

Aportaciones no dinerarias y adquisiciones onerosas en la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas

I. INTRODUCCION

Con motivo de la necesaria adaptación de nuestra legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, está actualmente en discusión, en la Comisión correspondiente del Congreso de Diputados, el Proyecto de Reforma de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada.

Esta Ley no sólo es de adaptación de nuestro Derecho mercantil a las normas comunitarias, sino que, aprovechando esa adaptación y como expresa la Exposición de Motivos de la propia Ley se ha procurado una nueva regulación sistemática y completa de aquellas cuestiones a las que las Directivas afectaban, es decir, que en algunos puntos la Ley se limita a adaptar y en otros, si bien la adaptación no era obligada, se producen determinadas reformas para mejorar el texto de la antigua Ley, incorporando soluciones que doctrinal o jurisprudencialmente se habían estimado como más eficaces o adecuadas al momento actual en que se desenvuelve la vida empresarial española.

Entre los artículos que dentro de la legislación de Anónimas sufren una más profunda modificación se encuentran los referentes a las aportaciones no dinerarias, tanto en la constitución de la sociedad como en los sucesivos aumentos de capital, y a las adquisiciones onerosas llevadas a cabo por la sociedad en los dos primeros años a partir de su constitución.

La materia se encuentra regulada en la sección 4.^a del capítulo II

de la Ley de Sociedades Anónimas, que trata de la fundación de la sociedad, en los artículos 31 y 31, a).

II. MOTIVOS DE LA REFORMA

Lo primero que debemos preguntarnos ante los preceptos que regulan la materia que va a ser objeto de nuestro estudio es si los mismos se reforman como consecuencia de la necesaria adaptación o se reforman por considerar que la legislación anterior se había quedado desfasada.

Estos artículos tienen la causa inmediata de su reforma en la SEGUNDA DIRECTIVA DEL CONSEJO de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas a los Estados miembros, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado de Roma, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la Sociedad Anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital. Efectivamente, esta segunda Directiva, en sus artículos 10 y 11, se ocupa de la materia relativa a las aportaciones no dinerarias y adquisiciones onerosas estableciendo una regulación que vamos a examinar, siquiera sea someramente, para después comprobar la fidelidad o discordancia, el acierto o desacierto con que esa regulación se incorpora a nuestro Derecho.

1) APORTACIONES NO DINERARIAS

A) *Introducción*

El artículo 10 se ocupa de las aportaciones no dinerarias, estableciendo como obligatorio para estas aportaciones, un informe emitido con anterioridad a la constitución de la sociedad por uno o varios peritos independientes a ésta, designados o aceptados por una autoridad administrativa o judicial. Estos peritos podrán ser, según la legislación de cada Estado miembro personas físicas o morales o sociedades.

Lo primero que nos llama la atención de esta norma son las tres opciones o posibilidades, que la Directiva parece dejar al arbitrio de la legislación de cada Estado. En primer lugar vemos que pueden ser uno o varios peritos. El número exacto de expertos que deban emitir el informe se deja en manos de la legislación estatal, que podrá fijarlos con total libertad. Ya veremos después cómo soluciona este punto nuestro legislador mercantil.

En segundo lugar dice la Directiva que estos peritos pueden ser

designados o aceptados. En el primer caso entendemos que la sociedad en constitución debe pedir su designación y en el segundo que la sociedad puede señalar unos nombres y éstos ser aceptados o rechazados por quien corresponda hacerlo. Esta segunda posibilidad parece que se aviene mal con la exigencia de que los peritos sean independientes. Y la tercera posibilidad que proporciona la Directiva es que esa designación o aceptación sea realizada por una autoridad judicial o administrativa. La cuestión de que sea una u otra autoridad la que lleve a cabo la designación o aceptación de los peritos no es baladí ni deja de tener importancia dado los distintos ámbitos, en que, sobre todo en nuestra patria, se mueven las esferas judicial y administrativa. Ya veremos también más adelante cómo lo soluciona nuestro Derecho.

A continuación el artículo 10, que comentamos, se refiere a cómo ha de ser el informe del perito, que al no dar ninguna opción ni posibilidad de cambio a la legislación estatal, ha sido recogido con casi toda fidelidad en el artículo correspondiente de nuestra Ley de Sociedades Anónimas y que, por tanto, más adelante examinaremos. Finalmente termina el artículo 10, en la parte que nos interesa, exigiendo una publicidad para el mencionado informe de los peritos, que, entendemos, va ínsita en todo el nuevo sistema de publicidad que el Derecho comunitario exige en materia de sociedades.

No nos ocupamos de la parte final del tantas veces citado artículo 10, pues trata de ciertas excepciones a la regla general del informe obligatorio de valoración, que, por su complejidad, oscuridad y poca utilidad práctica, no ha sido incorporado, entendemos que con buen criterio, a nuestro Derecho interno. Una vez examinado el Derecho comunitario, veamos la forma en que el legislador español ha procurado la incorporación y transposición de esas normas en nuestra legislación societaria.

B) *Derecho español*

La regulación se contiene en el artículo 31, que trata en general del régimen de aportaciones a la sociedad, si bien en materia de aportaciones dinerarias el precepto es sumamente lacónico, limitándose a ratificar el principio establecido en el artículo 4 de que las aportaciones dinerarias deberán establecerse en moneda nacional, y si lo fueren en moneda extranjera deberá establecerse su equivalencia en moneda nacional con arreglo a la Ley.

Fuera de ello, el artículo 31 establece la siguiente regulación en la materia que estudiamos:

«Artículo 31. Régimen de aportaciones.

1. Sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. En ningún caso podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios. No obstante en la escritura podrán establecerse con carácter obligatorio para todos o algunos accionistas prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, sin que puedan integrar el capital de la sociedad.

2. Se ocupa de las aportaciones dinerarias en el sentido ya expuesto.

3. Las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el Juez del domicilio social. El informe de los expertos contendrá la descripción de cada una de las aportaciones no dinerarias, con sus datos registrales, en su caso, así como los criterios de valoración adoptados, con indicación de si los valores a que éstos conducen corresponden al número y valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida. El informe se incorporará a la escritura de constitución de la sociedad.

4. Si la aportación consistiese en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en el punto a la transmisión de los riesgos.

5. Si la aportación consistiere en un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor.

6. Si se aportarse una empresa o establecimiento, el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto, si el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación. Procederá también al saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial.

7. Toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo.»

De este precepto vamos a centrar nuestro estudio, fundamentalmente, en su párrafo tercero, pues el resto del artículo es similar, salvo algunas pequeñas precisiones en materia de establecimiento mercantil y la posibilidad de establecer prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, al viejo, entre comillas, artículo 31 de la todavía vigente Ley de Sociedades Anónimas.

Lo primero que observamos al ponernos en contacto con el men-

cionado párrafo tercero es que nuestro legislador, salvo en el punto referente al número de peritos, ha hecho su opción en la medida que, como antes hemos visto, permitía el artículo 10 de la segunda Directiva. Efectivamente, el número de peritos o expertos independientes, como los llama la Ley, sigue en el aire, al decir que serán uno o varios. En este punto creemos que, ante la casi ilimitada variedad de bienes que pueden ser objeto de aportación a una sociedad, la Ley no se ha atrevido a señalar un número exacto de expertos, dejando su señalamiento, entendemos, al Reglamento del Registro Mercantil, que deberá hacerlo según la distinta naturaleza de los bienes a peritar. No obstante, la dificultad sigue existiendo, y quizá lo más correcto hubiera sido confiar al Juez, del mismo modo que se confía su designación, de que fuera él mismo el que fijara, a la vista de la naturaleza de los bienes sometidos a informe, el número de expertos encargados de llevar a cabo la misión que les encomienda la Ley. No resuelve nuestro artículo 31, a diferencia de lo previsto en el artículo 10 de la segunda Directiva, si esos expertos deben ser necesariamente personas físicas o pueden ser también personas jurídicas. A la vista del estado actual de la función auditora, y teniendo en cuenta el antecedente que marca el tantas veces citado artículo 10, no vemos inconveniente, en nuestro Derecho, para que la labor de auditar o expertizar los bienes objeto de aportación, sea llevada a cabo por una sociedad con dicho objeto. A la vista está y casi todos los días son objeto de divulgación por la prensa, que las auditorías más famosas o de más relevancia de cara al gran público, por implicar a personas sumamente conocidas de la vida nacional, han sido llevadas a cabo por grandes firmas auditoras, sobre todo extranjeras, a las cuales, lógicamente a través de sus expertos, se les confían estos cometidos. Con este punto de vista, quizá se solucione en parte el problema del número de expertos necesarios para auditar distintos bienes aportados a una sociedad, pues no habría que acudir a un excesivo número de peritos, sino que bastaría con encargar las labores de auditoría a una sociedad, la cual y según la naturaleza de los bienes, encargaría a unos u otros de sus empleados, con la titulación adecuada, la labor de llevarla a cabo. Qué duda cabe que no tiene la misma complejidad emitir un informe sobre el valor de unas acciones cotizadas en Bolsa que emitir ese mismo informe sobre unos determinados bienes inmuebles sujetos a sustitución fideicomisaria condicional o gravados con censos o servidumbres de muy difícil apreciación en cuanto a la disminución de valor que esas cargas producen sobre los bienes. Caso de que se aportaran bienes de tan distinta naturaleza a una sociedad, se ve clara la conveniencia de que fuera una sociedad la encargada de verificar la valoración de los bienes aportados, obligatoria para su incorporación a la escritura de constitución.

