

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

CONCESIÓN ADMINISTRATIVA.—HASTA QUE LLEGUE EL MOMENTO DE LA REVERSIÓN DE LOS BIENES AL ESTADO NO PROCEDE EXTENDER LA NOTA MARGINAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 6, PÁRRAFO 2.º, DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. (Resolución de 17 de marzo de 1972. *Boletín Oficial del Estado* de 13 de abril de 1972.)

Hechos.—Resultando que aprobado por Orden Ministerial de 27 de julio de 1966 el Pliego de Condiciones de explotación de las autopistas de peaje Barcelona-La Junquera y Mongat-Mataró, por Decreto de 26 de enero de 1967 se adjudicó la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de las referidas autopistas a diversas entidades representadas por don José Ferrer Bonsoms y otros; que en cumplimiento del título I del citado Pliego de Condiciones, por escritura autorizada en Barcelona el 24 de febrero de 1967, ante el Notario don Antonio Clavera Armenteros, se constituyó la Compañía Mercantil “Autopistas Concesionaria Española, S. A.”, que fue inscrita en el Registro de la Ciudad Condal; que el 20 de abril del mismo año 1967 se otorgó en Madrid escritura autorizada por el Notario don José Luis Díez Pastor, por la que el entonces ministro de Obras Públicas, don Federico Silva Muñoz, en representación del Estado español, adjudicó la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje Barcelona-La Junquera y Mongat-Mataró a la Compañía Mercantil “Autopistas Concesionaria Española, S. A.”, representada por su presidente, don José Ferrer Bonsoms; que la cláusula 8.ª del contrato, bajo el epígrafe “expropiaciones”, decía así: “Solicitará asimismo (el concesionario) del Registro de la Propiedad, en el momento oportuno, la extensión de las notas marginales prevenidas en el artículo 32, norma 1.ª, y artículo 6.º, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de la inscripción independiente de su derecho de concesión, que puede llevarse a cabo con arreglo a los artículos 31, 60 y siguientes del mismo Reglamento”; que en la cláusula 4.ª, bajo el epígrafe “legislación aplicable”, se disponía que en aquellos puntos no expresamente regulados por el contrato, serían de aplicación las normas contenidas en el repetido pliego de cláusulas de explotación y otras disposiciones que citaba, y que, en instancia de fecha 16 de enero de 1970, “Autopistas Concesionaria Española, S. A.”, solicitó al Registrador de la Propiedad de Granollers la extensión de la nota prevista en el párrafo 2.º del artículo 6.º del Reglamento Hipotecario, al margen de la finca número 1.412 del término municipal de Montornés, perteneciente a la Compañía Mercantil “Prefabricados de Hormigón, S. A.”.

Resultando que el Registrador de Granollers calificó el documento con la siguiente nota: "Denegada la extensión de la nota marginal interesada en la antecedente instancia, por los siguientes motivos: 1.º Dicha nota marginal, según el artículo 6.º, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario, ha de extenderse al margen de una finca que era de propiedad privada y ha pasado a ser un bien de dominio público del Estado, Provincia o Municipio, según el artículo 5.º del mismo Reglamento, en relación con el artículo 399 del Código civil. La parte de finca expropiada a favor de "Autopistas Concesionaria Española, S. A.", a que se refiere la instancia, pasa a integrarse en el conjunto de la concesión de obra pública para la construcción y explotación de la autopista de que aquella entidad es titular y tiene inscrita a su favor en una inscripción de referencia practicada en este mismo Registro de la Propiedad en el tomo 586 del archivo, libro 24 del Ayuntamiento de Montornés, Folio 77, finca 2.121, inscripción 1.ª. Por ello, lo procedente es aplicar el artículo 63 del Reglamento e inscribir la parte de finca expropiada a favor de "Autopistas Concesionaria Española, S. A.". 2.º Para practicar la nota marginal solicitada, en el caso de que fuera procedente (y no lo es por lo indicado en el primer motivo), debía acompañarse necesariamente el título de expropiación que, según el artículo 32 del Reglamento Hipotecario, en concordancia con el artículo 53 de la Ley de Expropiación Forzosa y artículos 60 y 62 de su Reglamento, es "el acta en que consten el pago y la ocupación o solamente el acta de ocupación, acompañada en este caso del documento que acredite la consignación del justo precio o del correspondiente resguardo del depósito del mismo". 3.º También falta acreditar el pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales o, en su caso, la declaración de exención de dicho Impuesto. Los defectos indicados en los dos últimos motivos son subsanables, pero el primero es insubsanable y por eso procede la denegación."

Resultando que la compañía concesionaria, representada por el procurador don Antonio María Anzizu Furest, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que lo solicitado al Registrador había sido la extensión de la nota marginal prevista en el párrafo 2.º del artículo 6.º del Reglamento Hipotecario y no la inscripción regulada en el artículo 63 del citado texto; que la entidad concesionaria de las mencionadas autopistas, al contratar con el Estado, había adquirido derechos y obligaciones que no podían ser alterados sin expresa consentimiento de ambas partes; que una de tales obligaciones era la de solicitar la anotación pretendida que tenía carácter necesario e independiente de la inscripción y cuyo incumplimiento podía dar lugar a la resolución unilateral de la concesión por parte del Estado, y que, como fundamentos de derecho, señalaba los artículos 65 de la Ley Hipotecaria, 6, párrafo 2.º, 31, 44, 60, 61, 62 y 63 de su Reglamento, 1.257 y 1.334 del Código civil, 126 y siguientes de la Ley de Patrimonio del Estado, la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1955 y la Orden Ministerial de 27 de julio de 1966, que impone a la sociedad concesionaria el deber de solicitar la anotación pretendida.

Resultando que presentado por la misma entidad otro recurso contra idéntica calificación del mismo Registrador recaída en otra instancia con igual

pretensión referente a otra finca, sita en el término municipal de Montmeló, el nombrado procurador, con los mismos argumentos y basado en la identidad de interés, solicitó la acumulación de ambos, y el presidente de la Audiencia acordó la misma por auto de 8 de abril de 1970.

Resultando que el funcionario calificador recibió ambos recursos acumulados e informó: que las partes de finca expropiadas a favor de "Autopistas Concesionaria Española, S. A.", no habían podido pasar a ser dominio público toda vez que ni siquiera fueron adquiridas por el Estado, como se desprende de la cláusula 8.^a de la escritura de concesión, en donde se dice que el concesionario asumirá todos los derechos y obligaciones propios del beneficiario con arreglo a la Ley de Expropiación forzosa y satisfaría, por consiguiente, todas las indemnizaciones procedentes por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales que se efectuasen para la ejecución de los proyectos; que según la vigente Ley de Expropiación forzosa y su Reglamento, la expropiación supone una transmisión de propiedad libre de cargas en favor del beneficiario (artículo 8.^o); que según el artículo 53 de la citada Ley, en relación con los 55, 62 y siguientes de su Reglamento y 32 y 63 del Reglamento Hipotecario, las actas de ocupación y pago serán títulos bastante para la inscripción en los Registros públicos de la transmisión del dominio; que sólo en el caso de que el expropiante sea el Estado, los bienes expropiados pasan a ser propiedad del mismo y si los destina a un servicio, o uso público, se convierten en bienes de dominio público, único supuesto en el que es procedente la extensión de la nota prevista en el párrafo 2.^o del artículo 6.^o del Reglamento Hipotecario, quedando en consecuencia exceptuados de la inscripción y fuera del Registro; que en las expropiaciones realizadas a favor de "Autopistas Concesionaria Española, S. A.", los bienes expropiados habían pasado a ser propiedad de dicha Entidades y sólo se convertirán en bienes de dominio público del Estado cuando la concesión revierta al mismo con todos sus bienes y elementos, como ocurre con todas las concesiones de Obras Públicas; que así resulta además de la escritura de concesión, cuya cláusula 32 dice textualmente que "la concesión terminará el 6 de febrero del año 2004, y llegado ese día, la autopista revertirá al dominio público"; que esta cláusula resuelve toda la cuestión, porque si cuando termine la concesión la autopista revierte al dominio público, es evidente que ahora no lo es y, por tanto, no procede la exclusión del Registro de la Propiedad de los bienes que la integren; que a mayor abundamiento, los bienes adscritos a la RENFE, entidad paraestatal que realiza un servicio público, constan inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de la misma; que el hecho de que en la cláusula 8.^a-1.^a de la escritura de concesión se establezca que el concesionario solicitará del Registro de la Propiedad la nota marginal del artículo 6.^o, párrafo 2.^o, del Reglamento Hipotecario, no puede desvirtuar lo que resulta del resto de tal cláusula, de otras de la misma escritura y de las claras y concretas disposiciones de la Ley y Reglamento de Expropiación Forzosa y del Reglamento de la Ley Hipotecaria, ya que en la misma cláusula se hace una referencia a la Ley de Expropiación Forzosa y a la inscripción de la concesión con arreglo a los artículos 31, 60 y siguientes del Reglamento Hipotecario; que si bien los artículos 31 y 60 regulan la inscripción general de la concesión, el 63 regula la inscripción en favor del

concesionario de los bienes expropiados “que hayan de formar parte de la obra pública por destinarse directa y exclusivamente” al servicio y explotación de la concesión; que esta última inscripción es incompatible con la nota marginal del artículo 6.º del Reglamento, aplicable sólo a los bienes privados que pasan a ser de dominio público; que, por ello, la cláusula 32 de la escritura de concesión determina que sólo al terminar el plazo de la misma, ésta pasará al dominio público, lo que está en contradicción absoluta con la parte de la cláusula 8.ª-1.ª, que establece se solicite la extensión de aquella nota marginal; que por tal razón hay que considerar esta parte de la cláusula como un error material o de interpretación completamente inoperante por estar en contradicción con la legislación positiva vigente; que el criterio del recurrente, que pretende apoyarse en la teoría de algunos tratadistas de Derecho administrativo que sostienen que el concesionario adquiere un derecho real sobre los bienes de la concesión, no es comparada por otros autores ni ha sido hasta ahora recogida en el derecho positivo regulador de las expropiaciones y su inscripción; que para el caso concreto de la concesión a favor de “Autopistas Concesionaria Española, S. A.”, han quedado precisados estos extremos en las sentencias de la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona de 3 y 5 de diciembre de 1969, en las que se desestimaron unos recursos interpuestos por la mencionada entidad contra fallos del Tribunal Económico-Administrativo provincial de Barcelona, que, en lo sustancial, confirmaban unas liquidaciones por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales giradas por la Oficina Liquidadora de Granollers; que aun admitiendo la moderna teoría de Derecho administrativo, resulta evidente que sólo tiene aplicación y se refiere a las concesiones sobre bienes que eran ya de dominio público con anterioridad a su otorgamiento; que en un caso concreto sería la concesión de un servicio de baños en la zona marítimo-terrestre de dominio público; que en este supuesto, el concesionario, según la mencionada teoría, tendría un derecho real administrativo sobre los terrenos objetos de la concesión, pero como precisa la doctrina, no tiene tal carácter el que pertenece al concesionario sobre los bienes propios afectos a la explotación, y éste es precisamente el caso de “Autopistas Concesionaria Española, S. A.”, y que, en cuanto a los extremos 2.º y 3.º de la calificación recurrida en que se señalan defectos subsanables, parece evidente que en el caso de que procediese la extensión de la nota marginal solicitada, sería necesaria acompañar a las instancias los títulos justificativos de la expropiación, y acreditar el pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales o, en su defecto, la declaración de no sujeto o exento respecto a la expropiación forzosa realizada.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador en cuanto a los defectos subsanables y la revocó respecto del insubsanable por entender que las autopistas, vías de comunicación especialmente concebidas para la rápida circulación de automóviles, aunque no especialmente reguladas en la legislación española, son consideradas por la extranjera, especialmente la italiana, como bienes de dominio público y es evidente que, cualquiera que sea la naturaleza que se atribuya a los derechos

dé un concesionario, éste no puede enajenarlos libremente, por lo que hay que considerarlos bienes "extra commercium", excluidos de las normas generales de la propiedad privada y, en consecuencia, de la inscripción registral, agregando en relación con el caso concreto planteado, que la cláusula 8.^a-1.^a de la adjudicación a la compañía concesionaria dispone que la misión solicitará, en su momento, "la extensión de las notas marginales prevenidas en el artículo 32, norma 1.^a y artículo 6.^o, párrafo 2.^o del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de la inscripción independiente de su derecho de concesión que puede llevarse a efecto con arreglo a los artículos 31, 60 y siguientes del mismo Reglamento".

Resultando que el funcionario calificador aceptó la decisión presidencial en cuanto confirmaba la existencia de los defectos subsanables y apeló de la misma respecto a la revocación del defecto insubsanable de la nota.

