETATIVO DE LA NUEVA LEY

Sin embargo, aunque la nueva Ley no rija inmediatamente para los contratos anteriores, sí sirve para expresar la realidad social y la sensibilidad del tiempo actual, y para proporcionar un criterio de interpretación de la Ley antigua, según el artículo 3 CC. (la Resolución de 13 de febrero de 1980 recuerda, a propósito de los arts. 47 y 48 LAU, la necesidad de interpretarlos «en el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, así como la realidad social, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad»).

Y esa realidad social muestra la necesidad de proteger al arrendatario, pero conservando lo más posible la libertad de la propiedad; la Sentencia de 6 de febrero de 1991 señala que «la Ley de Arrendamientos Urbanos no se propone que los inquilinos lleguen a ser propietarios, sino que defiende a ultranza su condición de arrendatario». La política legislativa advierte que la concesión al arrendatario de derechos que no son estrictamente necesarios para mantener su goce, redundaría en merma de atractivos para el mercado de viviendas destinadas a alquiler y, en definitiva, en un perjuicio para el arrendatario o para el que aspira a serlo. Obsérvese que el artículo 47 de la Constitución Española consagra el «derecho a *disfrutar* de una vivienda digna» y no precisamente a ser propietario de ella, lo que implica para el legislador la obligación de cuidar con mayor esmero el mercado de la vivienda, que facilite la construcción y el acceso en propiedad o para alquiler que el acceso a la propiedad de un arrendatario que ya disfruta de una; en cuanto al local de negocio, la realidad social muestra también la necesidad de negar al arrendatario un derecho de preferente adquisición que no hace sino menoscabar el valor de la finca arrendada: tan digno de protección es el negocio del comerciante que lo ejerce en un local arrendado como el del que se dedica a arrendar los locales de los que es propietario.

8. LOS LOCALES DESTINADOS A GARAJE

En cuanto a los locales destinados a garaje, es necesario distinguir:

1. Los arrendados plaza por plaza para que los use como garaje el propio arrendatario no pueden calificarse de «locales de negocio» y salen fuera del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos; se rigen por el Código Civil (arts. 1.546 y sigs.), que en ningún caso reconocen al arrendatario ningún derecho de adquisición. Así resulta de la cerrada enumeración de contratos sujetos que contiene el artículo 1 LAU.

2. Los arrendados para que el arrendatario ejerza con ellos la industria de garaje, una de dos:

- O son locales de negocio y se rigen por el régimen general que se trata a lo largo de este trabajo.
- O se trata de arrendamiento de una industria de garaje ya en funcionamiento, en cuyo caso están también excluidos del ámbito de la Ley (art. 2 LAU) y se rigen por el Código Civil, sin derecho de retracto.

9. CONCLUSIONES

1. No proceden los derechos de preferente adquisición del arrendatario en la aportación de fincas urbanas a la constitución o al aumento de capital de una sociedad. En esta conclusión coinciden la ley, la doctrina, la jurisprudencia y la práctica, sin que las posibles y escasas excepciones tengan otro origen que las circunstancias del caso concreto, en protección (quizá excesiva) del arrendatario de vivienda, que no del de local. Debe destacarse especialmente la diferencia entre el régimen de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que establece un verdadero derecho de expropiación privada y el de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que sólo regula el tanteo y el retrato, derechos que actúan sólo ante negocios que permiten la subrogación del retrayente en las mismas condiciones del adquirente

2. La exclusión del derecho de los arrendatarios resulta clara en cualquier caso, pero aún más cuando los bienes no son transmitidos singularmente, sino formando parte de una universalidad (detalle que tuvo especialmente en cuenta la Resolución de 18 de abril de 1986); esta aportación globalizada como «unidad económica autónoma» es además esencial para obtener la exención fiscal de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre.

3. El proyecto de nueva Ley de Arrendamientos Urbanos suprime el derecho de adquisición del arrendatario, mantenido sólo como régimen transitorio para algunos arrendamientos celebrados antes de la nueva Ley. Pero esta nueva Ley o sus proyectos sirven para expresar la realidad social del tiempo actual, con arreglo a la cual hay que interpretar la Ley antigua según el artículo 3 CC. Y esa realidad social muestra la necesidad de proteger al arrendatario, pero conservando lo más posible la libertad de la propiedad, es decir, de aplicar la Ley antigua con criterio restrictivo.

4. El único resquicio del arrendatario para ejercitar una acción de retrato por aportación a sociedad es el fraude del arrendador a través de una operación simulada o disimulada. Para que prospere el retrato, el fraude debería ser demostrado y declarado por el Juez, no cabe una presunción de fraude ni una apreciación por otros funcionarios, como el Notario o el Registrador de la Propiedad.

5. Desde el punto de vista notarial y registral, en las escrituras de aportación no ha de hacerse constar necesariamente la situación arrendaticia de la finca (véase art. 55 LAU, que sólo la exige cuando hay derecho de preferente adquisición); en este sentido, Resolución de 5 de septiembre de 1991, Sentencias de 12 de noviembre de 1960 y 22 de febrero de 1974.

PEDRO AVILA NAVARRO
Registrador de la Propiedad
Notario excedente

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Civil
Magistrado excedente