Solucionado o visto ya el problema del número y naturaleza de los expertos, vamos a pasar a examinar la segunda opción de nuestro artículo 31. Es decir, el hecho de que esos expertos no sean aceptados, sino directamente designados por la autoridad judicial.

Para ello y mientras tanto no esté regulado este procedimiento de una manera especial, deberemos acudir a las reglas que en la Ley de Enjuiciamiento Civil se contienen en materia de designación de peritos a propósito de la prueba de la misma naturaleza. Estas reglas son las contenidas en los artículos 610 y siguientes de nuestra Ley actuaria. De ellos y en síntesis, procurando hacer las necesarias adaptaciones, podemos extraer la siguiente doctrina: El nombramiento se hará a propuesta de parte interesada, en nuestro caso, el socio aportante de los bienes o la misma sociedad en proceso de formación. Según el artículo 611 de la LEC, en el escrito se indicará si han de ser uno o tres peritos. Sin embargo, esto último, como ya hemos indicado, quedará al arbitrio del Juez, pues los artículos de la LEC están pensados para el caso de que haya contienda entre partes, cosa que en principio no sucede, ni debe de suceder, en la constitución de una sociedad. Por tanto, creemos que lo único que debe hacer el socio aportante o la sociedad es pedir del Juez del domicilio social la designación de expertos o peritos a los efectos del artículo 31 de la Ley de Sociedades Anónimas. El Juez, sin más trámite, dictará auto admitiendo la designación y citando a la sociedad para dentro de los seis días siguientes, con objeto de hacer el nombramiento, el cual, una vez efectuado, se le hará saber al perito para que acepte el cargo y jure desempeñarlo bien y fielmente dentro del término que el Juez les señale, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y la previsible complejidad de su dictamen. Al haber hecho la opción el artículo 31 por el régimen de designación, el nombramiento se hará en la forma que determina el artículo 616 de la LEC, es decir, por insaculación entre expertos registrados en las listas a disposición del Juzgado. El problema que surge en este punto es el que, si hecho el nombramiento, cabe que el perito designado sea recusado, bien por el socio solicitante del dictamen bien por cualquiera de los otros socios de la proyectada sociedad. No nos planteamos el problema de que sea la propia sociedad la que plantee la recusación, pues lógicamente en este período de formación la misma no sólo carece de personalidad jurídica, sino que ni siquiera poseerá unos órganos embrionarios que actúen en su nombre. Se trata de un mero proyecto o estudio de la formación de una futura persona jurídica, pues si el dictamen debe incorporarse a la escritura, lógicamente ni siquiera ésta podrá estar autorizada y, por tanto, de conformidad con el artículo 8 de la LSA de estos actos o contratos celebrados antes del otorgamiento de la escri-

tura responden solidariamente quienes los hubieran celebrado. Volviendo al tema de la recusación, creemos que sí, que es perfectamente posible el que el perito designado sea recusado y que las causas que recusación serán las mismas que se establecen en el artículo 621 de la LEC para los peritos en general y de las cuales las más frecuentes podrán ser las de tener un interés directo en la constitución de la sociedad, estar en relación de dependencia con alguno de los futuros socios o tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los constituyentes. Hecha la recusación y admitida la misma, volveríamos al principio del proceso ya expuesto. Otro problema a plantear es el del tiempo de que dispondrá el experto para emitir su dictamen. Ya hemos visto que será el Juez el que le hará el señalamiento del plazo, pero para el caso de que el perito no cumpliera el plazo fijado, creemos que, dada la importancia que ello tiene para la sociedad, el socio podrá recurrir en queja ante el Juez y caso necesario podría incluso pedir la designación de nuevo perito.

El tercer punto, en el que nuestro legislador mercantil hace uso de las posibilidades que le da el artículo 10 de la segunda Directiva, es en el relativo a la persona que debe hacer esa designación. Entre que sea una autoridad judicial o administrativa, elige y opta por la autoridad judicial, quizá por entender que sería difícil encontrar una autoridad administrativa con la suficiente infraestructura, medios e independencia para hacer esa designación. Sin embargo, con ello lo que hace la Ley es complicar aún más el proceso de formación de la sociedad a la que vayan a ser aportados bienes de la naturaleza que sean. Ello ha motivado que, con la salvedad del grupo parlamentario socialista, casi todos los demás grupos hayan planteado enmiendas al estudiado artículo 31.

Veamos estas propuestas de enmiendas para después hacer una crítica global del precepto.

El Grupo Parlamentario Vasco propone que esos expertos sean designados por las personas que han decidido constituir la sociedad, entre quienes reúnan las condiciones que reglamentariamente se establezcan. Es plausible esta propuesta, pues nos evitaría todas las complicaciones antes señaladas, pero la misma no es admisible, pues ello supondría tanto como dejar la valoración en manos de los socios, pues los peritos estarían ligados por el mandato imperativo del que los nombró. Además este sistema se sale totalmente de lo que ordena la Directiva y de la finalidad de ésta, que no es proteger a los socios, sino a los terceros que entren en contacto con la sociedad. Por tanto, el destino de esta enmienda, no sólo por no estar propuesta por los socialistas, sino por su contenido, está condenada al fracaso.

Los Catalanes, con el sentido práctico que les caracteriza, a través del Grupo de Minoría Catalana, proponen que los expertos sean simplemente aceptados por el Juez del domicilio social. Esta enmienda es interesante, pues vemos que entra dentro de lo que exige la Directiva comunitaria, cumpliéndola en sus términos literales al hacer uso de una de las opciones antes vistas, y simplificaría grandemente de los bienes necesarios para el desarrollo de su objeto. Sin embargo, esto que puede parecer neutro o de poca importancia para la sociedad, pues el fin final de que los bienes pasen al dominio de la persona jurídica se consigue con uno u otro medio, tiene una gran importancia en el terreno de la fiscalidad, que no olvidemos es el que mueve las grandes decisiones empresariales y el que mediatiza en gran parte la aplicación del Derecho. Efectivamente: En orden al Impuesto de Operaciones Societarias, una sociedad a la que, por ejemplo, se le aportaran bienes inmuebles sólo pagaría por el concepto de aportación el 1 por 100 de su capital y, por tanto, el 1 por 100 del valor asignado a los bienes aportados. Por el contrario, el empresario que deseando dar rapidez a la constitución de su sociedad y evitar gastos en principio innecesarios, suprimiera las aportaciones no dinerarias, sustituyéndolas por adquisiciones onerosas una vez constituida la sociedad, se encontraría con la desagradable sorpresa de que ese 1 por 100 a pagar por Operaciones Societarias se le transforma en un 6 por 100, que tendría que abonar por el concepto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas o incluso llegando más lejos, en un 12 por 100 a pagar por el IVA en el caso de que los bienes aportados procedieran de un empresario dedicado habitualmente a la venta de bienes de la clase que interesara a la sociedad o de fincas que no tuvieran la naturaleza de rústicas ni se tratara de viviendas, garajes o anexos de las mismas. Por ello pensamos que tanto uno como otro sistema son malos y que el empresario que quiera constituir una sociedad a la que se aporten bienes inmuebles lo mejor que puede hacer es acudir al expediente de la sociedad de responsabilidad limitada en la cual no existe este problema de valoración de aportaciones no dinerarias y además al haberse suprimido el límite de los 50.000.000 de pesetas a partir del cual toda sociedad que limitara en cualquier forma la responsabilidad de sus socios y tuviera un capital superior a esa cantidad debería revestir forzosamente la forma de anónima, la vestidura de la sociedad limitada puede perfectamente servir para la gran empresa, o la mediana con vocación de grande. Es más, si en un futuro al empresario le interesara pasar a ser sociedad anónima, podría perfectamente hacerlo acudiendo al expediente de la *transformación* que, a pesar de sus requisitos y habiéndose suprimido hoy el derecho de separación de los socios, que era su principal inconveniente, se encuen-

tra sumamente facilitado y aligerado de trámites, con lo cual y dando un rodeo conseguiríamos el propósito inicial de fundar una sociedad anónima con aportaciones no dinerarias y evitar, en el momento clave de la fundación de la sociedad, el retraso que supondría el seguir con fidelidad los engorrosos trámites y condicionamientos que supone el artículo 31 de la LSA. Precisamente para evitar este posible fraude de ley, el artículo 140 de la Ley, bajo el epígrafe de «Transformación en Sociedad Anónima», nos dice que el informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social no dinerario se incorporará a la escritura de transformación.

Vemos, por tanto, que la Ley no deja abierto el portillo de la transformación para burlar lo dispuesto en el tantas veces citado artículo 31. Sin embargo, podemos considerar interesante esta operación de transformación, pues si no todos, algunos de los inconvenientes de la valoración hecha por expertos independientes se eliminan, al estar ya constituida la sociedad y poder seguir funcionando la misma con normalidad durante el proceso de transformación, sin tener que estar pendientes, dada la rapidez con que se hacen los negocios mercantiles de una designación, una aceptación y un informe cuya mayor o menor celeridad dependerán de un elemento totalmente aleatorio como será la mayor o menor competencia del experto que nos toque en suerte, y ello sin entrar ya en consideraciones sobre los gastos tan cuantiosos que será necesario hacer para esa expertización cuando todavía no tenemos seguridad alguna sobre la rentabilidad o no del negocio que emprendemos con tantas trabas y dificultades. Concluyendo, y antes de entrar en el examen pormenorizado de las diferencias con la legislación vigente, estimamos y aconsejamos que en caso de aportaciones no dinerarias a una sociedad se acuda al expediente de la Sociedad de Responsabilidad Limitada o de adquisiciones onerosas realizadas con posterioridad a la constitución. Para terminar este apartado no podemos dejar de indicar que el Grupo Socialista del Congreso no ha propuesto ninguna enmienda al artículo 31, por lo que podemos considerar su redacción como definitiva, dada la proclividad tan acusada del partido en el poder a no dar entrada en las leyes a enmiendas que no sean las presentadas por ellos mismos.