Doctrina.—“Considerando que en el presente expediente, en el que figuran acumulados dos recursos gubernativos, se plantea la cuestión de si como consecuencia de la expropiación de unas fincas que pasan a integrarse en la concesión administrativa de “Autopistas Concesionaria Española, S. A.”, el asiento registral que corresponde practicar es la nota marginal a que hace referencia el artículo 6.^o del Reglamento Hipotecario, por entender que los referidos inmuebles adquieren el carácter de bienes de dominio público, o si, por el contrario, ha de ser una inscripción de los mismos a favor del concesionario tal como preceptúa el artículo 63 del mismo Reglamento”;

“Considerando, que tanto el artículo 2.^o de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, como el 3.^o del Reglamento de dicha Ley, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, distinguen cuidadosamente entre expropiante y beneficiario de la expropiación, al disponer que se “entiende por expropiante el titular de la potestad expropiatoria”, siendo únicos titulares de dicha potestad el Estado, la Provincia y el Municipio, y considerar como beneficiario al “sujeto que representa el interés público o social para cuya realización está autorizado a instar de la Administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria y que adquiere el bien o derecho expropiados”, pudiendo ser beneficiarios “las entidades o concesionarios a los que se reconozca legalmente esta condición”;

“Considerando, que aunque el documento presentado en el Registro y sobre el que ha recaído la nota calificadora no ha sido el título inscribible a favor del expropiante o beneficiario que establece la norma cuarta del artículo 32 del Reglamento Hipotecario y que es el que permitiría determinar si la finca expropiada fue efectivamente adquirida por el Estado con la condición de bien de dominio público, como se afirma en la instancia presentada, o si, por el contrario, la adquisición se realizó por el concesionario para formar parte integrante de la obra pública por destinarse directa y exclusivamente a su servicio y explotación, de las disposiciones que regulan la concesión y más concretamente del Decreto 1.962-1.966, de 30 de junio, sobre expropiación forzosa de los terrenos afectados por la construcción de las autopistas Barcelona-La Junquera y Mongat-Mataró y del pliego de cláusulas de explotación de dicha autopista aprobado por Orden del Ministerio de Obras Públicas de 27 de julio de 1966, resulta que el concesionario tendrá el ca-

rácter de beneficiario de la expropiación, asumiendo todos los derechos y todas las obligaciones propias de tal, con arreglo a la Ley de Expropiación Forzosa”;

“Considerando que la nota marginal prevenida en el párrafo 2.º del artículo 6.º del Reglamento Hipotecario, procede extenderla en aquellos casos en que un inmueble de propiedad privada, o parte del mismo, adquiere la naturaleza de alguno de los enumerados en el artículo 5.º del citado Reglamento, pero esta norma de carácter general debe ceder ante la más especial que se contiene en el artículo 63 y que se refiere al supuesto concreto de las concesiones administrativas, estableciendo que para que la adquisición por expropiación forzosa o por convenios particulares de fincas que hayan de formar parte integrante de la obra pública por destinarse directa y exclusivamente a su servicio y explotación produzca efectos respecto a tercero, es necesario que se inscriba a favor del concesionario haciendo constar esta inscripción y que no podrá verificarse inscripción alguna posterior sin la oportuna autorización ministerial;”

“Considerando que a la vista de lo expuesto es forzoso declarar que, como precepto más concreto y particular y al no haberse acreditado que la finca expropiada ha sido adquirida por el Estado como bien de dominio público, ha de aplicarse el mencionado artículo 63 del Reglamento, y hasta tanto no llegue la fecha en que debe producirse la reversión de los bienes al Estado, tal como indica la cláusula 32 de la escritura de adjudicación de concesión administrativa, según la cual “la concesión terminará el día 6 de febrero del año 2004” y “llegado este día, la autopista revertirá al dominio público”, no procede extender la nota marginal solicitada, sin perjuicio de que al presentar el título inscribible a que se refiere la norma 4.ª del artículo 32 del Reglamento Hipotecario, recayendo nueva calificación, pueda acreditarse cumplidamente el mencionado extremo.”

“Esta Dirección General ha acordado con revocación parcial del Auto apelado, confirmar el defecto primero de la Nota del Registrador, único que ha sido discutido en la apelación.”

CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

En la precedente resolución existen una serie de materias que, por un lado, ofrecen el aspecto puramente administrativo y, por otro, el registral. Ello permite calificar a dicha Resolución de importante ante esa gran batalla que está dando el derecho público frente al privado y que obliga a replantear conceptos básicos procedentes de este último derecho. Ni la solución legislativa de la inscripción de los bienes del Estado es pacíficamente aceptada por la doctrina, ni el fenómeno traslativo de la expropiación forzosa tiene unánime aceptación en el comentario que sobre el mismo hacen los autores, ni es único el concepto de concesión administrativa, ni, por último, la reversión como fenómeno que ayuda a los efectos de la conclusión de la expropiación y de la concesión, nos van a dar muchas pistas para la solución del problema planteado.

Si a todo lo dicho añadimos que la legislación sobre autopistas no es

muy precisa en estos puntos, veremos que las dificultades suben de tono en orden a una posible solución acorde con las finalidades que persiguen los instrumentos administrativos y la seguridad jurídica que la publicidad registral les puede proporcionar.

El supuesto planteado por los hechos que van a dar lugar a la Resolución es si procede aplicar en una expropiación forzosa de terrenos para la construcción de una autopista la normativa del artículo 6, 2.º, del Reglamento Hipotecario, que ordena extender una nota marginal cuando los bienes privados pasen a ser de carácter público o, de si, por el contrario, la norma aplicable es la del artículo 63 del mismo Reglamento, más especial y acorde con el supuesto planteado.

Para una mejor exposición de la materia se me antoja distinguir cuatro puntos clave que pueden darnos pautas para un razonar lógico en orden a la solución pretendida: 1) Inscripción de bienes en el Registro a favor del Estado. 2) Mecanismo de la expropiación forzosa. 3) Inscripción de autopistas; y, 4) Reversión invocada por la Resolución como pieza clave para la solución dada al caso.

1. Inscripción de bienes en el Registro de la Propiedad a favor del Estado.

El artículo 5 del Reglamento Hipotecario—precepto dictado de espaldas a los principios hipotecarios que rigen el sistema—, en su párrafo 1.º, excluye de inscripción a los bienes de “dominio público” a que se refiere el artículo 339 del Código civil, ya sean de uso general, ya pertenezcan privativamente al Estado, mientras estén destinados a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de defensa del territorio. Creo que ya he dicho en otro lugar que lo que el artículo 5 del Reglamento Hipotecario quiere decir, o lo que pretende, es que respecto de los bienes a que se refiere, al no estar en el tráfico jurídico, es que no cabe hacer inscripciones sucesivas de transmisión, pero ello no impide que si no están inscritos se inscriban, haciendo constar por nota marginal su condición de afectados y de que si están inscritos a nombre de un particular se inscriban a nombre del Estado y, por medio de una nota, se haga constar su condición de demaniales. Todo ello sobre la base de que es inadmisibles, hipotecariamente hablando, atribuir por medio de una nota marginal la titularidad de unos bienes. El tránsito patrimonial que cualquier medio adquisitivo lleva consigo a favor del Estado exige una inscripción o inmatriculación, sin perjuicio de que el uso o servicio a que sean destinados se haga constar por medio de una nota marginal.

La virtualidad taumatúrgica de esa nota, postulada por el artículo 6 del Reglamento Hipotecario, carece de sentido cuando los bienes adquiridos por el Estado no están inscritos. Al no poderse practicar la misma, por falta de previa inscripción, los bienes del Estado quedan sin protección registral y expuestos a todo el mecanismo que los principios de fe pública registral y legitimación ofrecen al que logre una inscripción preferente de los mismos. No hay que olvidar el carácter obligatorio que la Ley del Patrimonio del Estado (24 diciembre de 1962) impone a la inscripción de los mismos.

La opinión que mantengo no es nueva, ya que antes y mejor que yo la han sostenido otros, incluidos ciertos administrativistas. En el "Boletín del Colegio Nacional de Registradores", número 26, año 1968, se publicó una nota de colaboración de la Comisión de Estudios Hipotecarios sobre la "inscripción de pantanos", en la que se decía que legislativamente no faltan normas que presuponen la inscribibilidad de aquellos bienes y así, el artículo 303 del Reglamento Hipotecario, entre las circunstancias que debe contener la certificación de dominio para la inmatriculación hace figurar "el servicio público u objeto". El artículo 17 del mismo Reglamento no hace distinciones a este respecto; el artículo 30 considera inscribibles los montes públicos, e incluso existe una Ley de 1941 para inmatriculación de riberas de ríos en virtud de actas de delimitación, que también regula la inscripción de bienes de dominio público. Podemos citar el Decreto de 11 de mayo de 1968, para la ordenación y urbanización de la avenida de La Paz, de Madrid, en cuyo artículo 15 se dice que "en defensa de la intangibilidad de las zonas verdes, viales, parques y jardines y, en general, espacios libres de uso público, el suelo correspondiente se inscribirá en el Registro de la Propiedad a favor del Ayuntamiento de Madrid, con la calificación de inalienable, en su caso, y especificación de su destino". La Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 y su Reglamento de 5 de noviembre del mismo año, en los artículos 117 y 218, respectivamente, dice que "la afectación se hará constar... en su caso en el Registro de la Propiedad".

MARTÍNEZ DE BEDOYA (I), en la recensión que hace del trabajo monográfico de MENDOZA OLIVAN ("El deslinde de los bienes de la Administración"), en la "Rev. Cr. D. I.", número 470, año 1969 y pág. 251, cita a MARTÍN RETORTILLO, quien se pregunta hasta qué punto sigue teniendo sentido la regla de la no inscripción en el Registro de los bienes de dominio público; igualmente aporta las Resoluciones de la Dirección General de 14 de diciembre de 1953 y 24 noviembre 1964, que apuntan la idea de la necesidad de inscribir los bienes de dominio público.

Por todo ello, aunque la solución que la Resolución comentada da al problema es coincidente con la idea de inscripción que aquí se mantiene, deja marginada esta interpretación evolutiva de los artículos 5 y 6 del Reglamento Hipotecario, haciendo aplicación del 63 del mismo, que contempla un caso específico de incorporación de bienes a una concesión.

2. *Mecanismo de la expropiación forzosa.*

La doctrina tradicional, con ligeras variantes, ha ofrecido un aspecto limitado de la expropiación forzosa sobre la base de la legislación existente. En una u otra forma se venía a decir que el efecto final de la expropiación forzosa es provocar un cambio de titularidad de los bienes que son objeto de la misma, que del patrimonio del particular pasan al de la entidad expropiante o al del beneficiario. Sin necesidad de hacer apeaderos, en CASTÁN y FERNÁNDEZ DE VELASCO, recurrimos a GARRIDO FALLA, que ofrece la construcción tradicional: "clásicamente se ha entendido bajo el nombre de expropiación forzosa un instituto de Derecho público que consiste en la transferencia

coactiva de la propiedad de un particular a una Administración pública o a otro particular, por razón de interés público y previo pago de su valor económico". Pero esta visión tradicional se encuentra superada en la actualidad, en cuanto que, de una parte, a las razones de utilidad pública se les ha añadido el interés social y, de otra, en la expropiación se encuentra comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio. Lo cual hace, como dice el autor últimamente citado, que a la inicial nota característica de la transferencia coactiva se ha unido una serie de hipótesis que se caracterizan ejemplificativamente por su semejanza con negocios conocidos por el Derecho civil (venta, permuta, censo, arrendamiento).

De todo ello cabe deducir que unas veces la expropiación forzosa provoca un cambio de titularidad o transferencia de propiedad a semejanza de la venta o de la permuta y otras, como apunta Carretero Pérez ("Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa", Madrid, 1966, pág. 158), puede existir expropiación sin transmisión de dominio, ya que cabe que vaya dirigida a la extinción del derecho o de la cosa expropiada, o bien puede referirse a la constitución obligatoria de un derecho real o personal administrativo sobre la misma.

En el presente supuesto es claro, tanto de los antecedentes como de los considerandos de la Resolución, que lo que se discute es si los bienes hacen tránsito al Estado o a la Entidad concesionaria de la autopista. Es decir, que la esencia de la expropiación en el presente caso se centra en el posible acto traslativo y no constitutivo de cualquier derecho real. Es claro que conforme a la legislación vigente de Expropiación Forzosa (artículo 2 de la Ley de 16 diciembre de 1954, como el artículo 3 del Reglamento de dicha Ley, de 26 de abril de 1975), puede perfilarse la figura del expropiante y del beneficiario, siendo el primero el que ostenta la potestad expropiatoria y el segundo el que recibe el beneficio "y adquiere el bien o derechos expropiados". Caso de no existir más que expropiante, es evidente que la figura del beneficiario se refunde en el mismo. Beneficiario existe cuando la potestad expropiatoria se ejerce por la Administración en beneficio de "entidades y concesionarios a los que se reconozca legalmente esta condición". En estos casos, además de la representación de la Administración, figurarán en los documentos hábiles para la inscripción los que ostenten la representación de la entidad beneficiaria.

FERNÁNDEZ CABALEIRO ("Comentarios a esta Resolución", en Rev. Cr. D. I., número 491, julio-agosto 1927, pág. 883), especulaba sobre lo que el beneficiario podía adquirir en estos casos: o el pleno dominio de los bienes o un derecho real sobre los mismos en virtud de su condición de concesionario. Y concluye diciendo que el beneficiario lo que adquiere es un derecho real sobre los bienes expropiados y no su dominio, ya que éste pertenece exclusivamente al Estado expropiante. En apoyo de tan singular doctrina cita el artículo 2 de la Ley de Expropiación Forzosa y la mención que el mismo

hace del "concesionario", que, como hemos visto, puede ser beneficiario de la expropiación.

Entiendo que el que el concesionario —titular de una concesión administrativa— pueda ser "beneficiario" de una expropiación, no quiere decir que lo que adquiera ha de ser de la misma condición de los bienes sobre los cuales se ha constituido la concesión, sino que como clarísimamente establece el artículo 63 del Reglamento Hipotecario son bienes que van a formar parte de una obra pública, por destinarse directa y exclusivamente a su servicio y explotación, y que serán afectados por ese derecho de revisión que toda concesión lleva consigo, pero su titularidad pertenecerá al concesionario o beneficiario. Es lo mismo que los terrenos ganados al mar en la construcción de puertos deportivos. Lo que sucede es que la Ley de Autopistas y el Decreto sobre cláusulas generales de construcción, conservación y explotación, son producto de una improvisación legislativa acuciada por las "urgencias" de los tiempos actuales, como veremos a continuación.

3. *Inscripción de autopistas.*

He desarrollado esta materia en otro trabajo mío ("Complementos al Derecho hipotecario", Madrid, 1974, pág. 254) y, por ello, voy a simplificar las ideas que allí expongo. La cláusula 56 del Decreto de 5 de enero de 1973 nos da la forma a seguir en este punto, pues dispone: "El concesionario viene obligado a inscribir en el Registro de la Propiedad y a favor del Estado, la totalidad de los bienes y derechos expropiados que queden afectos a la concesión y sean susceptibles de ello, y a solicitar del mencionado Registro las notas marginales preventivas en el artículo 32, norma 1, y artículo 6.º, párrafo 2.º del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de la inscripción independiente de su derecho de concesión, que deberá llevarse a cabo con arreglo a los artículos 31, 60 y siguientes del mismo Reglamento".