D) Diferencias con la legislación vigente

Vamos ahora, a dar unas breves indicaciones sobre la legislación vigente hasta la fecha, para que se pongan más de manifiesto las sensibles diferencias con las que empezará a regir a partir de 1 de enero de 1989.

De las garantías para asegurar la verdad y suficiencia de las apor-

taciones no dinerarias se ocupa el artículo 32 de la vigente Ley, estableciendo que «los administradores de la Sociedad Anónima, dentro del plazo de cuatro meses a contar desde su constitución, están obligados a revisar la valoración de las aportaciones no dinerarias». Como vemos, se trata de un control interno y no externo a la sociedad. Esta es la principal diferencia con la legislación futura en la que el control estará totalmente fuera del poder de administradores y socios. Continúa el precepto diciendo que dentro de los cuatro meses siguientes cualquier accionista podrá solicitar del Juez de Primera Instancia el nombramiento de un perito que revisará la valoración efectuada por los administradores. En caso de discrepancia entre las dos valoraciones, el Juez decidirá cuál es la justa. Hasta que la revisión no se realice o transcurra el plazo en que puede solicitarse, los accionistas aportantes no podrán obtener los títulos definitivos de sus acciones. Aquí todo el proceso, pues la función del Juez se limitaría a aceptar la propuesta hecha por todos los socios, comprobando la solvencia y honestidad profesional de la persona encargada de la peritación. Ello simplificaría bastante las cosas y daría rapidez al proceso de formación y constitución de la sociedad. Sus inconvenientes serían los mismos señalados para la propuesta de los vascos, pero con la diferencia de que al intervenir en una de las etapas del proceso la autoridad judicial le daría una seriedad y unos visos de autenticidad de los que carecería sin ella.

Quizá la propuesta más interesante sea la de la Coalición Popular, aunque nos tememos que su destino sea el mismo que el de las otras enmiendas propuestas. Este Grupo sugiere una redacción completamente distinta del apartado tercero que estudiamos. Su redacción sería la siguiente: «Las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes, con título adecuado para ello. El informe de los expertos contendrá la descripción de cada una de las aportaciones no dinerarias, con sus datos registrales, en su caso, así como los criterios de valoración adoptados, con indicación de si los valores a que éstos conducen corresponden al número y valor nominal y, en su caso, a la primera emisión de las acciones a emitir como contrapartida. El informe se incorporará al documento público de constitución de la sociedad y deberá ser aprobado en la primera Junta general que se celebre. El nombramiento de los expertos deberá ser comunicado a la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la forma que reglamentariamente se determine, pudiendo ser rechazados por ésta mediante acuerdo fundado. Cuando el volumen del valor de los bienes aportados exceda de 500.000.000 de pesetas será necesario que los peritos se encuentren colegiados oficialmente».

Como vemos, los principios en que se basa la plausible enmienda de la Coalición Popular, prescindiendo de toda connotación política, son diametralmente opuestos a los que informan el proyecto de ley gubernamental y, sin embargo, al contrario que pasaba con las otras enmiendas vistas hasta ahora, no podemos decir que ésta se aparte de los cauces que marca el artículo 10 de la segunda Directiva. Efectivamente: El informe lo hacen expertos independientes; son aceptados y eventualmente pueden ser rechazados, y la autoridad que lleva a cabo esa aceptación no rechazo es una autoridad administrativa, lo cual también está autorizado por el Derecho comunitario. Estas, junto con otras, son precisamente las razones alegadas por el Grupo Parlamentario de la Coalición Popular a la hora de justificar la conveniencia de su enmienda. Así nos habla de la distinta variedad de aportaciones no dinerarias que pueden darse dentro de la vida mercantil. De lo complicado y costoso del procedimiento en el caso de aportaciones de escaso valor e importancia. Del retraso que puede suponer para la constitución de la sociedad todos los trámites de designación judicial de los peritos. Del hecho de recargar con más funciones los ya de por sí recargados y lentos órganos judiciales. Y, en definitiva, que no se debe ser muy rigorista en este punto, si no se quiere perjudicar el normal desenvolvimiento de la vida mercantil. Como hemos apuntado anteriormente, nos parece bastante aceptable esta enmienda del Grupo Popular. Simplifica grandemente las cosas, abarataría con casi toda seguridad los costes de constitución de las sociedades, los hace más rápidos y eficaces y no podemos decir que disminuyan las garantías para los terceros al dar intervención en la designación de peritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, de la que no podemos poner en duda la independencia de sus resoluciones. Sin embargo, mucho nos tememos que esta enmienda corra la misma suerte que todas las demás, es decir, ser oída sin escucharla ni meditarla por proceder de quien procede, y ser rechazada de plano sin más trámites.

Finalmente, y para terminar este apartado de las enmiendas presentadas al proyecto de ley, no podemos dejar de aludir a la de Izquierda Unida, que propone lisa y llanamente la supresión total del apartado tercero del artículo 31 de la Ley. Pese a lo radical de esta reforma, y de que la misma podría hacernos sonreír, el fundamento y motivación de la misma es casi idéntico al de la enmienda presentada por el Grupo Popular, es decir, suprimir cargas burocráticas que darían lentitud al proceso, evitar una fuga de aportaciones no dinerarias, hacia las adquisiciones onerosas, que después trataremos, y darle mayor celeridad al proceso de formación de la sociedad. Sin embargo, esta enmienda, aunque nos guste, no tiene ninguna posibilidad de prosperar, no sólo por

ser propuesta fuera del Partido Socialista, sino porque la misma queda fuera del mandato imperativo que supone la necesaria adaptación de nuestra Ley a las Directivas comunitarias que, como hemos visto, exigen el informe con carácter imperativo.

C) *Problemas que plantea la nueva regulación*

Los problemas que plantea la nueva regulación de las aportaciones no dinerarias son de tal calibre que mucho nos tememos que a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley sean muy pocas las sociedades que se constituyan a partir de aportaciones no dinerarias. Sobre todo para la pequeña y mediana empresa, que no podrá correr con los gastos que supone la peritación ni estará dispuesta a soportar los retrasos que conlleva toda la tramitación del artículo 31, precisamente en una materia como la mercantil, caracterizada por su rapidez y celeridad. Las aportaciones no dinerarias quedarán para las grandes empresas, para aquellas que se constituyen con grandes medios materiales y para las cuales el retraso de unos meses no supone perjuicio apreciable alguno, pues los estudios que dan lugar a estas sociedades pueden ya llevar consigo la peritación y expertización de los bienes aportados. Sin embargo, cuando no se den estas circunstancias, creemos que las empresas se constituirán sólo a base de aportaciones en metálico, acudiendo posteriormente a la adquisición onerosa si se introduce ya un elemento extraño a la sociedad. El perito designado por el Juez a solicitud de cualquier accionista y con ello se produce un relativo acercamiento a la legislación nueva. Relativo porque esta revisión y nombramiento de perito es en todo caso posterior a la constitución y sólo puede darse a petición de algún socio. Por ello, como apunta DE LA CÁMARA ALVAREZ, el precepto deja bastante que desear, sobre todo en la constitución simultánea, única que suele darse en la práctica, añadimos nosotros, pues en este caso de fundación simultánea los accionistas fundadores controlan casi siempre la administración de la sociedad, al menos durante los ocho meses siguientes a su constitución; de aquí que las revisiones no se cumplan y, si se cumplen, lo son de un modo formulario.

Puestas ya de manifiesto las profundas diferencias que van a existir entre el actual precepto del artículo 32 y el futuro del artículo 31 de la nueva Ley, diferencias abismales, pues en la actualidad la revisión de las aportaciones no dinerarias prácticamente no existe, mientras que con la nueva Ley van a ser un requisito *sine qua non* para poder constituir una sociedad con aportaciones no dinerarias, vamos a fijarnos más detenidamente en el contenido del nuevo artículo 31 de la LSA.

E) *Examen crítico del artículo 31 de la nueva Ley*

El principal problema que planteará este artículo en la práctica, como apunta el profesor PÉREZ DE LA CRUZ, a quien seguimos en estas notas, es el de hasta qué punto cuenta España con la infraestructura humana capacitada y habituada para llevar a cabo escrupulosamente el delicado cometido que les asigna el artículo 31 de valorar y expertizar las aportaciones no dinerarias. Nos tememos que no existen tales expertos con las características de funcionamiento que requiere el moderno **Derecho de sociedades**. Hasta ahora los expertos en valoraciones contabilidad más bien han servido para dar opacidad y poca transparencia a las materias sometidas a su examen que para llevar a cabo valoraciones que sirvan como garantía a los terceros y a los socios, que es lo que pretenden las Directivas comunitarias. No obstante, y aunque el cambio no se produzca de la noche a la mañana, confiamos en que **con el tiempo la vida contable y auditora se normalice en nuestro país**. Así podremos pasar del llamado Estado de las Autonomías al Estado de las Auditorías, como reflejo del modelo que funciona más allá de los Pirineos en los países que forman parte de la Comunidad Económica Europea.