Toda concesión administrativa supone unos bienes de dominio público sobre los que se establece el derecho generador de la concesión. Por ello, para que la concesión de la autopista surja es preciso que los terrenos sobre los que se ha de construir sean del Estado y, caso de no serlo, se adquieran por el mismo a través del procedimiento de expropiación forzosa. Así viene a presuponerlo los artículos 16 y 17 de la Ley de 10 de mayo de 1972 y la cláusula 56 del Decreto de 16 de febrero de 1973, antes citado. Pero, como veremos, existen ciertas contradicciones entre las disposiciones que dicha normativa pone en juego. La Ley de 10 de mayo de 1972, en su artículo 17, prevé que en el procedimiento expropiatorio, el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario de la expropiación, sin perjuicio de que en el párrafo primero del mismo artículo considere que los bienes y derechos expropiados que queden afectos a la concesión se incorporen al dominio público del Estado. Ello supone, como lógicamente se deduce de lo ya dicho, una alteración de la doctrina que parecía emanar de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 diciembre de 1954 y su Reglamento de 26 de abril de 1957, conforme al cual el "beneficiario" es el titular de las ventajas de la expropiación y el adquirente de la cosa expropiada por intermedio

del ente expropiante. La Legislación Hipotecaria, por su parte, admite que la inscripción la pueda solicitar el expropiante o el beneficiario, disyuntiva que sólo puede entenderse en el doble caso de que exista expropiante y beneficiario, pues en los demás casos sólo el expropiante sería el titular de la inscripción y el legitimado para pedirla, pero no cabe admitir que en caso de expropiante y beneficiario, ambos estén legitimados para la petición de inscripción a su favor, pues existiendo beneficiario sólo a este cabe pedir y obtener la inscripción.

Si, conforme al artículo 119 de la Ley del Patrimonio del Estado, en las adquisiciones de bienes que se realicen en virtud de expropiación forzosa, llevan implícita la afectación de los bienes al dominio público, y si conforme a la legislación administrativa sólo cabe la concesión sobre bienes pertenecientes al dominio público, es evidente que lo procedente, hipotecariamente hablando, es la inscripción de los bienes expropiados a favor del Estado, para luego, sobre ellos, se pueda fundamentar como finca independiente la inscripción de la concesión. Esta serie de ideas encajan en la tesis anteriormente sostenida en torno a la interpretación dada a los artículos 5 y 6 del Reglamento Hipotecario.

Por todo ello, el mecanismo sería la previa inscripción a nombre del Estado de los bienes expropiados (cosa de difícil cumplimiento si en la expropiación figura la entidad concesionaria como beneficiaria), tal y como ordena la cláusula 56 del Decreto 25 enero 1973; en segundo término, la inscripción de la concesión en sí a través de la escritura pública correspondiente y la posterior incorporación de los bienes expropiados a la concesión, que se inscribirán especialmente a nombre de la misma, haciendo constar su incorporación por nota marginal en la de la concesión. Al no tener posibilidad documental de inscribir los bienes a nombre del Estado, ya que la documentación administrativa de la expropiación forzosa sólo legitima al beneficiario (acta de ocupación y pago o acta de ocupación y resguardo que acredite la consignación del justo precio a que se refiere el artículo 32 del Reglamento Hipotecario), lo procedente es la inscripción directa a nombre de la entidad concesionaria y la posterior o simultánea incorporación de los bienes a la inscripción de la concesión, pues ya en las condiciones de la inscripción de la concesión figurará la reversión de los bienes a favor del Estado.

Todo ello nos lleva a esa inevitable solución que la Resolución comentada ofrece a través del vehículo del artículo 63 del Reglamento Hipotecario. Dificultoso sería seguir la tesis mantenida por el artículo 56 del Decreto de 16 de febrero de 1973, citado y atrevidísima la postura de CABA-LEIRO que postula una nota marginal en la inscripción de los bienes expropiados y una inscripción especial del "derecho que el concesionario adquiere" sobre dichos bienes al amparo del artículo 63 del Reglamento Hipotecario que, conforme a su texto, sólo a la incorporación en propiedad de bienes se refiere.

4. Reversión administrativa.

Uno de los argumentos que la Dirección emplea en el Recurso es el de que no procede la nota marginal del artículo 6,2 del Reglamento Hipotecario hasta tanto “no llegue la fecha en que debe producirse la reversión de los bienes al Estado”.

Convendría concretar a qué reversión se refiere el considerando de la Resolución, pues de una parte juega la posible reversión de los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa o a la reversión que lleva implícita toda concesión administrativa al finalizar el plazo de su concesión. Digo esto, ya que la primera parece quedar eliminada al someter los bienes expropiados al fin de la concesión, y la segunda sería discutible que comprendiese esos bienes que se van incorporando sucesivamente a la concesión.

Los bienes de propiedad particular que se incorporan a la concesión y pasan a formar parte integrante de la misma, ¿están sujetos a la reversión administrativa al finalizar el plazo de la concesión?

La contestación a esa pregunta ha de ser afirmativa, ya que tradicionalmente se ha venido predicando la idea de la “unidad pertenencia!” que lleva consigo el que la reversión comprenda las instalaciones afectas a la explotación, entrando el Estado en el goce de la explotación de la autopista y de todas sus dependencias. Así se había pronunciado el Tribunal Supremo al referirse a los ferrocarriles (Sentencia 6 mayo 1911), y la doctrina administrativista: VILLAR PALASÍ, GARCÍA DE ENTERRÍA, PERA VERDAGUER y ARIÑO ORTIZ.

La Dirección General postula que, llegado el momento de la reversión, será procedente practicar la anotación preventiva del artículo 6,2 el Reglamento Hipotecario acreditativa de que los bienes han pasado del concesionario a ser de “utilidad pública” o demaniales. Ahí creo que es donde a la Dirección General le ha faltado el criterio progresivo de que siempre suele dar muestras, pues, a mi entender, y conforme a lo que vengo sosteniendo, lo procedente hubiese sido extender una inscripción de los bienes a favor del Estado, cancelando la de concesión a nombre de la entidad concesionaria, y poniendo una nota marginal acreditativa de que los bienes, al estar afectos a una utilidad o servicio público, carecen de posibilidad de negociación, salvo una posible nueva concesión que sobre ellos se constituya.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.—NO PROCEDE EXTENDER DICHA ANOTACIÓN PREVENTIVA CUANDO LOS BIENES EMBARGADOS ESTÁN INSCRITOS A NOMBRE DE TERCEROS ADQUIRENTES DISTINTOS DEL DEUDOR. (Resolución de 18 de marzo de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 13 de abril de 1972.)

HECHOS.—Resultando que, por débitos fiscales de la “Sociedad General de Tranvías Eléctricos Interurbanos de Palma, S. A.”, la recaudación de tributos del Estado de dicha ciudad decretó el 23 de febrero de 1971, en tres expedientes ejecutivos, el embargo de una finca que había sido de la Sociedad deudora, pero que en aquel momento figuraba inscrita a nombre de otro titular; que los correspondientes mandamientos se presentaron en

el Registro el 25 de febrero; que el 2 de abril ingresó en la misma oficina, ejecutoria expedida por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Palma, en virtud de la cual y como consecuencia de sentencia del Tribunal Supremo, la titularidad del inmueble señalado se transfería por título de resolución y reversión a la "Sociedad General de Tranvías Eléctricos Interurbanos de Palma, S. A.", y que el mismo 2 de abril se presentó en el Registro primera copia de una escritura de fecha 31 de diciembre de 1970, mediante la cual, la expresada Compañía, cedía al Instituto Nacional de Previsión el referido inmueble en pago de deudas por seguros sociales.

Resultando que, con fecha 13 de abril de 1971, se devolvieron al recaudador los mandamientos presentados, con la siguiente nota en cada uno de ellos referente a la finca cuestionada: "Denegada la anotación de la finca... por constar vendida a tercera persona; defecto insubsanable... que impide tomar anotación de suspensión aunque hubiera sido solicitada."

Resultando que el Abogado del Estado de Palma interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que en la fecha en que se presentó en el Registro la ejecutoria que transfería la propiedad de la finca objeto del recurso, a la Sociedad de Tranvías —2 de abril de 1971—, estaban en poder del Registrador, pendientes de despacho, los mandamientos de embargo del recaudador de contribuciones, sin que hubiese expirado el plazo de sesenta días durante el cual tiene vigencia el asiento de presentación; que, por tanto, lo procedente es que una vez que hubiera inscrito el dominio de la finca a favor de la compañía, hubiese anotado los embargos pendientes a favor del fisco; que, sin embargo, no lo hizo así, sino que dio preferencia a la inscripción de la cesión al Instituto Nacional de Previsión en virtud de escritura presentada el mismo día de la ejecución que, a su juicio, los principios hipotecarios de prioridad y trato sucesivo llevan a otras consecuencias que seguidamente dirá; que la retroacción de las inscripciones, en cuanto a sus resultados, al momento de sus respectivos asientos de presentación, impide el bloqueo de las pretendidas anotaciones por la cesión, registralmente posterior, al Instituto Nacional de Previsión; que tampoco es admisible la negativa del Registrador, porque la finca figurase inscrita a nombre de otro titular cuando se presentaron los mandamientos de embargo, ya que, durante el plazo de vigencia de los correspondientes asientos, pasó la titularidad a la Compañía de Tranvías; que el hecho de que posteriormente entrara en la oficina registral el título de cesión al Instituto Nacional de Previsión no debe impedir la extensión de las anotaciones de embargo anteriormente reclamadas; que por otro lado, no son incompatibles la extensión de las anotaciones y la inscripción de la cesión, y que la teoría que da preferencia a los títulos de dominio anteriores, pero presentados registralmente después, sobre las anotaciones ordenadas con posterioridad, pero ingresadas antes en el Registro, podrá entrar en juego en un planteamiento judicial de la cuestión, pero no compete resolverla al Registrador que debe atenerse exclusivamente a las reglas formales referentes a la extensión de asientos, ya que, conforme al artículo 71 de la Ley de 28 de diciembre de 1963, los créditos tributarios anotados o inscritos en el Registro tienen preferencia sobre cualesquiera otros, sea la que fuese su clase y condición.

Resultando que el Registrador informó: Que efectuada la presentación de los mandamientos de embargo el 25 de febrero de 1971, se inició el estudio calificatorio para la extensión, si procedía, de los correspondientes asientos; que la función del Registrador es esencialmente autenticadora y declarativa de derechos, sin producir efectos de cosa juzgada, misión que compete a los Tribunales; que normalmente los registradores tienen obligación de despachar los títulos presentados, por orden cronológico, salvo si falta alguna inscripción intermedia y siempre a instancia de parte interesada (Resoluciones de 14 de diciembre de 1957, 7 de febrero de 1959, 2 de marzo de 1962, 26 de mayo de 1965, 11 de agosto de 1939, 27 de mayo de 1938, 5 de junio de 1918, 30 de abril de 1936 y 22 de julio de 1940); que la doctrina científica mantiene el mismo criterio; que aplicando al caso del recurso lo dicho sobre orden de despacho y rogación, se llega a las siguientes conclusiones: 1.º La Hacienda Pública, al presentar el 25 de febrero los tres mandamientos para anotación preventiva de embargo adquirió un turno de despacho. 2.º Del mismo modo, la Compañía de Tranvías y el Instituto Nacional de Previsión, al presentar el 2 de abril siguiente la ejecutoria y la escritura pública de cesión de pago, respectivamente, adquirieron también un turno de despacho y con ese turno el derecho a que tales títulos se resolvieran antes que cualquier otro documento que fuera presentado con anterioridad; que el orden de presentación de los documentos fue: 1.º Mandamientos. 2.º Ejecutoria, y 3.º Adjudicación o cesión en pago al Instituto Nacional de Previsión; que en opinión del recurrente, el Registrador debió seguir el siguiente orden de despacho: 1.º La ejecutoria, que fue presentada en segundo lugar. 2.º Los tres mandamientos de Hacienda, que fueron presentados en primer lugar, y 3.º La escritura de cesión en pago, que fue presentada en tercer lugar, y es más, debió realizar toda esta alteración del orden de despacho y la consiguiente lesión de los derechos de los interesados, sin petición oral ni escrita de ninguno de ellos, y es con la exigencia de esta actuación de oficio con la que el informante no está de acuerdo, por lo que mantiene su discrepancia y oposición; que no puede pretenderse que la Compañía de Tranvías, por el mero hecho de presentar la ejecutoria, solicitó que se despachara antes que los mandamientos que ya obraban en el Registro y cuya anotación posterior le perjudicaría, pues implicaría un gravamen sobre la finca; que el informante, al seguir el orden cronológico, por aparecer inscrita la finca cuestionada a favor de tercera persona, tuvo que denegar la extensión de las anotaciones pretendidas, por imperio del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que es el que entra en juego en este caso y no el 17 del mismo texto legal; que el artículo 44 de la Ley Hipotecaria elimina las anotaciones preventivas de embargo del ámbito del artículo 17 al no darles preferencia sobre títulos de fecha anterior, aunque se inscriban en el Registro con posterioridad; que de seguirse el criterio del recurrente habría que esperar para extender los asientos al último minuto del plazo de vigencia del asiento de presentación; que aunque la nota de calificación de los mandamientos de embargo es de 13 de abril de 1971, sus efectos deben retrotraerse a la fecha del asiento de presentación, puesto que, en definitiva, la nota puesta al pie del título no es más que una consecuencia del orden interno de la oficina; que no alcanza

a comprender la finalidad del recurso, dados los claros términos del artículo 44 de la Ley Hipotecaria; que seguramente por ello se alega por la representación del Estado que el artículo 71 de la Ley de 28 de diciembre de 1963, da preferencia, respecto a los demás, a los créditos tributarios que se hagan constar en el Registro; que tal argumento es también inaceptable, puesto que la finca está inscrita a nombre del Instituto Nacional de Previsión, persona distinta a la Compañía de Tranvías, que es la deudora, y que por último y como argumento irrefutable, señala que el recurso gubernativo se refiere a una calificación que suspende o deniega un asiento registral pendiente de realizarse, pero en el presente caso media una inscripción firme a favor de tercero, que conforme a los artículos 1, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, está bajo la salvaguardia de los Tribunales y únicamente en méritos de una sentencia firme recaída en juicio declarativo seguido contra el Instituto Nacional de Previsión, podría ser variada y dar lugar a que se tomaran las anotaciones preventivas, situación ésta a la que no se podría llegar por impedirlo el artículo 44 de la Ley Hipotecaria.