El segundo punto a considerar es el del ámbito del precepto. La Ley nos habla que el informe será necesario a todas las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza. Ello es criticable, pues establece un sistema igual de complicado para aportaciones en las que hay poco que valorar, piénsese, por ejemplo, en una aportación de valores cotizados en Bolsa o en créditos perfectamente documentados, líquidos y exigibles, que para una aportación de bienes inmuebles gravados con servidumbres, arrendados o con otras cargas de difícil valoración o incluso sujetos a condiciones resolutorias en el que los criterios de valoración no sólo van a depender de criterios económicos, sino también jurídicos. Sabemos lo difícil que hubiera sido establecer un doble sistema de valoración según la naturaleza de los bienes, pero no por ello podemos dejar de criticar un precepto que en la generalidad de los casos va a provocar en la mediana empresa enormes dificultades, tanto económicas como de rapidez en la evacuación de los informes económicos necesarios para incorporar a la escritura, por lo que en la generalidad de los casos mucho nos tememos de que las aportaciones no dinerarias, como antes apuntamos, van a desaparecer en la constitución de sociedades, siendo sustituidas por adquisiciones onerosas hechas con posterioridad a su constitución, dando lugar a lo que impropriamente se ha dado en llamar por la doctrina alemana «fundación retardada» y de la que más adelante nos ocuparemos. Quizá la Ley, para aportaciones

de escasa importancia o de una naturaleza tal que racionalmente se excluyera el fraude, debiera haber intentado otro sistema con menos formalidades y requisitos que cumpliendo en su espíritu la Directiva comunitaria, hubiera evitado problemas, gastos y dilaciones en la constitución de sociedades para muchas de las cuales la aportación de elementos distintos del dinero son consustanciales para su existencia. Piénsese en el caso bastante frecuente de constitución de sociedad para llevar a cabo determinadas obras o construcciones en las cuales es frecuente aportar los elementos del trabajo (carretillas, pequeña herramienta para la construcción, etc.) y que para proceder a la valoración de esos elementos, que deben pasar a propiedad de la sociedad, deben montar todo el entramado de nombramiento judicial que el artículo 31 establece. Piénsese también en las Sociedades Anónimas Laborales, para las cuales también será de aplicación el artículo 31 y en las cuales también es bastante frecuente la aportación de los elementos o herramientas de trabajo. A todas estas sociedades, a partir de la entrada en vigor de la Ley, se las obliga o bien a acudir a lo que antes hemos llamado fundación retardada, adquiriendo con posterioridad todos esos elementos necesarios para su funcionamiento, o bien a constituirse como sociedades de responsabilidad limitada cuando su vocación quizá fuera la de constituirse como anónima o disfrutar de las ventajas fiscales de las anónimas laborales. Sin embargo, el precepto está como está y no creemos que vaya a ser cambiado en la discusión parlamentaria de la Ley. Por ello proponemos cierta flexibilidad en su aplicación, tanto por parte de los Jueces, que son los designados para llevar a cabo esos nombramientos de peritos, como de los Registradores Mercantiles, que serán los encargados de calificar la adecuación de las valoraciones con lo ordenado por la Ley. Los Jueces, ante aportaciones de poca importancia, deben abreviar los trámites para la designación de peritos e incluso sin merma de su independencia establecer ciertas reglas en cuanto a rapidez y economía a que deben sujetarse sus informes. Y los Registradores no deben extremar su rigor y celo ante dictámenes que o bien por su forma o por su contenido o por la titulación del emitente no se adecúen al espíritu de la Ley, siempre que se den las circunstancias anteriores, de poca importancia de las aportaciones no dinerarias en relación al capital de la sociedad o por la propia naturaleza de dichas aportaciones.

El segundo punto que debemos de tratar en relación con el artículo 31 es el de la titulación necesaria para poder emitir el informe requerido por la Ley.

El artículo 31 de la Ley sólo nos dice que han de ser uno o varios expertos independientes. Por tanto, sólo este requisito de independencia es el exigido por la Ley de Sociedades Anónimas para que el experto

pueda dar su informe sobre los bienes que van a ser objeto de aportación a la sociedad. Esa independencia que predica la Ley, lógicamente debe referirse a independencia de los futuros socios y de la sociedad, y en este punto desembocamos en las posibles causas de recusación, que ya antes apuntamos a propósito de la designación por parte del Juez. Fuera de esto la Ley nada nos dice y, por tanto, será el Juez el que según su leal saber y entender y teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes designará a un experto de una u otra profesión, siempre la más adecuada para poder emitir el informe con las mínimas garantías de seriedad y justeza que quieren las Directivas comunitarias. En ocasiones, y si la naturaleza de los bienes aportados es muy diversa, será preciso designar varios expertos, cada uno con la titulación adecuada, para los bienes de que se trate. Ante estas dificultades, entendemos que lo que se impondrá será el confiar el informe a una empresa especializada en auditorías, que a través de sus diversos técnicos podrán emitir el informe adecuado en cada caso. De todas formas, y ante la falta de precisión de la Ley, creemos que será el Reglamento del Registro Mercantil el que tendrá que venir a regular toda esta materia con más detalle, pues la estimamos de gran importancia en los procesos de fundación de sociedades y que, por su novedad en nuestra patria, puede dar lugar a multitud de problemas y dificultades.

En cuanto al contenido del informe, la Ley nos dice que el mismo contendrá la descripción de cada una de las aportaciones no dinerarias, con los datos registrales, en su caso, así como los criterios de valoración adoptados, con indicación de si los valores a que éstos conducen corresponden al número y valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida. Como vemos, lo fundamental es que el informe contenga la descripción; descripción que debe ser lo más detallada posible y en el caso de los inmuebles debe contener obligatoriamente sus datos registrales. En este punto consideramos aplicable a la nueva regulación la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de abril de 1981 sobre los datos y circunstancias que han de incluirse en la descripción de aportaciones no dinerarias. En efecto, para la Dirección General la descripción debe cubrir, desde luego, las exigencias específicas de la legislación inmobiliaria cuando lo aportado sea un bien de esta naturaleza, a tenor de lo dispuesto en el artículo 103 del RRM. Pero, en todo caso, la descripción ha de ser la suficiente para permitir la perfecta identificación del bien aportado, ya que «esa identificación y pertenencia a la sociedad de los bienes interesa no sólo a los socios, sino también a terceros y acreedores...».

Fuera de ello lo que debe contener el informe son los criterios de

valoración adoptados, pero no el verdadero valor que los expertos asignan a los bienes, sino si con esos criterios el valor de los bienes cubren el valor nominal y en su caso la prima de emisión de las acciones que al aportante se dan como contrapartida. Es decir, que lo que desea la Ley, de acuerdo con la finalidad declarada de proteger a los terceros, es que el valor de los bienes en ningún caso pueda ser inferior, pero no impide que ese valor sea superior, de tal forma que el informe no garantizará el verdadero valor de los bienes, sino simplemente esa adecuación que es la querida por la Ley. No se trata, por tanto, de transparencia fiscal y se podrán seguir encubriendo plusvalías en aportaciones a sociedades, pues a la Ley en este punto lo único que le preocupa es garantizar frente a todos que el valor de las acciones ha sido debidamente cubierto con la aportación de bienes o derechos hecha a la sociedad. Al hilo de ello debemos hacer referencia a un problema que puede surgir con posterioridad a la constitución e inscripción de la sociedad, y es el de si a pesar de este informe y de las garantías que la Ley rodea a las aportaciones no dinerarias, alguno de los socios, bien sea originario o sobrevenido, no estuviera de acuerdo con el informe emitido por los expertos independientes. Para solucionar este problema el anterior artículo 32 de la LSA venía a establecer un doble sistema de revisión de las aportaciones no dinerarias. Uno en el plazo de cuatro meses por los administradores de la sociedad, totalmente en desuso y que incluso el Tribunal Supremo admitió que podía realizarse con carácter tácito, sobre todo si los administradores eran los mismos que en el momento de constitución de la sociedad, y otra revisión que podía realizarse en el plazo de los cuatro meses siguientes a petición de cualquiera de los socios. Hasta que estas revisiones no se realizaran o pasara el plazo de las mismas el aportante no podría obtener los títulos definitivos de sus acciones. Pues bien, la nueva Ley ha suprimido completamente estas dos revisiones, pensando que con el informe de los expertos independientes estarían plenamente a cubierto tanto los intereses de los socios como los de los terceros que entran en relación con ella y para los cuales la cifra de capital constituye su única garantía. Vemos cómo la Ley a este informe quiere darle un valor absoluto, pues, una vez emitido, parece que todos los intervinientes, como fundadores en la escritura de constitución, están obligados a pasar por él. No obstante, creemos que si, con posterioridad a la constitución, algún socio, que puede o no ser fundador, acudiera al Juez en petición de que el informe sea revisado, por ser lesivo para sus intereses o los de la sociedad, el Juez, si estimara fundada la petición, debería nombrar otro experto que realizaría una nueva valoración a petición del accionista insatisfecho con la valoración dada a las aportaciones no dinerarias, y si de este segundo informe

resultara que la valoración dada a los bienes o derechos aportados es excesiva, procedería, sin perjuicio de las exigencias de responsabilidades al primero primeros expertos, la reducción de capital, con anulación de sus acciones al socio aportante, lo que, dado el principio de capital mínimo introducido en la nueva Ley, podría tener una nueva implicación, pues si como consecuencia de ese menor valor dado a las aportaciones no dinerarias el capital de la sociedad quedara por debajo del listón de los diez millones de pesetas exigidos en el artículo 4, lo que habría que hacer en este caso sería o bien completar el capital hasta la cifra mínima exigida o bien, como apunta el artículo 101, *d*), párrafo 5, proceder a la transformación de la sociedad en otro tipo social sin exigencias de mínimo de capital.