Resultando que el presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe.

Resultando que el recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos, a los que agregó que el Registrador debe tener en cuenta en su calificación la situación registral en toda su amplitud al tiempo de hacerla, y que, si a pesar de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria interpuso el recurso gubernativo, es porque existen razones para hacerlo, pero que por ser extrañas al procedimiento registral no se han expuesto en el mismo, citando como resolución fundamental aplicable al caso la de 7 de febrero de 1959 a más de la general sobre calificación de 9 de mayo de 1946.

Doctrina.—“Considerando que la cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar si está debidamente extendida la nota calificadora por la que se deniega la anotación preventiva de embargo ordenada en procedimiento de apremio por débitos fiscales al encontrarse la finca en el momento de la presentación del mandamiento inscrita a nombre de persona distinta del deudor, pero habiéndose presentado posteriormente, vigente aún el asiento de presentación del mandamiento y antes de extender la nota, una ejecutoria en virtud de la cual la finca en cuestión se transfería nuevamente a la entidad deudora y a continuación una escritura por la que ésta enajenaba el inmueble, títulos ambos que fueron inscritos”;

“Considerando que como tiene declarado este centro directivo en repetidas resoluciones, el principio de prioridad que aparece recogido en los artículos 17, 24 y 25, entre otros, de la Ley Hipotecaria, impone a los registradores la obligación de despachar los documentos referentes a una misma finca por riguroso orden cronológico de sus presentación en el Diario, salvo que sean compatibles entre sí”;

“Considerando que para realizar el despacho de los títulos es necesario que por el Registrador se procede a la previa calificación en virtud del prin-

cipio de legalidad y una de las circunstancias que deberá comprobar ineludiblemente al hacer tal calificación es la de la previa inscripción del derecho de que se trate a favor de la persona disponente o a la que haya de perjudicar la inscripción a practicar, y denegándose ésta cuando resulte inscrito aquel derecho a favor de persona distinta, doctrina general que establece el artículo 20, párrafos 1.º y 2.º, de la Ley Hipotecaria y que se adapta y reitera en cuanto a las anotaciones de embargo en el artículo 140, regla 1.ª del Reglamento Hipotecario”;

“Considerando que, como igualmente se ha declarado en reiteradas Resoluciones, la rígida aplicación de cualquier principio hipotecario no puede llegar a limitar la facultad y el deber de los registradores de examinar los documentos pendientes de despacho relativos a una misma finca, aun presentados posteriormente, para de esta forma procurar el mayor acierto en la calificación, no efectuar inscripciones inútiles e ineficaces, evitar litigios y conseguir justa concordancia entre los asientos y los derechos de los interesados, pero de esta facultad y deber no puede deducirse que dichos funcionarios puedan o estén obligados a alterar por sí, y sin la intervención de los interesados legitimados para ello, el orden de despacho de los documentos, a fin de practicar, como en este caso se pretende, por el recurrente, una inscripción previa que permita la del documento calificado”;

“Considerando que, aunque la cuestión planteada por el presente recurso guarde cierta analogía con la que fue objeto de la Resolución de 7 de febrero de 1959, que cita el recurrente, en la que se mantuvo la doctrina de que un documento presentado posteriormente a otro debía haber sido despachado antes, a fin de remover el obstáculo que se oponía a la inscripción del primeramente presentado y cuyo asiento de presentación seguía vigente, el supuesto de hecho difiere notablemente, ya que en el de aquella Resolución era indudable la coincidencia de intereses en uno y otro documento al ser el presentado en segundo lugar un mandamiento por virtud del cual, y al practicarse determinada cancelación, la finca quedaba inscrita de nuevo a favor de quien la escritura presentada en primer lugar la transmitía, en tanto que en el presente caso falta tal coincidencia de intereses y la alteración por sólo el Registrador del orden de despacho en los documentos hubiera constituido una actuación contraria a los principios que informan el procedimiento registral”;

“Considerando a mayor abundamiento que tampoco cabe desconocer la preferencia que establece el artículo 44 de la Ley Hipotecaria —que remite el artículo 1.923 del Código civil— respecto de los títulos públicos que fueron otorgados con anterioridad a la práctica de una anotación de las señaladas en los números 2, 3 y 4 del artículo 42 de la mencionada Ley y que se presentan en el Registro con posterioridad a la fecha de estas anotaciones, circunstancia que se aprecia en este supuesto al haberse autorizado la escritura ya inscrita en 31 de diciembre de 1971 y decretado el embargo casi dos meses después”;

“Considerando, por último, que al haberse practicado la inscripción a favor del Instituto Nacional de Previsión, el asiento extendido se encuentra de conformidad con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, bajo la salvaguardia

de los Tribunales y producirá todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y todo ello sin perjuicio de que con arreglo al artículo 66 de la misma Ley pueda acudirse ante la jurisdicción competente para discutir sobre la validez o nulidad del título que provocó la inscripción.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la Nota del Registrador.”

CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

El presente caso versa sobre el eterno tema del principio de prioridad, esencia y fundamento del sistema hipotecario español. De las diferentes variantes en que el principio se manifiesta, aquí se recoge la que hace referencia al problema de la incompatibilidad de derechos en su aspecto sustantivo, para luego también estimar ese aspecto formal del “orden de despacho de documentos” que, como complemento, se exige para dar vigencia al primero. De nada serviría la formulación del principio, si luego se dejase al arbitrio o a la complicidad del solicitante y del Registrador el “orden” en que deberían despacharse los documentos.

Burocráticamente, por razones de simpatía u otras especiales, pudiera producirse el ascenso del documento que gana puestos o que, siendo problema aplazable, queda sujeto a la ley del “cajón”. Pero registralmente —aparte de la responsabilidad que ello pueda llevar consigo— es inadmisibles, pues supondría una violación clara del principio sagrado de la prioridad.

Conforme a estas dos facetas señaladas, vamos a intentar exponer críticamente el contenido de esta Resolución. Distinguiamos:

α) Aspecto sustantivo del principio.

La esencia del mismo la reflejan claramente los artículos 17, 24 y 25 de la Ley Hipotecaria, en cuanto conceden al documento que llega antes al Registro el rango para su despacho preferente, cerrando el Registro a los posteriores o anteponiéndose el derecho con los posteriores compatibles.

Pero este principio de prioridad no quiere decir que una vez presentado un título y ganada preferencia para su despacho, deba inscribirse, pues el título está sujeto a la calificación registral que, como sabemos, comprende también la situación que los asientos registrales ofrecen en relación con el principio de tracto sucesivo. Conforme al mismo, cuando la finca o derecho que se pretende inscribir resulta inscrito a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o el gravamen, los registradores denegarán la inscripción solicitada, pudiendo, no obstante, “suspender” la inscripción en el caso de que la persona que otorgue el acto o contrato alegase en el documento presentado ser “causahabiente” del titular inscrito o resultare tal circunstancia del Registro y del referido documento, y a solicitud del presentante, extenderá anotación preventiva por defecto subsanable (artículos 20, 2 de la Ley Hipotecaria y 103 de su Reglamento).

El caso planteado en los hechos constitutivos del supuesto no encaja plenamente en esta última “suavización” del principio y sí queda encuadrado en

el caso primero. Por ello, el Registrador procede bien, inicialmente, al denegar unas anotaciones de embargo sobre finca que está inscrita a favor de persona distinta del embargado. Decimos esto, pues de los hechos no consta que en el mandamiento o mandamientos del embargo se hiciera constar que el embargado fuera "causahabiente" del titular registral, cosa que sólo constaba en el Registro en forma indirecta a través del asiento de presentación. Es de destacar mi postura en torno a la palabra "causahabiente" que yo entiendo debe ser admitida en su sentido restrictivo o limitado, pues en el ejemplo que poníamos podía verse burlado el espíritu del artículo 1.473 del C. c. y del 17 de la L. H. Frente a esta postura, ROCA y LA RICA sostuvieron una concepción amplia hablando de "*sucesor o adquirente en general*", cosa que recoge TIRSO CARRETERO en el comentario crítico que hace a esta Resolución en la "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario" de 1972 (número 491, página 894), estimando "perniciosa" mi interpretación. Son tan estrechos los límites en los que deben moverse estos comentarios que solamente caben los calificativos de las posturas. La suya, por supuesto, me parece "progresiva", de "captura al paso" y de "lege ferenda", pero la mía era de "lege data", sin excluir la posibilidad de la "lege ferenda". Yo exponía hechos y él ilusiones.

Pero aun admitiendo esa tesis "progresiva" en torno a la interpretación del artículo 103 del Reglamento Hipotecario, resultaría que el Registrador, al calificar de subsanable la falta, no hubiera procedido—hipotecariamente hablando—en forma correcta, pues el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, al determinar la preferencia sustantiva de "créditos", remite al artículo 1.923 del Código civil y, conforme a los hechos, resulta que las anotaciones preventivas se dictaron con posterioridad a los títulos de adquisición de la finca a favor de la persona embargada, pero que al no haberse presentado en el Registro sino después de la petición de embargo, tienen la preferencia que les confiere el artículo 1.923 del C. c. antes citado.

b) *Orden de despacho de los documentos.*

Una de las consecuencias adjetivas o formales del principio de prioridad es el despacho ordenado de documentos para evitar que ello pueda suponer una violación del principio de prioridad. Uno de los considerandos de la Resolución lo dice expresamente: "impone a los Registradores la obligación de despachar los documentos referentes a una misma finca por riguroso orden cronológico de su presentación en el Diario, salvo que sean compatibles entre sí".

Al lado de este deber riguroso existe la flexibilidad del examen del Registro—en razón de la función calificadora—y de los asientos pendientes de inscripción, para, con todo ello, llegar a una solución jurídica del problema. Por ello, en uno de los considerandos de la Resolución se dice que "la rígida aplicación de cualquier principio hipotecario no puede llegar a limitar la facultad y el deber de los registradores de examinar los documentos pendientes de despacho relativos a una misma finca, aun presentados posteriormente, para de esta forma procurar el mayor acierto en la calificación, no efectuar inscripciones ineficaces, evitar litigios y conseguir justa concordancia entre los asientos y los derechos de los interesados, pero

de esta facultad y deber no puede deducirse que dichos funcionarios puedan o estén obligados a alterar por sí, y sin la intervención de los interesados legitimados para ello, el orden de despacho de los documentos a fin de practicar, como en este caso se pretende por el recurrente, una inscripción previa que permita la del documento calificado”.

Dentro de las excepciones que el artículo 17 de la Ley Hipotecaria tiene y que señala la doctrina (títulos anteriores no inscritos que corroboran el título inscrito, falta de simultaneidad en el otorgamiento, inclusión de finca en testamentaria, estando previamente enajenada, aparición de herederos de mejor derecho, etc.), cabría también incluir la que puede surgir de ese examen de documentos pendientes, siempre que se tratase de “documentos compatibles entre sí”, pero no como en el caso que ofrecen los hechos relatados en los que, como hemos visto, los embargos son posteriores a la venta, aunque los mismos se presenten antes en el Registro. En el fondo eso es lo que pretendía el abogado del Estado en su escrito: que el Registrador alterase “por sí” el orden de presentación y gravase de embargo la finca vendida como libre, todo ello sin consentimiento o intervención de los interesados legitimados para ello. Fuerte pretensión, sobre todo, cuando como en el presente caso, no está apoyada por un precepto que la autorice.

La Resolución, al ir avanzando en sus argumentos, aporta en su considerando cinco una razón de analogía con los hechos que ofrece la de 7 de febrero de 1959, pero inaplicable, pues el supuesto de hecho difería, según la Resolución, notablemente. En dicha Resolución había un documento de venta y un posterior mandamiento de cancelación de inscripción que facilitaba la inscripción de venta presentada en primer lugar, aunque en el mismo se imponía la prohibición de enajenar de la tercera parte de los bienes que primeramente se vendieron. Ello generó el problema de la prioridad y, si bien la escritura que en primer lugar se presentó ganó rango para ser despachada, era evidente que sin el apoyo del mandamiento no lo hubiera podido ser, pues en el Registro figuraba como titular otra persona distinta de la que transmitía y solamente al ser cancelada su titularidad por imperio del mandamiento se permitió dar vigor a dicha enajenación. Es decir, aquí entró en juego ese criterio de la calificación que compaginaba el principio de prioridad con el de atender a los “documentos pendientes de despacho”.

En dicha Resolución se negaba el criterio del Registrador mantenido en su calificación, pues al mismo tiempo que cancelaba la inscripción que impedía la venta, resolvía que la prohibición de enajenar debería ser tenida en cuenta también y solamente podría ser válida la enajenación de la tercera parte de las fincas vendidas. Una razón poderosa asistía al Registrador, y era la dificultad de pedir el cumplimiento parcial de un mandamiento en el que se decretaba una cancelación y una prohibición de enajenar. Pero la Dirección alegó en el último considerando que, conforme al artículo 44 de la Ley Hipotecaria y el 145 del Reglamento, se permite el acceso al Registro de los actos anteriores a la anotación preventiva de prohibición.