Sin embargo, estas soluciones tropiezan no sólo con la falta de previsión legal al respecto, sino también con el hecho de que al suprimir este sistema de revisión pueda pensarse, como se ha apuntado antes, de que la Ley da un valor absoluto al informe. No creemos que deba ser así, pues el informe, teniendo en cuenta la falibilidad humana puede ser incorrecto, obligando en tal caso al accionista a acudir a otros medios más largos y costosos para remediar el informe defectuoso. Por tanto, pensamos en la conveniencia de que en la reforma del Reglamento del Registro Mercantil se diera paso a esta posibilidad estableciendo al mismo tiempo un plazo prudencial dentro del cual podría ser pedida esta revisión y pasado el cual el informe sobre valoración dado por los expertos se consideraría firme y ya no sería posible su revisión.

Finalmente la Ley obliga a que el mencionado informe sea incorporado a la escritura de constitución de la sociedad. Entendemos que esa incorporación debe ser a la escritura matriz para su reproducción en las copias, asegurándose así la perpetua conservación del informe, la posibilidad de que el mismo sea reproducido en ulteriores copias y el evitar manipulaciones posteriores que pudieran alterar su contenido. En cuanto a la posible calificación registral del informe, creemos que la misma debe limitarse al hecho de que la designación por el Juez sea correcta y ajustada a las disposiciones legales aplicables al caso, así como a que el informe cumpla las prescripciones legales y jurisprudenciales en cuanto a la descripción de los bienes. Fuera de esto no podrá el Registrador entrar a calificar el fondo del informe, pues tanto los criterios de valoración utilizados como el resultado a que se llega con esos criterios son materia que escapa a las facultades calificadoras del Registrador Mercantil.

Centraremos ahora nuestro estudio en los demás apartados de este artículo 31, en cuanto puedan tener relación con las aportaciones no dinerarias.

Lo primero que encontramos es la posibilidad de que se establezcan en la escritura y con carácter obligatorio para los socios prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital y sin que puedan formar parte de este último. A juicio de DE LA CÁMARA, esta posibilidad ya existía y existe en el Derecho vigente. Así, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de abril de 1961, había declarado válido el pacto en virtud del cual los socios se habían obligado a no hacerse la competencia. Ahora el Proyecto sanciona específicamente la posibilidad de pactar prestaciones accesorias, pero lamentablemente no ha abordado ni resuelto los múltiples problemas que el régimen de prestaciones accesorias puede suscitar. Estos problemas, señala DE LA CÁMARA, son los siguientes:

1.º ¿Cuál puede ser el contenido de la prestación accesoria? Los Estatutos deben determinarlas, pero al no especificar nada más entendemos que puede ser objeto de prestación accesoria todo aquello que pueda constituir el objeto lícito de una obligación, de conformidad con el artículo 1.088 del Código Civil, de suerte que cabrán tanto las obligaciones de dar como las de hacer y no hacer. Se deben excluir aquellas prestaciones accesorias que consistan en dinero, pues la prestación accesoria se debe establecer en función de la persona del socio y el hecho de proporcionar dinero a la sociedad en principio está al alcance de cualquiera. Esta, además, es la solución adoptada por el Derecho alemán y la que se sostiene para el Derecho italiano.

2.º La prestación accesoria no puede integrar el capital social ni servir de contrapartida a las acciones. Así se deduce del artículo 33 de la Ley y del 10 de la LSRL.

3.º ¿Cabe que las prestaciones accesorias se estipulen después de que la sociedad se haya constituido? Parece ser que sí, pero siempre sobre la base de que sean asumidas libremente por el socio al que se le impongan, pues entendemos que en ningún caso cabe que al socio se le impongan prestaciones accesorias contra su voluntad ni siquiera con las mayorías exigidas para la modificación estatutaria. Así vemos que el artículo 85 del Proyecto, idéntico al de la anterior Ley, establece que ninguna modificación de los Estatutos que implique nuevas obligaciones para los accionistas podrá hacerse sin la aquiescencia de los interesados.

4.º ¿Qué acontece si el socio o socios obligados a una prestación accesoria no la cumplen? Evidentemente cabrá reclamar el cumplimiento por vía judicial y si no fuera posible la ejecución en la forma específicamente pactada se reclamarán los daños y perjuicios consiguientes, sin perjuicio de la posibilidad de establecer cláusulas penales

para el caso de incumplimiento, una de las cuales podría ser la rescisión del contrato de sociedad respecto del socio que no cumpliera con las obligaciones impuestas.

5.º Finalmente, hay que preguntarse qué es lo que ocurre si el socio obligado a la prestación accesoria transmite sus acciones. Se ocupa de ello el artículo 47, c), que subordina la transmisión de estas acciones a la autorización por parte de la sociedad, salvo disposición contraria de los Estatutos. Esta autorización no es discrecional, ya que, según el mismo artículo, para que la transmisión de las acciones pueda subordinarse a la autorización de la sociedad es menester que en los Estatutos se mencionen las causas que permitan denegarla. El cumplimiento de esta exigencia es complejo en lo relativo a la transmisión de acciones con prestaciones accesorias y exigirá en cada caso examinar la naturaleza de la prestación accesoria para constatar si esa prestación es susceptible de ser cumplida por el adquirente.

De todos modos, concluye DE LA CÁMARA, debe reprocharse al Proyecto que después de haber admitido las prestaciones accesorias en la sociedad anónima no se haya preocupado de regular el régimen jurídico a que deben estar sometidas.

Los restantes apartados del artículo 31 se ocupan de aclarar o especificar las normas aplicables a determinados supuestos de aportaciones *in natura*. Así, si la aportación consiste en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos para el Código Civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de Comercio en orden a la transmisión de los riesgos. Norma idéntica a la de la anterior Ley, lo único que nos interesa destacar es que cuando se trate de aportación de derechos, éstos deben lógicamente ser transmisibles. Así no serán aportables los derechos de uso y habitación, ni tampoco las servidumbres prediales, con independencia del predio a que pertenezcan.

Si la aportación es de un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor. Será preciso, además, dar cumplimiento al artículo 1.527 del Código Civil, es decir, notificar la aportación al deudor para evitar que éste pague al aportante y quede libre de su aportación.

De la aportación de una empresa o establecimiento se ocupa el parágrafo 6, estableciendo que el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto, si el vicio o la evicción afectasen a su totalidad o a algunos de los elementos esenciales para su normal explotación. Procederá también el saneamiento individualizado de aquellos elemen-

tos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial. Con ello la nueva Ley en este punto se aparta de la regulación del anterior artículo 31, que en el caso de aportación de una empresa o establecimiento mercantil predicaba sin más la aplicación del artículo 1.532 del Código Civil. Responde así a las críticas de gran parte de la doctrina que ponían en duda la directa aplicabilidad del artículo 1.532 a la aportación de la empresa. Efectivamente, con el nuevo precepto se podrá pedir no sólo el saneamiento de la totalidad, sino también el saneamiento de elementos individualizados.

Finalmente concluye el precepto aclarando que toda aportación se entiende hecha a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo. Algo obvio y que no requiere comentarios. No nos extendemos más en estos apartados del nuevo artículo por ser, como hemos visto, similares al del anterior artículo 31.

2) ADQUISICIONES ONEROSAS

Una vez finalizado el somero estudio de las aportaciones no dinerarias en el momento de fundación de la sociedad, normas y doctrina que también serán aplicables a los sucesivos aumentos de capital, vamos a pasar a examinar las adquisiciones onerosas realizadas por la sociedad dentro de determinado plazo a partir de su constitución. De ellas se ocupa el artículo 31, *a*), de la nueva Ley bajo el epígrafe de «Aprobación de adquisiciones onerosas».

Dice este precepto que «las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro de los dos primeros años a partir de su constitución habrán de ser previamente aprobadas por la Junta general, siempre que el importe de aquéllas exceda de la décima parte del capital social. Con la convocatoria de la Junta deberá ponerse a disposición de los accionistas un informe elaborado por expertos independientes y otro por los administradores». Añade finalmente el precepto que «lo dispuesto anteriormente no será de aplicación a las adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad, ni a las que se verifiquen en un mercado bursátil o en subasta pública».

Esta norma, como la del anterior artículo 32, se enfrenta con lo que la doctrina alemana llama la «*fundación retardada*». En qué consiste esta fundación retardada. Nos lo explica DE LA CÁMARA en sus *Estudios de Derecho Mercantil*: «Se constituye una sociedad simulando aportación de dinero cuando en realidad se aportan bienes. Estos se adquieren merced a una compra, también simulada, posterior, y de esta forma se da salida al supuesto metálico. La combinación persigue eludir las normas sobre la aportación de bienes *in natura*.

Una vez expuesto el nuevo artículo 31, y lo que con el mismo se pretende evitar, vamos a realizar su exégesis a través de los siguientes puntos:

1. *Diferencias con la legislación anterior*

Estas diferencias son bastante notables: Efectivamente, el último párrafo del anterior artículo 32 se limitaba a decir que las adquisiciones onerosas realizadas por la sociedad dentro del primer año a partir de su constitución deberán ser aprobadas necesariamente por la Junta general, previo informe escrito de los administradores, siempre que el importe de aquéllas exceda de la décima parte del capital social.

Las diferencias son patentes y manifiestas y las vamos a señalar una por una, sin perjuicio de volver después sobre ellas al examinar el precepto con más detenimiento.

Lo primero que salta a la vista es el aumento del plazo durante el cual las adquisiciones onerosas están limitadas y, por tanto, afectadas por este artículo. De un año se pasa a dos años, con lo que se dificulta, al imponer un plazo más largo, el fraude que precisamente se pretende evitar con este precepto. La segunda diferencia es que antes se hablaba de aprobación por la Junta general, lo que es un requisito *a posteriori*, y hoy se habla de que deben ser aprobadas previamente por la Junta general, con lo que, mientras no se llene este requisito no podrá verificarse la adquisición. Antes sólo era preciso el informe de los administradores; hoy, además de este informe, se requiere también, a semejanza de lo que ocurre con las aportaciones no dinerarias, un informe realizado por expertos independientes. Sin embargo, la diferencia más importante quizá esté en el último párrafo del actual artículo 31, al señalar las excepciones a la regla general que antes no existían. Estas excepciones (operaciones ordinarias de la sociedad y compra en subasta pública o mercado bursátil), por su importancia, las examinaremos más adelante.

El artículo en su redacción anterior fue objeto de una dura crítica, ya que, como decía DE LA CÁMARA, el remedio con el que se pretendía combatir el fraude, aparte de inocuo, de cara al menos a la fundación simultánea, era perturbador. No se comprende en la fundación simultánea qué garantía puede representar que la Junta (integrada ordinariamente por los mismos fundadores) apruebe la adquisición de los administradores. Claro es que los accionistas, dentro del plazo de un año a que se refería el artículo 32, pueden cambiar, pero si realmente se ha obrado en fraude de la Ley, el fraude se consumará antes de que los socios cambien. En la fundación sucesiva podría tener alguna virtualidad en relación a los socios, pero no así frente a los acreedores, que tendrían que entablar en todo caso la acción de simulación para luego vérselas

con el artículo 29 de la Ley, que los deja sin protección frente a valoraciones exageradas. Aparte de ineficaz, sigue diciendo DE LA CÁMARA, el precepto es perturbador, pues en muchos casos no hay fraude alguno, y, sin embargo, todos los contratos que entran en la previsión de aquella norma, debían ser aprobados por la Junta general. Ahora bien, ¿qué carácter tenía la aprobación por la Junta general? BERGAMO decía que la aprobación operaba como una *conditio legis*, es decir, que si la adquisición se llevaba a cabo, quedaba sujeta a la condición suspensiva de que se produzca el correspondiente acuerdo aprobatorio. Sin embargo, en opinión de DE LA CÁMARA, y según se deduce del texto, lo que ocurre es que los administradores no tienen poderes suficientes para efectuar por sí solos las adquisiciones a que se refiere el artículo 32 de la Ley. De aceptar la tesis de BERGAMO, la otra parte quedaría vinculada *sine die*, pues el artículo 32 no señala plazo durante el cual debería recaer la aprobación o desaprobación de la Junta general. Por consiguiente, con esta otra tesis se podría aplicar el artículo 1.259 del Código Civil y la contraparte podría revocar el consentimiento antes de que recaiga la aprobación de la Junta.

2. *Motivos de la reforma*

Al igual que vimos anteriormente en materia de aportaciones no dinerarias, el motivo fundamental de la reforma de esta materia en la nueva Ley de Sociedades Anónimas es la de buscar una adaptación de nuestras leyes mercantiles con las Directivas comunitarias en materia de sociedades. En efecto, el artículo 11 de la segunda Directiva viene a regular esta materia, siempre bajo su punto de vista de la protección de los terceros, estableciendo la siguiente doctrina: «La adquisición por parte de la sociedad de cualquier activo perteneciente a una persona o a una sociedad de las que hayan firmado los Estatutos o la escritura de constitución de la sociedad, por un contravalor de al menos la décima parte del capital suscrito, será objeto de una verificación y de una publicidad análogas a las previstas para las aportaciones no dinerarias, y se someterá a la aprobación de la Junta general, cuando esta adquisición tenga lugar antes de la expiración del plazo fijado por la legislación nacional en al menos dos años a partir del momento de la constitución de la sociedad o del momento de la obtención de la autorización de comenzar sus actividades. Igualmente, los Estados miembros podrán prever la aplicación de estas disposiciones cuando el activo pertenezca a un accionista o a cualquier otra persona.» Termina el artículo 11 diciendo que lo anteriormente dispuesto no se aplicará ni a las adquisiciones hechas en el marco de las operaciones corrientes de la sociedad

ni a las adquisiciones hechas por iniciativa o bajo control de una autoridad administrativa o judicial ni a las adquisiciones hechas en Bolsa.

A la vista de esta norma comunitaria podemos observar algunas diferencias con nuestro artículo 31. De una parte, la Directiva no fija el plazo, sino que se limita a señalar el mínimo durante el cual las legislaciones de los Estados miembros deben establecer estas limitaciones. De otra parte, la Directiva está fundamentalmente pensada para evitar un perjuicio a la sociedad mediante la confabulación de sus administradores con alguno o algunos de los socios fundadores. Pero también permite que se establezca la limitación cuando la adquisición onerosa proceda de otra persona y esto es precisamente lo que hace el artículo que comentamos. Quizá por ello haya optado por establecer el plazo mínimo para dar cumplimiento a la norma comunitaria, pues extender a un plazo más amplio la limitación resultaría demasiado perturbador para la sociedad. Finalmente, la Directiva nos dice que se deberán observar en estos casos los mismos requisitos que para las aportaciones no dinerarias. Y en este punto es donde se aparta más claramente nuestra legislación del artículo 11 comentado, pues lo único que exige el artículo 31 es la aprobación de la Junta general, eso sí con un informe preceptivo de expertos independientes y un informe de los administradores, pero, y esta es la fundamental diferencia, esos expertos sólo requieren eso, ser expertos y ser independientes, sin que los mismos tengan que ser designados por el Juez del domicilio de la sociedad que era precisamente el principal escollo con el que opinábamos se iban a tropezar las aportaciones no dinerarias a partir de la nueva Ley. Con ello lo que nos tenemos que preguntar es si el Derecho español se aparta de las Directivas comunitarias en esta materia. Rotundamente sí y creemos que con bastante acierto, pues someter todas las adquisiciones de la sociedad durante dos años y siempre que excedan de la décima parte del capital social al complejo sistema de las aportaciones no dinerarias nos parecería excesivo y que en la práctica esas adquisiciones no se verificaran o si lo fueran permanecieran ocultas hasta la finalización del plazo de los dos años. Lo que puede provocar esta diferencia entre aportaciones no dinerarias y adquisiciones onerosas es que se produzca, a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, y, además, con gran frecuencia, el fenómeno que se quiere evitar con estos preceptos; es decir, la «fundación retardada». Efectivamente, la sociedad, al constituirse con aportación de bienes de cualquier naturaleza, puede optar por sustituir esos bienes por numerario en el momento de la constitución y después acudir a la adquisición por la sociedad de los bienes que se desea integren su patrimonio, pues en este último caso, aparte de no tener que acudir al Juzgado para la designación de los expertos indepen-

dientes, sino de ser la misma sociedad la que los designa, con lo cual pensamos que se ahorra tiempo y dinero, el sistema no rige cuando se trate de las operaciones ordinarias de la sociedad (más adelante veremos el posible sentido de esta expresión) ni cuando en la adquisición intervenga una autoridad judicial o administrativa o se trate de compra en un mercado bursátil.

3. *Análisis del precepto*

Vamos a pasar ya al examen pormenorizado de la nueva norma deteniéndonos sobre todo en la cuestión relativa a la adquisición de bienes inmuebles por su relación con el Registro de la Propiedad.