Por todo ello, vemos que, conforme a las alegaciones del abogado del Estado, había una cierta analogía —analogía que niega la Dirección— entre

un caso y otro; lo que sucede es que ambos tienen el mismo fundamento jurídico basado en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, cosa sumamente conseguida por la Dirección General, sobrando el rechazo que la misma hace de la Resolución de 7 de febrero de 1959, que aun siendo aplicada en su letra y espíritu hubiese llevado a la misma conclusión.

La delicadeza del tema en orden a la consideración de los documentos pendientes de inscripción y a la llamada por la Dirección "coincidencia de intereses" provoca una actuación de finura jurídica en la que entran en juego no sólo los puros principios hipotecarios, sino la legislación entera que regula prelación y, a veces, suprime prioridades. Acaso tenga razón TIRSO CARRETERO cuando me reta a profundizar en la distinción entre prioridad sustantiva (artículos 32 y 145, 2.º, de la Ley Hipotecaria) y la prioridad formal (artículo 17 y 313 de la misma).

OBJETO SOCIAL.—EL OBJETO SOCIAL DETERMINA EL ÁMBITO DEL PODER DE REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES. AUN CUANDO NO FIGURE EN LOS ESTATUTOS LA FACULTAD DE VENDER, ACTUÓ VÁLIDAMENTE EL ADMINISTRADOR AL ESTAR COMPRENDIDA DENTRO DEL GIRO Y TRÁFICO DE LA EMPRESA. (Resolución de 17 de abril de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 9 de junio de 1972.)

Hechos.—Resultando que mediante escritura otorgada en Tarrasa el 27 de octubre de 1969 ante el notario don José Gabriel Erdozain Gaztelu, la sociedad "Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.", representada por su administrador, don Antonio Izquierdo Alcolea, en ejecución de acuerdo de Junta general universal de accionistas, celebrada el 8 de enero anterior, segregó de una heredad que le pertenecía, sita en el término municipal de Viladecaballs, una parcela de terreno edificable de 7,5 metros de anchura por 20 de largo, o sea 150 metros cuadrados, que vendió al matrimonio recurrente; que en la citada escritura de compraventa se reseña la de constitución social, de fecha 13 de febrero de 1967, en la que fue nombrado el administrador por un plazo de cuatro años, y otra de rectificación de 9 de febrero de 1968, en la que se especifica que el plazo de duración del cargo de administrador es de cinco años y no cuatro como indicaba la precedente; que se transcribió el artículo 14 de los Estatutos Sociales, según el cual "la administración de la sociedad y su representación en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro y tráfico, incluso el otorgamiento de poderes generales mercantiles y para pleitos, corresponderá solidariamente a un mínimo de un administrador y a un máximo de cuatro, los que usarán el título de gerente y, en todo caso, no incompatibles según el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955"; y que, como documento unido, figura una certificación de una Junta extraordinaria celebrada el 24 de octubre de 1969, en que se acordó por unanimidad "la venta de una parcela de terreno de 7,5 metros de anchura por 20 de largo, edificable según las normas de la Urbanización de T.I.U.R.S.A.", segregada de la finca matriz que se describe en la escritura de venta.

Resultando que, presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Inscrita la

segregación a que se refiere el precedente documento en el tomo 1.497, libro 30 de Viladecaballs, folio 124, finca 1.421, inscripción 1.^a. Respecto a la venta, habiéndose observado que entre las facultades del administrador de la compañía "Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.", que se reseñan en el artículo 14 de los Estatutos Sociales, único que se inserta en la escritura, no figura la de vender; que en el acuerdo de la Junta general de dicha compañía, de 8 de enero de 1969, que el señor Izquierdo manifiesta ejecutar, no se especifica ni la superficie métrica ni los linderos de la finca, y que la certificación que de tal acuerdo se transcribe en la propia escritura no tiene validez por la incompatibilidad del que la expide, al tratarse del propio señor Izquierdo, se suspende la inscripción y, a solicitud del presentante, tomo anotación de suspensión por el término de sesenta días a favor de Antonia Escudero Pérez y Jaime Segarra Bisbal, en los mismos tomo, folio y finca citados, anotación letra A".

Resultando que el nombrado procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que consta en la propia escritura ser objeto de la compañía vendedora "la compraventa y explotación de terrenos" y en el transcrito artículo 14 de los Estatutos Sociales se dice que "la administración de la sociedad y su representación en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro y tráfico, corresponderán solidariamente a un administrador..."; que si el objeto de la sociedad es la compraventa y explotación de terrenos y el administrador está facultado para todos los asuntos de giro y tráfico de la Empresa, al vender un terreno que pertenece a la misma no se puede hablar de carencia de facultad de vender; que en cuanto al segundo defecto señalado de no especificarse en el acuerdo de la Junta general de 8 de enero de 1969, ni la superficie métrica ni los linderos de la finca, prescindiendo de la divergencia en la fecha, error puramente mecanográfico, aparece transcrita la certificación de la Junta general extraordinaria de accionistas en que se acordó la venta de una parcela de 7,5 metros de ancho por 20 de largo, con cuyos datos puede obtenerse mediante una simple operación aritmética la superficie que hecho de menos el Registrador; que si el funcionario calificador admite, la inscripción de la segregación será porque ha identificado la finca y en tal supuesto no es admisible que rechace la inscripción de la venta; que en cuanto al último apartado de la nota que atribuye incompatibilidad para firmar la certificación al señor Izquierdo, resulta de la propia escritura que la sociedad vendedora es una compañía anónima con sólo dos socios, que constituyen válidamente la Junta general extraordinaria y acuerdan por unanimidad la venta, por lo que lógicamente no existe incompatibilidad al no haber otros socios para certificar; y que, como fundamentos legales, cita los artículos 18, 19 y 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento.

Resultando que el Registrador informó: Que no había denegado la inscripción, sino que sólo la había suspendido por considerar subsanables los defectos observados; que el objeto social se indica en la comparecencia de la escritura de forma vaga e imprecisa sin que estime suficiente en cuanto a las facultades del administrador para vender, la referencia en el artículo

14 de los Estatutos, único que se transcribe, al giro y tráfico de la Empresa; que si bien la Resolución de 16 de octubre de 1964 y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1969 admiten la capacidad jurídica de las sociedades para realizar actos no comprendidos en su objeto social, cuando no están comprendidos en el giro y tráfico de la Empresa, exigen acuerdo específico tomado en Junta general; que reciente jurisprudencia del Centro Directivo y del Tribunal Supremo (Resolución de 24 de junio de 1968 y Sentencia de 20 de abril de 1960) se hacen eco de las modernas orientaciones tendentes a separar el tratamiento de la gran sociedad anónima y la pequeña sociedad con escaso número de socios—a veces sólo dos—, en la cual, dadas sus especiales características, las normas legales deben aplicarse con gran flexibilidad y prudencia para facilitar su funcionamiento y evitar todo posible perjuicio a uno de los socios; que por dichos motivos no se pueden considerar como auténticos ni el acta de la Junta universal, celebrada según se dice en la escritura el 8 de enero de 1969 y según la certificación inserta literalmente el 24 de octubre de dicho año, ni tal certificación; que la señalada diferencia de fechas induce también a pensar en su falta de autenticidad, tanto más cuanto que lo mismo el acta que la certificación contienen sólo la firma del señor Izquierdo, que es el socio a quien se faculta para vender, faltando la firma del otro socio, todo ello con infracción de lo dispuesto en los artículos 24, 61 y demás concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas; y que, en cuanto a la falta de expresión de linderos y superficie métrica de la finca, si bien en la escritura se cumple lo establecido en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, no ocurre así en el acuerdo de la Junta en que se basaba la venta, lo que impide saber si la finca que se autoriza a vender es o no la misma que se describe en la escritura, pues aparte de no consignarse los linderos de lo vendido, no basta a efectos de identificación en su cabida dar dos medidas lineales, que según la forma del polígono darán resultado distinto.

Resultando que el presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente.

Resultando que, al haberse omitido el preceptivo informe notarial fue solicitado el mismo y el fedatario que autorizó el instrumento expuso: Que si bien no resulta claro, a veces, qué debe entenderse por giro y tráfico de una empresa, en el presente caso aparece claro el objeto social al decirse en la escritura que es “la compra, venta y explotación de terrenos mediante su urbanización, tanto para zonas industriales como para urbanas, construcciones de inmuebles y cualquier otra actividad que tenga similitud con las indicadas”; que aunque los estatutos se hubieran limitado a decir simplemente que la administración y representación de la sociedad se encomendaba a un administrador, sin especificar sus facultades, su representación se extendería a todos los asuntos pertenecientes al giro y tráfico de la Empresa, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 76 de la Ley de 17 de julio de 1951, que regula las sociedades anónimas; que dicho precepto formula con carácter absoluto el principio del ámbito legal de la representación, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir el administrador en sus relaciones internas con la sociedad; que así lo entiende también la doctrina, por lo que carece de fundamento legal la razón que aiega el Re-

gistrador para suspender la inscripción de no figurar entre las facultades del administrador, en el artículo estatutario transcrito en la escritura, "la de vender"; que a mayor abundamiento existe acuerdo de la Junta general universal de accionistas adoptado por los dos únicos socios existentes entonces, el señor Izquierdo y su esposa, doña Nuria Bolet Solá, para la venta de parcelas, sin que a juicio del informante sea necesario describirlas con todo detalle, puesto que se indica el número de las mismas en el plano particular de la finca, acuerdo que al proceder de órgano soberano y supremo de la sociedad debe cumplirse por no ser contrario a la ley ni a la moral; y que carece de fundamento igualmente la incompatibilidad que señala el Registrador para expedir el administrador la certificación que acredita dicho acuerdo, ya que sólo existían los dos socios citados.

Doctrina.—“Considerando que el primero de los defectos atribuidos en la nota calificadora a la escritura hace referencia a que, entre las facultades del administrador de la sociedad anónima vendedora, que se reseñan en el artículo 14 de los Estatutos y que se ha insertado en la mencionada escritura, no figura la de vender, y, además, resulta de dicho artículo que la representación de la sociedad “en juicio y fuera de él para todos los asuntos de su giro y tráfico” corresponderá solidariamente a un mínimo de un administrador y a un máximo de cuatro, según disponga la Junta general, por lo que la cuestión planteada en primer lugar consiste en resolver si para la venta formalizada tenía el administrador las facultades suficientes para actuar en nombre de la sociedad”;

“Considerando que una de las finalidades que cumple la necesidad de determinar el objeto social en los Estatutos de la sociedad anónima, establecida en el artículo 11, número 3, apartado b), de la Ley de 17 de julio de 1951, es precisamente la de que dicho objeto social concrete el límite de las facultades de representación de los administradores, al establecer el artículo 76 de la citada Ley que “la representación de la sociedad, en juicio y fuera de él, corresponde al Consejo de Administración”, y que “en todo caso, la representación de la sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa”, expresión, está última, que debe entenderse sustancialmente equiparada a la de objeto social”;

“Considerando que en la escritura calificada y a los efectos de delimitar el ámbito de la representación del administrador, se ha hecho constar en la comparecencia, al expresar el concepto en que intervienen los otorgantes, que el objeto social de la entidad vendedora es “la compraventa y explotación de terrenos mediante su urbanización, tanto para zonas industriales como para urbanas, construcciones de inmuebles y cualquier otra actividad que tenga similitud con las indicadas”, y como además el notario autorizante afirma que tiene a la vista la escritura de constitución de la sociedad y datos de su inscripción en el Registro Mercantil, de todo ello resulta que el objeto social aparece suficientemente determinado en el título calificado y que el administrador único ha actuado dentro de sus facultades representativas, por lo que no adolece la escritura del primero de los defectos señalados;”

“Considerando que el segundo defecto plantea el problema de si la finca que ha sido objeto de segregación y venta en la escritura calificada, se co-

rresponde con la que en el acuerdo de la Junta general de la sociedad se autorizó al administrador para transmitir, y no parece que en este aspecto haya dificultad para su identificación con los datos que se aportan, no completos pero sí suficientes, ya que en la certificación incorporada se concreta plenamente la finca principal y se indican las medidas lineales que permiten determinar la superficie de la parcela segregada, y el mismo funcionario calificador lo ha entendido así al practicar la inscripción de la segregación, por lo que, al no haber ninguna duda sobre esta cuestión, no hay obstáculo para la posterior inscripción de la compraventa, dado que en la descripción de la finca en la escritura se han completado las circunstancias exigidas por el artículo 9 de la Ley y 51 de su Reglamento;”

“Considerando que el tercero de los defectos hace referencia a la validez de la certificación del acuerdo adoptado por la Junta general extraordinaria de una sociedad anónima, expedida exclusivamente por el secretario-presidente de la misma, que es a la vez administrador compareciente en la escritura mediante la cual se ejecuta dicho acuerdo, estando la sociedad integrada únicamente por dos socios, uno de ellos el citado secretario-presidente, y habiendo adoptado ambos el acuerdo por unanimidad;”

“Considerando que si bien normalmente las certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Juntas generales de las sociedades anónimas deben expedirse por el secretario con el visto bueno del presidente, es indudable que cuando ambos cargos recaen en una misma persona no cabe negar validez a las certificaciones expedidas sólo por ella y sí, como ocurre en el presente caso, el secretario-presidente es a la vez administrador único de la sociedad, tampoco puede decirse que exista incompatibilidad para que, con este último carácter, ejecute el acuerdo social.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revocó la nota del registrador.”

CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

A medida que la calificación registral debe comprender la consulta de una normativa que se multiplica, una doctrina que la comenta y una jurisprudencia que la aplica y la interpreta, la labor se hace cada vez más densa y difícil. Así le debió pasar al compañero de turno en esta ocasión y ante el gran temor de no haber agotado todas las fuentes de información optó por suspender la inscripción que se le solicitaba en base de tres argumentos que constituyen los tres defectos y a los que nos vamos a concretar en estos comentarios. No obstante, cabe apuntar que, aunque la decisión procede de un Registro de la Propiedad, la materia tiene una profunda raigambre mercantil en cuanto roza representaciones, facultades y legitimaciones del administrador de una sociedad anónima.

a) *Ausencia de facultades del administrador.*

El Registrador había dicho en su calificación que entre las facultades del administrador de la compañía “Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.”, que se reseñan en el artículo 14 de los Estatutos Sociales, único que se inserta

en la escritura, no figura la de “vender” y el acto que se pretende inscribir es el de una segregación y compraventa de una parcela de terreno perteneciente a la sociedad.