El primer problema con el que nos encontramos es el de precisar qué es lo que a estos efectos debemos entender por constitución de la sociedad, pues es a partir de esa fecha cuando se empiezan a contar los dos años en que para la adquisición onerosa de bienes se requiere la aprobación de la Junta general. GARRIGUES, en relación al anterior artículo 32, opinaba que la constitución se refería al momento en que la sociedad quedaba inscrita en el Registro Mercantil, pues es precisamente en ese momento cuando se produce la adquisición de la personalidad por la sociedad. En contra, DE LA CÁMARA sostiene que los dos años se contarán desde el momento del otorgamiento de la escritura de constitución, alegando para ello la índole excepcional de la restricción que dicho precepto establece y de que no hay razones para suponer que el artículo ha querido referirse al total proceso fundacional que efectivamente termina con la inscripción. Estimamos que ambas posturas, no sólo por la autoridad científica de quienes las defienden, tienen apoyo dentro de la teoría general de la constitución de la Sociedad Anónima. Pero, sin embargo, creemos que cabe una tercera postura que a nosotros nos parece más acertada, a pesar de no concordar con los términos literales del precepto, aunque sí con su espíritu. Esta postura sería contar el plazo de los dos años a partir de la fecha de comienzo de las operaciones. Esta fecha unas veces coincidirá con la fecha de la escritura, otras con la de la inscripción en el Registro, y puede haber otras, las más raras, que no coincidan con ninguna de dichas dos fechas, pero, en definitiva, es la que nos marca el momento a partir del cual la sociedad ha empezado a operar en el comercio y, por tanto, es la fecha en que puede empezar a verificar adquisiciones, que es precisamente lo que determina la aplicación del precepto que comentamos, todo lo cual lo entendemos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley sobre la aprobación de los actos o contratos realizados con anterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución o con ante-

rrioridad a la inscripción registral. En apoyo de esta tesis nuestra de señalar, como momento a partir del cual se cuenta los dos años, la fecha de comienzo de las operaciones señalada en la escritura de constitución acudimos al mismo artículo 11 de la segunda Directiva, inspirador de nuestro actual artículo 31, y en él vemos que el plazo se puede contar o bien a partir de la constitución o bien a partir del momento de la obtención de la autorización de comenzar sus actividades. Nuestra Ley ha optado por establecer que se cuente el plazo a partir de la constitución, pero ante lo impreciso del término y ante las discusiones doctrinales que, como hemos visto, se plantean al interpretar análoga frase en el anterior artículo 32, no creemos descabellada, aunque sea hacer decir al precepto lo que el precepto no dice, el sostener que el plazo, hoy de dos años, se contará a partir de la fecha de comienzo de las operaciones. Apoyan esta postura dos argumentos fundamentales: uno, que es precisamente a partir de esta fecha, como hemos apuntado antes, cuando pueden empezar a producirse las adquisiciones que debe aprobar la Junta general y parecería totalmente ilógico el que se contara la fecha, a partir de un momento en el que ya es posible que se hayan verificado adquisiciones o bien aceptando la tesis de DE LA CÁMARA de contar el plazo a partir de la fecha de la escritura, puede llevar, en casos extremos, en que la fecha de comienzo de las operaciones por cualquier causa sea muy posterior, a que la prevención del artículo 32, hoy 31, quede ineficaz. La otra razón a la que aludíamos es la de que debemos tener en cuenta los antecedentes del precepto actual, que no es otro que el artículo 11 de la segunda Directiva, en el cual se deja previsto específicamente que el plazo pueda contarse a partir de que se cumplan determinadas autorizaciones administrativas para comenzar sus actividades. Este supuesto, además, es hoy bastante frecuente en la práctica, pues cada vez son más las sociedades que contando con un objeto especial necesitan para poder comenzar a actuar ese objeto, de alguna autorización administrativa, o bien que es la misma sociedad la que deja previsto en sus Estatutos que comenzará sus actividades una vez que haya sido dada de alta en licencia fiscal. En todos estos casos, contar el plazo desde la fecha de la escritura o bien desde la fecha de la inscripción puede resultar injusto, de una parte para con la sociedad y de otra también injusto con los intereses de los terceros que el precepto quiere proteger.

Una vez planteado el problema de la fecha a partir de la cual se cuenta el plazo de los dos años y apuntadas las posibles soluciones, vamos a examinar, siguiendo a DE LA CÁMARA, los otros requisitos que son necesarios para que entre en juego el precepto del artículo 31 de la Ley de Sociedades Anónimas.

En primer lugar, que se trate de una adquisición a título oneroso. Como la finalidad de la norma es evitar que se eludan los preceptos sobre valoración de aportaciones no dinerarias, todo acto o contrato que produzca el efecto de hacer ingresar en el patrimonio de la sociedad bienes a título oneroso debe entrar en el ámbito del precepto. El fundamental será la compra, pero también debemos incluir otros, como la dación en pago o la permuta. La interdicción no alcanza a las adquisiciones a título gratuito ni a los negocios que no se dirijan a procurar una adquisición de bienes. Por tanto, son libres las ventas, los arrendamientos y en general todos aquellos actos que no entrañen una adquisición a título oneroso. Hoy día, y esta es la principal diferencia con el anterior artículo 32, también son libres y, por tanto, no quedan afectados por las limitaciones del artículo 31, según su último párrafo, las adquisiciones comprendidas en operaciones ordinarias de la sociedad, ni las que se verifiquen en un mercado bursátil ni en subasta pública. Este último párrafo es una directa consecuencia del artículo 11 de la segunda Directiva, que lo impone con el objeto, creemos, de no entorpecer la vida ordinaria de la sociedad, obligando a reunir a la Junta general cada vez que se produjera una compra con estas características. Y es aquí donde se pueden presentar los mayores problemas para la correcta aplicación del precepto. Así como la exclusión de las adquisiciones que se produzcan en subasta pública, debemos entender que tanto judicial como administrativa, o en un mercado bursátil, no plantean problema, pues la razón de su exclusión parece clara, ya que, al intervenir en el proceso adquisitivo una autoridad u organización de fuera de la sociedad, la Ley entiende que se elimina el posible fraude que se quiere evitar con el precepto, no ocurre lo mismo con el hecho de que se excluyan las adquisiciones derivadas de las operaciones ordinarias de la sociedad, pues ello nos lleva a interpretar la frase en cuestión. Es decir, qué debemos entender por «operaciones ordinarias», sobre todo teniendo en cuenta la tendencia a la ampliación del objeto que hoy día muestran la mayor parte de las sociedades. En principio por operaciones ordinarias debemos entender todas aquellas que se refieran al giro o tráfico de la empresa. Sin embargo, al excluir todas estas operaciones, los objetivos que persigue el precepto de evitar fraudes y confabulaciones en perjuicio de la sociedad no se evitan, pues dentro de esas operaciones ordinarias caben acuerdos o contubernios entre transmitentes y administradores, que disminuyan la solvencia patrimonial de la sociedad. Por otra parte, hoy día es muy frecuente que al precisar el objeto de la sociedad y, por tanto, al determinar su posible giro o tráfico, se emplee la coletilla final de que la sociedad también podrá realizar «todos aquellos actos que sean consecuencia directa o indirecta del

objeto principal, así como las operaciones complementarias o accesorias de dicho objeto». Con la utilización de esta frase, que ha sido refrendada como posible por la jurisprudencia mercantil de la Dirección General, pocas serán las sociedades que tendrán que acudir a la aprobación por la Junta general de sus adquisiciones onerosas. Así, centrándonos en el terreno que a nosotros como Registradores de la Propiedad más nos interesa, la adquisición de bienes inmuebles, sea cual sea el objeto de la sociedad, si se incluye la frase de referencia, deberemos inscribir la adquisición a favor de la sociedad, a pesar de haberse efectuado durante los dos primeros años y exceder de la décima parte del capital social. En efecto, cualquier sociedad y con cualquier objeto puede alegar que para desarrollar con plenitud el mismo necesita de la adquisición de los bienes inmuebles. Así, una sociedad cuyo objeto sea el juego, siempre podrá aducir, ante la petición por parte del Registrador de la Propiedad de la previa aprobación de la Junta general que el local comercial adquirido lo necesita para la instalación de sus máquinas recreativas. La que se dedique a la comercialización de bebidas o productos de la alimentación también necesitará locales u otros bienes inmuebles, inclusive fincas rústicas, para desarrollar su labor. Empresas de publicidad, periodísticas, mediadoras en la prestación de servicios médicos, jurídicos o de cualquier otra naturaleza o con cualquier otro objeto siempre podrán alegar ante la petición de exigir la previa aprobación de la Junta general para inscribir las adquisiciones de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad, que dichas adquisiciones son actos accesorios o complementarios del objeto principal. Sólo podrá ser nuestra calificación negativa cuando el objeto de la sociedad y la naturaleza del bien inmueble adquirido sea tan dispar que no pueda establecerse una racional conexión entre dicho objeto y la clase de bien a adquirir. Pensamos, en el caso de algunas de las empresas antes mencionadas, que, por ejemplo, adquirieran fincas rústicas, ya que incluso si se tratara de solares no podremos oponernos a la inscripción, pues siempre puede ser una adquisición previa para la posterior ejecución sobre el susodicho solar de la sede de la sociedad o de sus negocios. Es decir, y como conclusión, en la actualidad o mejor dicho cuando entre en vigor la Ley, la exigencia de previa aprobación de la Junta general para inscribir las adquisiciones onerosas de bienes inmuebles por la sociedad exigirá un detenido estudio del objeto de la sociedad en cuestión, para ver la amplitud del mismo, o la posibilidad de que el acto realizado sea accesorio del objeto principal, para teniendo en cuenta toda la doctrina de la Dirección General sobre objeto de sociedades, acceder o rechazar la inscripción solicitada. No planteamos siquiera el tema de las sociedades que tengan un objeto inmobiliario, pues para ellas está claro

que en ningún caso será precisa la aprobación de la Junta general para poder inscribir sus adquisiciones de bienes inmuebles, sean éstos de naturaleza rústica o urbana, pues tanto unos como otros estarán incluidos dentro del giro o tráfico de la empresa. Sin embargo, en este punto no compartimos la opinión expresada por el profesor PÉREZ DE LA CRUZ, al decir que a partir de la vigencia del nuevo artículo 31 bastará, para evitar su aplicación, que en el momento de constitución de la sociedad se incluya en el objeto social, como actividad propia de la compañía, «la compraventa de toda clase de bienes muebles o inmuebles», pues con dicho objeto nadie podrá sostener que la compra realizada dentro de los dos primeros años de su actividad no constituye operación ordinaria de la sociedad, ya que forma parte de las integradas en su objeto. No tiene en cuenta u olvida el profesor PÉREZ DE LA CRUZ que una sociedad que incluyera dicha frase en su objeto no podría tener acceso al Registro Mercantil, pues dicha frase implica o supone un objeto omnicomprendivo para la sociedad, lo cual está prohibido por nuestro actual Derecho positivo, pues, según ha expuesto reiteradamente la Dirección General de los Registros en múltiples resoluciones, nada impide que la sociedad tenga una multiplicidad de objetos, pero siempre que los mismos estén determinados de tal forma que se sepa en cada momento a qué se dedica o puede dedicarse la sociedad y con la fórmula antes expuesta la sociedad podría dedicarse a cualquier clase de objeto, lo que provocaría la indefensión de los terceros que entraran en contacto con ella, aparte de quedar asimismo indeterminado el ámbito de actuación de los administradores. Lo ratifica el artículo 13 de la nueva Ley al señalar como contenido de los Estatutos en su apartado *b)* el objeto social, determinando las actividades que lo integran.

Por tanto, una sociedad con tal objeto indeterminado no podría inscribirse y sería, por tanto, imposible que actuara en el tráfico jurídico. Ahora bien, como antes hemos expuesto, se puede conseguir un resultado similar con la teoría de los actos accesorios o complementarios del objeto principal, pero esta teoría lleva implícita una menor generalidad que la del objeto omnicomprendivo, pues sólo autoriza a realizar actos que, aparte de tener esa complementariedad con el objeto principal, sean actos aislados, pues si la sociedad, con habitualidad, se dedicara a realizar esa clase de actos, qué duda cabe que debería cambiar de objeto, pues esos actos no serían accesorios o complementarios, sino que se realizarían, en aras de la habitualidad, con carácter de negocio principal de la empresa. Por tanto, ante cada escritura de adquisición de bienes inmuebles realizada por una sociedad que no cuente con dicho objeto específico y que estén efectuados dentro de los dos primeros años de su constitución y excedan de la décima parte del capital social, lo que

tendrá que averiguar el Registrador, para saber si da acceso a dicha escritura a los libros del Registro de la Propiedad, es si el acto concreto realizado puede o no ser complementario o accesorio del objeto principal y si con los limitados medios que le ofrece en este punto su calificación la sociedad ha venido habitualmente realizando actos de esa clase. Si es un acto aislado y puede tener las características de accesoriedad o complementariedad no podrá negarse a su registración, aunque se salga del concreto objeto de la sociedad. No obstante, esta doctrina debe aplicarse con prudencia, pues aparte de que a la frase «operaciones ordinarias de la sociedad», puede dársele un sentido más restringido, comprensivo sólo de las operaciones que específicamente entren dentro de su objeto principal, debemos tener en cuenta que uno de los requisitos que exige la Dirección General para poder aplicar la teoría de los actos complementarios en relación al objeto de la sociedad, es, como sabemos, el de que los mismos no sean realizados con *habitualidad*, y este punto de la *habitualidad* es muy difícil de apreciar por el Registrador, de un lado porque su calificación se limitará al caso concreto planteado y de otro porque, si califica positivamente, nadie le va a garantizar que la sociedad, fuera del ámbito territorial que comprende la demarcación de su Registro, vaya a seguir realizando actos complementarios del objeto social que ya no serían tales, por ser habituales, y saltándose las exigencias del comentado artículo 31 de la nueva Ley de Sociedades Anónimas. Para concluir, vamos a señalar los que creemos que son puntos fundamentales a calificar ante toda escritura de adquisición de bienes inmuebles realizada por la sociedad dentro de los dos años siguientes a su constitución siempre que su importe exceda de la décima parte del capital y no venga acompañada de la aprobación previa de la Junta general:

a) Comprobar y calificar el objeto social, de donde resultará cuáles es el tráfico o giro de la empresa.

b) Si la adquisición realizada está fuera del objeto social, ver si puede ser entendida dicha adquisición como acto accesorio o complementario del objeto principal; y

c) Comprobar, dentro del limitado campo que comprende su calificación en este punto, si la adquisición ha sido realizada o puede serlo con las características de *habitualidad*.

Si el acto realizado no puede considerarse como accesorio o complementario o existen indicios o sospechas de que el mismo sea o pueda ser reiterado por la sociedad, creemos que no puede accederse a la inscripción sin la preceptiva aprobación previa de la Junta general.

Esta última reflexión nos lleva de la mano a un problema fundamental: Es el del carácter que tendrá la adquisición realizada sin la aprobación de la Junta general. La misma es nula o simplemente anulable. Planteamos el problema por la diferencia que existe entre el anterior artículo 32 y el actual artículo 31. Antes se hablaba de que las adquisiciones debían ser aprobadas por la Junta general. Hoy dice el artículo 31 que deben ser «previamente aprobadas». No creemos que el adverbio incluido deba hacer variar la doctrina establecida en relación al anterior artículo 32, en el que se admitía que la aprobación podía ser previa o posterior al acto adquisitivo. Es decir, con DE LA CÁMARA, seguimos pensando que el artículo 31 lo que supone es un límite a las facultades representativas de los administradores y que, por tanto, si se realiza el acto sin la preceptiva aprobación, cuando la misma deba darse siempre cabe la posterior ratificación de la Junta general, en virtud de lo establecido en el artículo 1.259 del Código Civil. Es decir, que se trataría de un acto simplemente anulable y no nulo de pleno Derecho y como tal acto anulable susceptible de confirmación, de conformidad con los artículos 1.310 y siguientes del Código Civil.

Otro problema a plantear en este punto es si los preceptivos informes que deban acompañar a la convocatoria, uno elaborado por expertos independientes y otro elaborado por los administradores, puede ser obviado o suprimido en el caso de que la aprobación se produzca en Junta universal. Es decir, lo que nos planteamos es si en caso de Junta universal el Registrador de la Propiedad puede exigir que ambos informes vayan unidos a la correspondiente certificación del acta de la Junta universal que procedió a la aprobación de la adquisición. Si pensamos que el precepto está dado sólo para proteger a los socios, es claro que los indicados informes no pueden ser exigidos por el Registrador, pero si el precepto está dado, no sólo para proteger a los socios, sino también y en mayor medida para proteger a los terceros, no nos cabe la menor duda que ambos informes deberán ser unidos a la certificación. El que el precepto está dado para proteger a los terceros parece claro si tenemos en cuenta los antecedentes del artículo, que se encuentran, como sabemos, en el 11 de la segunda Directiva comunitaria, y el hecho de que el citado artículo 11 nos dice que las adquisiciones serán objeto de una verificación y publicidad análogas a las de la aportación no dineraria y en este punto ya sabemos que el artículo 31 exige que el informe se incorpore a la escritura de constitución. Ahora bien, ante el silencio que en este punto guarda nuestro artículo 31, *a*), creemos que será suficiente que en la certificación del acta de la Junta se indique que los asistentes han tenido a la vista los dos preceptivos informes, sin que sea necesario el que se incorporen a la misma. Creemos que esta es

la solución menos entorpecedora para la sociedad, y parece que por ella se inclina PÉREZ DE LA CRUZ en sus comentarios al artículo y, en definitiva, si la declaración o manifestación de los socios fuera falsa, frente a ellos deberían ejercitar sus acciones los posibles terceros perjudicados. La calificación del informe poca seguridad añadiría, pues el mismo sería en todo caso positivo para la sociedad, por muy independientes que fueran los expertos. Caso de que la aprobación no se produjera en Junta universal, entonces sí pensamos que el informe debe acompañarse y ser objeto de calificación, entre otras razones porque el informe debe estar a disposición de los socios desde la convocatoria.

Vamos a aludir ahora al problema de si el precepto puede ser aplicable también en caso de ampliación de capital realizada con posterioridad a la constitución. Las razones, como dice DE LA CÁMARA, que han llevado al legislador a la adopción de determinadas medidas, en función de la llamada «fundación retardada», son válidas igualmente en el supuesto de ampliación de capital, pues se trata de evitar que mediante el procedimiento de simular una aportación en metálico, que luego se reemplaza en el activo por la compra, también supuesta, de los bienes realmente aportados puedan eludirse las normas legales de valoración de aportaciones no dinerarias. Esta consideración induce a una respuesta afirmativa. Pero apoyan la contestación negativa otras razones, como el carácter excepcional del precepto, el que el mismo no sea directamente aplicable a las aportaciones *in natura* y a que resultaría absurdo que cualquier aumento de capital, por mínimo que sea respecto del capital precedente, obliguen a la aprobación por la Junta de todas las adquisiciones que no siendo operaciones ordinarias de la sociedad en el sentido antes apuntado sean efectuadas dentro de los dos años siguientes siempre que excedan de la décima parte del capital. Es, en definitiva, una cuestión opinable respecto de la cual no hemos encontrado jurisprudencia, ni de la Dirección General ni del Tribunal Supremo en un sentido u otro.

Finalmente vamos a aclarar lo que debemos entender por capital, para calificar si la adquisición excede o no de la décima parte de ese capital. Por capital a estos efectos debemos entender, como dice GARRIGUES, el capital nominal y no el capital desembolsado. En este punto existe total unanimidad en la doctrina, por lo que no nos extendemos más sobre el mismo.

Para terminar diremos que ningún parlamentario ha propuesto enmiendas al artículo 31, *a*), por lo que todo lo dicho en relación al Proyecto actualmente en discusión parlamentaria creemos que valdrá para cuando se publique definitivamente la Ley.

JOSÉ ÁNGEL GARCÍA VALDECASAS BUTRÓN
Registrador Mercantil. Granada