La Dirección General de los Registros contesta a esta alegación aduciendo el artículo 11, 3, apartado b), de la Ley de 17 de julio de 1951 que al exigir la determinación del objeto social permite dar cumplimiento a la concreción del límite de facultades de representación de los administradores, pues conforme al 76 de la misma Ley “en todo caso, la representación de la sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa” y en la escritura se hace constar el objeto social (compraventa y explotación de terrenos), habiendo actuado el administrador dentro de sus facultades representativas.

Había hace tiempo en el programa de oposiciones a Notarias, y en el cuestionario de Mercantil, una pregunta e interrogante que decía: *¿La determinación del fin implica limitación de capacidad?* Creo que aquí puede existir una razón que avale la doctrina de la Dirección. Se contestaba entonces a esa pregunta, más o menos de este modo: es necesario distinguir entre la capacidad jurídica del género de negociaciones a que dicha capacidad puede aplicarse. La capacidad y personalidad jurídica es independiente de la voluntad de los que constituyen la sociedad, pues ésta, una vez constituida, tiene una personalidad jurídica que lleva aneja una capacidad general. El fin asignado juega en dos campos diferentes: 1) Reduce la esfera de acción a un determinado género de negociaciones, pero no constituye medida de su personalidad. 2) Su cumplimiento determina la extensión del ente social. En suma, como defiende LANGLE Y BÉRGAMO y alguna Resolución de la Dirección General (24 de febrero de 1924) la determinación del fin no implica nunca una limitación de la capacidad de la compañía para la realización de los actos necesarios para su consecución. Limita únicamente su poder de dirección y disposición, como afirma KOSAK.

Ello nos permite sacar una primera conclusión: si la determinación del fin no implica limitación de la capacidad y solamente afecta al poder de dirección y disposición, quiere decir que dentro de los límites que el fin señala la actuación de la sociedad es plena, pudiendo realizar toda la serie de actos que el mismo lleve consigo.

Se me ocurre traer aquí un famoso trabajo firmado por NÚÑEZ LAGOS (“Revista de Derecho Notarial”, enero-marzo 1954, pág. 227), donde el autor trata sobre el problema de la notoriedad mercantil y el poder por apariencia que, según él, recoge el artículo 286 del Código de Comercio en forma análoga a la “prokura” de los Códigos alemán y suizo. En dicho artículo se contiene —sigue diciendo el autor— una presunción “iuris tantum” de poder (fuente) y una extensión mínima y rígida “iuris et de iure” de ese poder. Para que ello se dé es preciso que existan estos dos requisitos: a) Que el factor o gerente pertenezca notoriamente a una empresa conocida, es decir, notoriedad en el cargo, ejercicio público de sus funciones. b) Que el contrato recaiga sobre objeto comprendido en el giro o tráfico del establecimiento. Esta notoriedad mercantil, concluye NÚÑEZ LAGOS, puede ser tenida en cuenta por el Notario “dentro de la esfera de los actos y contratos del giro y tráfico del establecimiento”.

Todo ello, como vemos, refuerza el argumento utilizado por la Dirección en orden a la capacidad, legitimación y amplitud de poderes del administrador, siempre que el mismo se mueva dentro del fin social o de las operaciones pertenecientes al giro o tráfico de la empresa. Puestos a ser minuciosos, la nota de suspensión debiera haber comprendido no solamente la falta de facultad para vender, sino también la de segregar, acto de riguroso dominio para la Dirección General y que exige, conforme a la doctrina civil, "mandato expreso".

b) *Deficiencias de la certificación del acuerdo ejecutivo.*

Para que el administrador pudiera realizar el acto de segregación y venta era preciso el acuerdo de la Junta general de la Sociedad, en la cual se le autorizaba expresamente para la realización del mismo, exigiéndose la identificación del objeto del acto a realizar.

El Registrador de la propiedad suspende la inscripción, pues en la certificación referida no se dan los datos suficientes para determinar la superficie de la finca ni los linderos de la misma. A ello contesta la Dirección General diciendo que los datos que se aportan en la certificación, no completos pero sí suficientes, permiten una concreción de la finca principal y se indican las medidas lineales que permiten determinar la superficie de la parcela segregada, entendiéndolo así el funcionario calificador al practicar la inscripción de la segregación, no habiendo obstáculo para la inscripción posterior de la compraventa.

El defecto de identificación de fincas por falta de referencias concretas no sólo de los datos de inscripción, sino de los linderos y superficie, es desgraciadamente frecuente en documentos que pretenden inscribirse o que complementan los que sirven de base a la inscripción. Está muy descuidado este aspecto en los campos del documento complementario y en los administrativos y judiciales. Pero en el caso presente hay una contradicción entre ese defecto, predicable en forma muy genérica, pero no aplicable al caso regulado en el cual el Registrador inscribe la segregación, habiendo ya identificado la finca, y niega o suspende la inscripción de la venta cuando tiene datos suficientes para el logro de los precisos que permiten la plena identificación.

c) *Defecto formal de la certificación.*

La ley exige para que las certificaciones de los acuerdos de las Juntas generales sean válidas, que sean expedidas por el secretario con el visto bueno del presidente. La Ley parece partir en su letra de que secretario y presidente sean personas distintas, pero no existe en el texto de la misma nada que prohíba que puedan ser personas idénticas o, lo que es lo mismo, que en una misma persona se reúnan los cargos de secretario y presidente, aunque en el presente caso ambos cargos se identifican con el de administrador.

Es preciso traer aquí una opinión doctrinal de peso que justifique la posible existencia de un "administrador único" en el caso de pequeñas empresas que no exijan la constitución de un Consejo de Administración, que

parece, en principio, presuponer el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas al exigir que cuando la administración de sociedad se encargue a "varias personas conjuntamente", se entiende constituido el órgano colegiado del Consejo de Administración.

GARRIGUES y URÍA, a quien se remite RUBIO y GARCÍA MINA, admiten que los estatutos puedan establecer un sistema de administración en el que se pueda encargar la misma a una sola persona (administrador único) útil para las pequeñas empresas o el de administradores solidarios, que, sin duda, se ofrecen con menos frecuencia, aunque quizá resulte indispensable cuando sólo existan dos consejeros para evitar las dificultades de aplicación que, en este caso, podrían derivarse del sistema de deliberación y acuerdo del artículo 78 (mitad más uno de los componentes y mayoría absoluta de consejeros).

Este órgano social necesario y permanente, compuesto en la forma dicha últimamente, se desdibuja, ya que la legislación parte del supuesto de que existirá Consejo de Administración cuando la administración de la sociedad se confía conjuntamente a varias personas. Para que se entienda constituido el Consejo de Administración "*ipso facto*" —dice GARRIGUES y URÍA— es preciso que la designación de los varios administradores se haya hecho de suerte que las facultades de administración hayan de ejercitarse conjuntamente. Si, por el contrario, las facultades de administración se encomiendan solidariamente a los distintos administradores, entonces no hay razón para entender constituido el Consejo de Administración por lo mismo que la administración, en tal caso deja de ser colectiva. Igual sucede en el caso de administrador único. El supuesto de administración solidaria lo admite y contempla el artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil en su apartado h).

La figura de administrador único o solidario, en caso de ser varios, es muy propia de las pequeñas empresas o sociedades anónimas de carácter familiar que han sido estudiadas en algunos aspectos por LA CÁMARA ("Estudios de Derecho Mercantil") y en ellas una de los diversos problemas que plantean es el poder dar vida a esa exigencia de que la certificación del acuerdo social sea firmada por el secretario con el visto bueno del presidente. Sería antijurídico admitir la forma unilateral o solidaria de administración y luego exigir el requisito formal de la firma de dos personas cuando estos cargos se reúnen en una sola. Uno y otro se contradicen y es preciso compatibilizarlo como hace la Dirección General, quien afirma que "no cabe negar validez a las certificaciones expedidas sólo por ella (una sola persona)".

OBJETO SOCIAL.—REITERA LA DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN DE 17 DE ABRIL DE 1972. (Resolución de 25 de abril de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 27 de mayo de 1972.)

Hechos.—Resultando que, mediante escritura otorgada en Tarrasa el 10 de enero de 1969, ante el notario don José Gabriel Erdozain Gaztelú, la sociedad "Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.", representada por su administrador, don Antonio Izquierdo Alcolea, en ejecución de acuerdo de Junta general

universal de accionistas, celebrada el 8 de enero del mismo año (según certificación expedida el 10), segregó de una heredad que le pertenecía, sita en el término municipal de Viladecaballs, una parcela de terreno edificable de 7,5 metros de anchura por 20 de largo, o sea, 150 metros cuadrados (parcela número 86 del plano particular de la compañía vendedora), que vendió al matrimonio recurrente, que en la citada escritura de compraventa se reseña la de constitución social de fecha 13 de febrero de 1967, en la que fue nombrado el administrador por un plazo de cuatro años, y otra de rectificación de 9 de febrero de 1968, en la que se especifica que el plazo de duración del cargo de administrador es de cinco años y no de cuatro como indicaba la precedente; que se transcribió el artículo 14 de los Estatutos Sociales, según el cual “la administración de la sociedad y su representación en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro y tráfico, incluso el otorgamiento de poderes generales mercantiles y para pleitos, corresponderá solidariamente a un mínimo de un administrador y a un máximo de cuatro, los que usarán el título de gerente y, en todo caso, no incompatibles según el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955”; y que, como documento unido, figura una certificación de una Junta extraordinaria celebrada el 8 de enero de 1969 en que se acordó por unanimidad “la venta de una parcela de terreno de 7,5 metros de anchura por 20 de largo, edificable según las normas de la Urbanización de T.I.U.R.-S.A.”, segregada de la finca matriz que se describe en la escritura de venta.

Resultando que, presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: “INSCRITO el precedente documento, por lo que respecta a la segregación, en el tomo 1.497, libro 30 de Viladecaballs, folio 130, finca 1.423, Inscripción 1.^a. Respecto a la venta, habiéndose observado que entre las facultades del administrador de la compañía “Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.”, que se reseña en el artículo 14 de los Estatutos Sociales, único que se inserta en la escritura, no figura la de vender; que en el acuerdo que en la Junta general de dicha compañía a 8 de enero de 1969, que el señor Izquierdo manifiesta ejecutar, no se especifican ni la superficie métrica ni los linderos de la finca y que la certificación que de tal acuerdo se transcribe en la propia escritura, no tiene validez, por la incompatibilidad del que la expide, al tratarse del propio señor Izquierdo; se ha SUSPENDIDO la inscripción, y a solicitud del presentante se ha tomado ANOTACION DE SUSPENSION por el término de sesenta días a favor de Jaime Segarra Bisbal y Antonia Escudero Pérez, en los mismos tomo, folio y finca citados, anotación letra A”.

Resultando que el nombrado procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que consta en la propia escritura ser objeto de la vendedora “la compraventa y explotación de terrenos” y en el transcrito artículo 14 de los Estatutos Sociales se dice que “la administración de la sociedad y su representación en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro y tráfico, corresponderán solidariamente a un administrador...”; que si el objeto de la sociedad es la compraventa y explotación de terrenos, y el administrador está facultado para todos los asuntos de giro y tráfico de la Empresa, al vender un terreno que pertenece a la misma no se puede hablar de carencia de facultad de vender;

que cuanto al segundo defecto señalado de no especificarse en el acuerdo de la Junta general ni la superficie métrica ni los linderos de la finca, aparece transcrita la certificación de la Junta general extraordinaria de accionistas en que se acordó la venta de una parcela de 7,5 metros de ancho por 20 de largo, con cuyos datos puede obtenerse mediante una simple operación aritmética la superficie que echa de menos el registrador; que si el funcionario calificador admite la inscripción de la segregación será porque ha identificado la finca y en tal supuesto no es admisible que rechace la inscripción de la venta; que en cuanto al último apartado de la nota que atribuye incompatibilidad para firmar la certificación al señor Izquierdo, resulta de la propia escritura que la sociedad vendedora es una compañía anónima con sólo dos socios que constituyen válidamente la Junta general extraordinaria y acuerdan por unanimidad la venta, por lo que lógicamente no existe incompatibilidad al no haber otros socios para certificar; y que, como fundamentos legales, cita los artículos 18, 19 y 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguiente de su Reglamento.

Resultando que el Registrador informó que el objeto social se indica en la comparecencia de la escritura en forma vaga e imprecisa, sin que estime suficiente en cuanto a las facultades del administrador para vender la referencia en el artículo 14 de los Estatutos, único que se transcribe al giro y tráfico de la Empresa; que si bien la Resolución de 16 de octubre de 1964 y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1969 admiten la capacidad jurídica de las sociedades para realizar actos no comprendidos en su objeto social, cuando cae fuera del giro y tráfico de la Empresa exigen acuerdo específico tomado en Junta general; que coinciden en ello el administrador y el notario autorizante al decir en la escritura que aquél ejecuta acuerdo de la Junta universal de accionistas celebrada el 8 de enero de 1969, con lo cual se entra en el verdadero fondo de la cuestión; que reciente jurisprudencia del Centro Directivo y del Tribunal Supremo (Resolución de 24 de junio de 1968 y Sentencia de 20 de abril de 1960), se hacen eco de las modernas orientaciones tendentes a separar el tratamiento de la gran sociedad anónima y la pequeña sociedad con escaso número de socios —a veces sólo dos—, en la cual, dadas sus especiales características, las normas legales deben aplicarse con gran flexibilidad y prudencia para facilitar su funcionamiento y evitar todo posible perjuicio a uno de los socios; que por dichos motivos no se pueden considerar como auténticos ni el acta de la Junta universal ni la correspondiente certificación inserta literalmente en la escritura firmada sólo por el señor Izquierdo en su consideración de secretario-presidente, sin el visto bueno del otro socio, con lo sencillo que hubiese sido que firmase también ambos documentos, todo ello con infracción de lo dispuesto en los artículos 24 y 61 de la Ley de Sociedades Anónimas; y que, en cuanto a la falta de expresión de linderos y superficie métrica de la finca, si bien en la escritura se cumple lo establecido en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, no ocurre así en el acuerdo de la Junta en que se basaba la venta, lo que impide saber si la finca que se autoriza a vender es o no la misma que se describe en la escritura, pues aparte de no consignarse los linderos de lo vendido, no es suficiente a efectos de identificación en cuanto a la cabida, dar dos medidas lineales que, según la forma del polígono, producirán un resultado distinto.

Resultando que el presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones a las expuestas por el recurrente.

Resultando que, al haberse omitido el preceptivo informe notarial, fue solicitado el mismo y el fedatario que autorizó el instrumento expuso; Que si bien no resulta claro, a veces, que debe entenderse por giro y tráfico de una empresa, en el presente caso aparece claro el objeto social al decirse en la escritura que es "la compra, venta y explotación de terrenos mediante su urbanización, tanto para zonas industriales como para urbanas, construcciones de inmuebles y cualquier otra actividad que tenga similitud con las indicadas"; que aunque los estatutos se hubieran limitado a decir simplemente que la administración y representación de la sociedad se encomendaba a un administrador, sin especificar sus facultades, su representación se extendería a todos los asuntos pertenecientes al giro y tráfico de la Empresa, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 76 de la Ley de 17 de julio de 1951, que regula las sociedades anónimas; que dicho precepto formula con carácter absoluto el principio del ámbito legal de la representación, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir el administrador en sus relaciones internas con la sociedad; que así lo entiende también la doctrina, por lo que carece de fundamento legal la razón que alega el registrador para suspender la inscripción, de no figurar entre las facultades del administrador, en el artículo estatutario transcrito en la escritura, "la de vender", que a mayor abundamiento existe acuerdo de la Junta general universal de accionistas adoptado por los dos únicos socios existentes entonces, el señor Izquierdo y su esposa, doña Nuria Bolet Solá, para la venta de parcelas, sin que a juicio del informante sea necesario describirlas con todo detalle, puesto que se indica el número de las mismas en el plano particular de la finca, acuerdo que al proceder de órgano soberano y supremo de la sociedad debe cumplirse por no ser contrario a la Ley ni a la moral; y que carece de fundamento igualmente la incompatibilidad que señala el registrador para expedir el administrador la certificación que acredita dicho acuerdo, ya que sólo existían los dos socios citados.

Doctrina.—"Considerando que este expediente plantea la misma cuestión que es defendida, además con idénticos argumentos jurídicos que las resueltas por las Resoluciones de 17 y 25 de abril de 1972, que declararon: a) que en la venta formalizada en la escritura discutida tenía el administrador facultades suficientes para obrar en nombre de la sociedad, por estar el acto concluido dentro del giro o tráfico de la empresa, al ser su objeto social la compraventa de terrenos, lo que le autorizaba para realizarlo válidamente de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 11-3.º y 76 de la Ley de Sociedades Anónimas; b) que la descripción de la finca segregada y vendida reúne las circunstancias exigidas por los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, y que al resultar plenamente identificado el inmueble —y el mismo funcionario calificador lo ha entendido así al inscribir la segregación realizada— no hay obstáculo para inscribir igualmente la posterior venta; y, c) que si bien normalmente las certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Juntas generales de las sociedades anónimas deben expedirse por el secretario con el visto bueno del presidente, es indudable que cuando

ambos cargos recaen en una misma persona, no cabe negar validez a las certificaciones expedidas, sólo por ella y sí, como ocurre en el presente caso, el secretario-presidente es a la vez el administrador único de la sociedad, tampoco puede decirse que exista incompatibilidad para que con este último carácter ejecute el acuerdo social."

"Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revocó la nota del Registrador."

CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

La presente Resolución coincide con la anteriormente comentada de 17 de abril de 1972 no sólo en los hechos que suponen el punto de partida de la misma, sino que en el único considerando que la Dirección destina a la misma toca y resuelve en la misma forma el aspecto cuestionado. Por ello, excusamos de hacer ningún comentario, remitiéndonos al anteriormente hecho.

OBJETO SOCIAL.—REITERA LA DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN DE 17 DE ABRIL DE 1972. (Resolución de 26 de abril de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 9 de junio de 1972.)

Hechos.—Resultando que, por escritura otorgada en Tarrasa el 29 de enero de 1969 ante el notario don José Gabriel Erdorain Gaztelu, la sociedad "Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.", representada por su administrador, don Antonio Izquierdo Aldecoa, en ejecución de acuerdo de Junta general universal de accionistas celebrada el "ocho de enero" de dicho año 1969 (según certificación expedida el 28), segregó de una heredad que le pertenecía, sita en el término de Viladecaballs, una parcela de terreno edificable de 5 metros de ancho por 20 de fondo, o sea, 100 metros cuadrados (parcela número 74 del plano particular de la compañía propietaria), que vendió a doña Dominica Casanova Tello; que en la citada escritura de compraventa se reseña la de constitución social de fecha 13 de febrero de 1967, en la que fue nombrado el administrador por un plazo de cuatro años, y otra de rectificación de 9 de febrero de 1968 en la que se especifica que el plazo de duración del cargo de administrador es de cinco años y no de cuatro como indicaba la precedente; que se transcribió el artículo 14 de los Estatutos Sociales, según el cual "la administración de la sociedad y su representación en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro y tráfico, incluso el otorgamiento de poderes generales mercantiles y para pleitos corresponderá solidariamente a un mínimo de un administrador y a un máximo de cuatro, los que usarán el título de gerente y, en todo caso, no incompatibles según el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955"; y que como documento unido figura una certificación, fechada el 28, de la Junta general extraordinaria celebrada el "25 de enero de 1969", en que se acordó por unanimidad "la venta de una parcela de terreno de 5 metros de anchura por 20 de largo, edificable según las normas de la urbanización "T. I. U. R. S. A.", segregada de la finca matriz que se describe en la escritura de venta.

Resultando que, presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, fue calificada con la nota del tenor literal siguiente: "inscrito el presente documento respecto a la segregación, en el tomo 1.497, libro 30 de Viladecaballs, folio 133, finca 1.424, inscripción 1.^a. Respecto a la venta, observándose que entre las facultades del administrador de la compañía "Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.", que se reseña en el artículo 14 de los Estatutos Sociales, único que se inserta en la escritura, no figura la de vender; que en el acuerdo de la Junta general de dicha compañía, de 8 de febrero de 1969, que el señor Izquierdo manifiesta ejecutar, no se especifican ni la superficie métrica ni los linderos de la finca, y que la certificación que de tal acuerdo se transcribe en la propia escritura no tiene validez por la incompatibilidad del que la escribe al tratarse del propio señor Izquierdo, se ha suspendido la inscripción y, a solicitud del presentante, se ha tomado anotación de suspensión por el término de sesenta días a favor de Dominica Casanova Tello, en los mismos tomo, folio y finca citados, anotación letra A".

Resultando que el nombrado procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que consta en la propia escritura ser objeto de la compañía vendedora "la compraventa y explotación de terrenos" y en el transcrito artículo 14 de los Estatutos Sociales se dice que "la administración de la sociedad y su representación en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro y tráfico, corresponderá solidariamente a un administrador..."; que si el objeto de la sociedad es la compraventa y explotación de terrenos y el administrador está facultado para todos los asuntos de giro o tráfico de la empresa, al vender un terreno que pertenece a la misma no se puede hablar de carencia de facultad de vender; que en cuanto al segundo defecto señalado de no especificarse el acuerdo de la Junta general, ni la superficie métrica ni los linderos de la finca, aparece transcrita la certificación de la Junta general extraordinaria de accionistas en que se acordó la venta de una parcela de 5 metros de ancho por 20 de largo, con cuyos datos puede obtenerse, mediante una simple operación aritmética, la superficie que echa de menos el Registrador; que si el funcionario calificador admite la inscripción de la segregación será porque ha identificado la finca y, en tal supuesto, no es admisible que rechace la inscripción de la venta; que en cuanto al último apartado de la nota que atribuye incompatibilidad para firmar la certificación al señor Izquierdo, resulta de la propia escritura que la sociedad vendedora es una compañía anónima con sólo dos socios, que constituyen válidamente la Junta general extraordinaria y acuerdan por unanimidad la venta, por lo que lógicamente no existe incompatibilidad al no haber otros socios para certificar; y que como fundamentos legales citaba los artículos 18, 19 y 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento.

Resultando que el Registrador informó que el objeto social se indica en la comparecencia de la escritura de forma vaga e imprecisa, sin que estime suficiente en cuanto a las facultades del administrador para vender, la referencia en el artículo 14 de los Estatutos, único que se transcribe al giro o tráfico de la Empresa; que si bien la Resolución de 16 de octubre de 1964 y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1969 admiten la

capacidad jurídica de las sociedades para realizar actos no comprendidos en su objeto social, cuando caen fuera del giro o tráfico de la Empresa exigen acuerdo específico tomado en Junta general; que coinciden en ello el administrador y el notario autorizante al decir que en la escritura que aquél ejecuta acuerdo de la Junta universal de accionistas—celebrada el 8 de enero de 1969, según la escritura y el 25 del mismo mes y año según la certificación inserta en ella—, con lo cual se entra en el verdadero fondo de la cuestión; que reciente jurisprudencia del Centro Directivo y del Tribunal Supremo (Resolución de 24 de junio de 1968 y Sentencia de 20 de abril de 1960) se hacen eco de las modernas orientaciones tendentes a separar el tratamiento de la gran sociedad anónima y la pequeña sociedad con escaso número de socios—a veces sólo dos—, en la cual, dadas sus especiales características, las normas legales deben aplicarse con gran flexibilidad y prudencia para facilitar su funcionamiento y evitar todo posible perjuicio a uno de los socios; que por dichos motivos no se pueden considerar como auténticas ni el acta de la Junta universal, ni la correspondiente certificación inserta literalmente en la escritura firmada sólo por el señor Izquierdo en su consideración de secretario-presidente, sin el visto bueno del otro socio, con lo sencillo que hubiese sido que firmase también ambos documentos, todo ello con infracción de lo dispuesto en los artículos 24 y 61 de la Ley de Sociedades Anónimas; y que, en cuanto a la falta de expresión de linderos y superficie métrica de la finca, si bien en la escritura se cumple lo establecido en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, no ocurre así en el acuerdo de la Junta en que se basaba la venta, lo que impide saber si la finca que se autoriza a vender es o no la misma que se describe en la escritura, pues aparte de no consignarse los linderos de lo vendido, no es suficiente a efectos de identificación en cuanto a la cabida, dar dos medidas lineales, que según la forma del polígono producirán un resultado distinto.

Resultando que el presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente.

Resultando que, al haberse omitido el preceptivo informe notarial, fue solicitado el mismo y el fedatario que autorizó el instrumento expuso: Que si bien no resulta claro, a veces, qué debe de entenderse por giro o tráfico de una empresa, en el presente caso aparece claro el objeto social al decirse en la escritura que es “la compra, venta y explotación de terrenos mediante su urbanización, tanto para zonas industriales como para urbanas, construcciones de inmuebles y cualquier otra actividad que tenga similitud con las indicadas”; que aunque los estatutos se hubieran limitado a decir simplemente que la administración y representación de la sociedad se encomendaba a un administrador, sin especificar sus facultades, su representación se extendería a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la Empresa, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2.º, del artículo 76, de la Ley de 17 de julio de 1951, que regula las sociedades anónimas; que dicho precepto formula con carácter absoluto el principio del ámbito legal de la representación, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir el administrador en sus relaciones internas con la sociedad; que así lo entiende también la doctrina, por lo que carece de fundamento legal la razón que alega el Regis-

trador para suspender la inscripción, de no figurar entre las facultades del administrador, en el artículo estatutario transcrito en la escritura, "la de vender"; que a mayor abundamiento existe acuerdo de la Junta general universal de accionistas, adoptado por los dos únicos socios existentes entonces, el señor Izquierdo y su esposa, doña Nuria Bolet Solá, para la venta de parcelas, sin que a juicio del informante sea necesario describirlas con todo detalle, puesto que se indica el número de las mismas en el plano particular de la finca, acuerdo que al proceder del órgano soberano y supremo de la sociedad debe cumplirse por no ser contrario a la Ley ni a la moral; y que carece de fundamento igualmente la incompatibilidad que señala el Registrador para expedir el administrador la certificación que acredita dicho acuerdo, ya que existían los dos socios citados.

Doctrina.—“Considerando que este expediente plantea la misma cuestión que es defendida, además con idóneos argumentos jurídicos que las resueltas por las Resoluciones de 17 y 25 de abril de 1972, que declararon: a) que en la venta formalizada en la escritura discutida tenía el administrador facultades suficientes para obrar en nombre de la sociedad por estar el acto concluido dentro del giro o tráfico de la empresa, al ser su objeto social la compraventa de terrenos, lo que le autorizaba para realizarlo válidamente de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 11-3.º y 76 de la Ley de Sociedades Anónimas; b) que la descripción de la finca segregada y vendida reúne las circunstancias exigidas por los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, y que al resultar plenamente identificado el inmueble—y el mismo funcionario calificador lo ha entendido así al inscribir la segregación realizada—no hay obstáculo para inscribir igualmente la posterior venta, y c) que si bien normalmente las certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Juntas generales de las sociedades anónimas deben expedirse por el secretario con el visto bueno del presidente, es indudable que cuando ambos cargos recaen en una misma persona no cabe negar validez a las certificaciones expedidas, sólo por ella y si, como ocurre en el presente caso, el secretario-presidente es a la vez el administrador único de la sociedad, tampoco puede decirse que exista incompatibilidad para que con este último carácter ejecute el acuerdo social”.

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado que revocó la nota del Registrador.”

CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

Ante la similitud de situaciones, aunque las personas varíen, la solución debe ser la misma y los comentarios deben de remitirse a los ya hechos para la Resolución del día 17 antes reproducida. No obstante, como en los “vistos” de la Resolución se hacen referencia a unas cuantas Resoluciones, debemos apuntar su contenido.

Entre las Resoluciones citadas se destacan la de 19 de diciembre de 1942, que estima autorizado el marido en un matrimonio para realizar una segregación cuando su mujer le dio poder para vender. La de 6 de diciembre de 1954, que se refiere al caso de una delegación permanente de facultades sin

que en el poder conste el nombre del Presidente y del Secretario (el hecho se refería a época anterior a la vigente Ley de Sociedades Anónimas y Registro Mercantil). La de 5 noviembre de 1956, que expresa la trascendencia de la fijación del objeto social, determinante cohesivo entre el elemento personal y el patrimonio. Y la de 6 de octubre de 1964, en la que se fija la actuación de los administradores para la realización de los actos y contratos que estén dentro del giro o tráfico de la Empresa, exigiéndose en otro caso el correspondiente autorización.

Todas ellas vienen a corroborar lo dicho anteriormente y facilitan la sucesiva línea conceptual de la Dirección General en este caso, al que también se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1959.

INMATRICULACIÓN DE EXCESO DE CABIDA.—ES INSCRIBIBLE UN AUTO JUDICIAL DE DECLARACIÓN DE EXCESO DE CABIDA EN EL QUE AUNQUE SE APRECIEN MÍNIMOS DEFECTOS FORMALES NO PLANTEA NINGUNA CONTRADICCIÓN CON OTRAS TITULARIDADES REGISTRALES, NI OFRECE DUDA SOBRE LA AUTENTICIDAD DEL DOCUMENTO. (Resolución de 19 de abril de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 12 de junio de 1972.)

Hechos.—Resultando que en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Tarrasa se siguió expediente de dominio a instancia de don José Gómez Serrano para inmatricular a su favor un exceso de cabida de una finca que le pertenecía, denominada “Campo de San Cugat”, sita en el término de San Cugat del Vallés, cuya cabida según el título “es de dos cuarteras y un cuartan, iguales a sesenta y nueve áreas, cincuenta y tres centiáreas”, siendo así que en realidad mide “12.243 metros cuadrados, equivalentes a 324.048 palmos cuadrados, por lo que existe un exceso de cabida de 4.290 metros cuadrados sobre la superficie que consta en el Registro, cuya diferencia se pretende inmatricular”; que según lo acordado en el expediente, se libraron exhortos a los juzgados de Alicante y Barcelona, en cumplimiento de los cuales se citó a varios interesados; “que mediante excepción de carta-orden se citó por edictos en el Ayuntamiento y Juzgado de Paz de San Cugat del Vallés al titular catastral de la finca... y a cuantas ignoradas personas pudiera perjudicar la inscripción”; que “asimismo se publicó la citación en el “Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona”... y en el “periódico “Diario de Barcelona”; y que “no habiendo comparecido persona alguna en el término fijado en las citaciones” se abrió el período de prueba y practicada ésta y emitido informe favorable por el Fiscal, el Juez dictó Auto declarando “justificado el dominio de don José Gómez Serrano sobre el exceso de cabida... que consta en el Registro de la Propiedad, de 69 áreas 53 centiáreas, hasta la cabida de la finca de 12.167 metros cuadrados con 22 centésimas”.

Resultando que, presentado en el Registro testimonio del anterior Auto, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: “suspendida la inscripción del Auto inserto en el testimonio que precede, que ha sido presentado en unión de una certificación expedida por el mismo secretario, rectificando

determinados errores del mismo testimonio, por observarse los siguientes defectos: Primero, no expresarse en el Auto la forma en que se han practicado las citaciones de las personas que se relacionan en la primera parte del Resultando quinto, como provienen los artículos 286 y 277 del Reglamento Hipotecario, en relación con los 262 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Segundo, falta de autenticidad en el testimonio presentado por no reseñarse en el último pliego la numeración del primero. Se consideran tales defectos como subsanables, no tomándose anotación preventiva por no solicitarse”.

Resultando que el nombrado procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que todo proceso judicial terminado por resolución firme sólo puede ser atacado por la vía del recurso de revisión y sólo al amparo de las causas taxativamente enumeradas en el artículo 1.796 de la Ley Procesal Civil; que el Registrador, con su personal criterio referente a las citaciones, invade la esfera judicial, y si estima que no fueron realizadas en forma, debió denegar la inscripción, que la doctrina de la Dirección General, contenida entre otras en las Resoluciones de 29 de mayo de 1941, 18 de abril y 18 de diciembre de 1942, 9 de agosto de 1943, 29 de marzo y 31 de julio de 1944, 27 de noviembre de 1961 y 6 de junio de 1968, es acorde con lo expuesto; que en cuanto al pretendido segundo defecto, su improcedencia es manifiesta al no existir precepto legal alguno que obligue a consignar en el último pliego de los testimonios judiciales la numeración de los anteriores; que el testimonio presentado está sellado y rubricado en todos sus pliegos por el secretario de Juzgado, y que el artículo 201, regla sexta de la Ley Hipotecaria, dice que el testimonio del Auto aprobatorio del expediente de dominio es título bastante para practicar la inscripción, sin conseguir discriminación alguna acerca de cómo ha de extenderse dicho testimonio.

Resultando que el Registrador informó: Que en el auto se dice que fueron librados exhortos para la citación nominal de interesados, no expresándose en ninguna parte la forma en que se habían llevado a cabo tales citaciones, exigencia derivada de los artículos 201 de la Ley Hipotecaria, 277 y 286 de su Reglamento y 262 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que en cuanto al segundo defecto, los artículos 18 de la Ley Hipotecaria, 34 y 98 de su Reglamento, imponen al Registrador el deber de calificar las formas extrínsecas de los documentos presentados, por lo que, independientemente de que exista o no una disposición aplicable a los testimonios judiciales para la reseña al final de la numeración de los pliegos, como exige el artículo 241 del Reglamento Notarial para las copias notariales, no cabe duda de que la omisión de dicha reseña priva de autenticidad a los pliegos anteriores al último en que figura la firma del secretario, sin que constituya garantía la rubrica sin antifirma, por lo que podrían ser sustituidos sin su consentimiento ni conocimiento, y que no ha invadido la esfera judicial, ya que se ha limitado a calificar, como legalmente está previsto, las formas extrínsecas de los documentos presentados, de acuerdo con lo declarado en la resolución de 15 de julio de 1971.

Resultando que el juez que intervino en el procedimiento informó: que en lo referente a las formas de hacerse las citaciones, el problema puede

tener trascendencia en una reanudación de tracto sucesivo interrumpido, pero no en un expediente de exceso de cabida que no puede plantear contradicción con otras titularidades registrales, y que, con relación al segundo defecto, aparece aún más evidente su falta de fundamento legal, ya que no puede dudarse de la autenticidad de un testimonio judicial cuando todos los folios aparecen rubricados por el secretario y sellados con el sello del Juzgado, sin que sea admisible extender a un documento judicial exigencias establecidas para los notariales.

Resultando que el presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y juez que tramitó el expediente de exceso de cabida, y el funcionario calificador se alzó de la decisión presidencial, insistiendo en sus anteriores argumentos.

Doctrina.—“Considerando que la primera cuestión a tratar en este recurso hace referencia a si constituye un defecto que impide la inscripción el no haberse expresado en el auto la forma en que se llevó a cabo la citación de las personas de que hace mención el artículo 201, regla 3.^a de la Ley Hipotecaria, tal como se establece en el artículo 286 del Reglamento Hipotecario en relación con el 277 del mismo Reglamento y 262 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”;

“Considerando que el artículo 286 del Reglamento Hipotecario requiere que en los expedientes de dominio que tengan por objeto la reanudación del tracto sucesivo, se haga constar en el auto aprobatorio la forma en que se hayan practicado las citaciones de la regla 3.^a del artículo 201 de la Ley y este rigor formal que pudiese ser excesivo, tiene su justificación—como en su informe el juez ha indicado con acierto— en tratar de evitar posibles contradicciones con los datos dimanantes de los libros registrales, circunstancia que no puede tener lugar cuando el expediente de dominio verse sobre un exceso de cabida —como sucede en este caso— en que la finca origen del procedimiento figura ya en el Registro inscrita a nombre del propio interesado, y por ello sin duda el artículo 287 del Reglamento que regula este último tipo de expedientes, no existe tal mención en concreto y se limita a establecer que “se observarán las reglas precedentes en cuanto ic sean aplicables”;

“Considerando en cuanto al segundo defecto, relativo a la falta de autenticidad del testimonio del auto judicial librado, por no haberse indicado en su último pliego la numeración del anterior, tal como se exige para las escrituras públicas en el artículo 241 del Reglamento Notarial, y que al no haberse reseñado podría dar lugar a una sustitución del mismo, es de advertir que, aparte la inaplicación evidente del citado precepto al referido testimonio judicial, la posibilidad apuntada carece de fundamento al haberse observado por el funcionario expedidor las formalidades adecuadas, toda vez que los dos folios del pliego aparecen rubricados por el fedatario y estampado en los mismos los sellos del Juzgado.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado que revocó la nota del Registrador.”

CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

Cada vez que se suscita en los recursos gubernativos la calificación de un documento judicial, hay como una especie de defensa interpretativa desfavorable a la intervención registral, desconociendo de una parte las buenas y eficaces relaciones entre lo judicial y lo registral, puestas de manifiesto públicamente en el discurso de inauguración del II Congreso Internacional de Derecho Registral por el ministro de Justicia, y antiguo presidente del Tribunal Supremo, Ruiz Jarabo. De otra parte, no creo que se ha profundizado debidamente en la intervención calificadora del documento judicial a la luz de textos importantes e históricos que pueden suministrar algunas pautas. Por último, los grandes defensores del documento judicial desconocen la sensible cantidad de pequeños defectos que los mismos contienen al presentarse ante el Registro y ello se debe, sin duda, a esa impresionante legislación que agobia al profesional del Derecho a la hora fundamental de tomar decisiones.

En una conferencia que pronuncié, seguida de coloquio, ante las más genuina representación de la Judicatura y Abogacía de Almería, suscitó un tema curioso en el que la intervención registral era la única que podía descubrir y atacar una "invalidez" de un documento que el juez "tenía" que autorizar y el notario que "protocolizar". El supuesto se basaba en unas notas que publiqué en la revista de "Derecho Notarial", número 72, del año 1971, bajo el título "Protocolización de partición judicial". Recuerdo que en el coloquio que siguió a la conferencia, uno de los magistrados se mostró disconforme con la solución que había dado al problema y le tuve que leer, pues le llevaba preparado a tal fin, parte de la "exposición" o preámbulo del Real Decreto de 3 de enero de 1876, en el que se destaca que la toma de razón en los Registros de la Propiedad no es una "función mecánica y rutinaria", sino que para conseguir el gran fin que se pretende se dictaron varias disposiciones encaminadas "a fijar el carácter de que quiso investir a los Registros y a los funcionarios llamados a desempeñarlos, descollando entre ellas la que atribuye al Registrador la facultad de examinar y calificar todos los títulos inscribibles o que produzcan cancelación de otros, sin distinción alguna, ya sean autorizados por notarios, ya aparezcan expedidos por cualquier otro funcionario público del *orden administrativo o judicial*".

El Real Decreto citado continúa aclarando la razón justificativa de la intervención registral y el ámbito en el que la misma se debe mover, pero sin que dentro del mismo pueda restringirse ni uno solo de las atribuciones que se le confieren. No me resisto a copiar literalmente esas frases que dicen así.

"Esta competencia de los Registradores para calificar la *validez* de los documentos que se presentan a inscripción y de los derechos en ellos consignados, alcanza igualmente a los actos en que interviene la autoridad judicial, porque, prescindiendo de que ningún artículo de la Ley Hipotecaria prohíbe a los funcionarios de que se trata hacer aquella calificación y admitir o denegar en su consecuencia la inscripción de los documentos expedidos por los jueces o Tribunales, existen algunos artículos que atribuyen de un modo expreso esa facultad a los Registradores al tratar de los mandamientos

judiciales de cancelación, cuyos preceptos demuestran la existencia de un principio general establecido en la Ley, que ésta aplica a un caso concreto. De negárseles semejante atribución se infringiría además varios artículos de dicha Ley, entre ellos los que se refieren a la independencia en que se hayan del poder judicial los funcionarios administrativos encargados del Registro de la propiedad, y a la responsabilidad que contraen el extender los asientos en los libros, y se autorizaría con perjuicio de tercero la inscripción de cualquier documento obtenido por el fácil medio de un acto de jurisdicción voluntaria o de una providencia dictada de plano a instancia de una sola parte, abriéndose los libros del Registro a todo género de títulos y documentos que de otro modo serían rechazados.”

“Con el debido uso de aquella facultad —sigue diciendo la exposición—, tampoco se menoscaban las prerrogativas de los Tribunales, toda vez que al calificar los Registradores los documentos judiciales, en cumplimiento del deber que les impone la Ley Hipotecaria, *no examinan* los fundamentos de la sentencia, auto, providencia o diligencia, cuya inscripción se solicita, sino que *se limitan* a examinar la naturaleza del mandato judicial y la del juicio o procedimiento en que ha recaído, para apreciar el carácter de los mismos y los efectos que las leyes en cada caso atribuyen a dichos mandatos, así como lo que resulta de los libros del Registro en favor de un tercero que no ha sido parte en aquel juicio; calificación que en todo caso queda limitada a suspender o negar la inscripción del documento, y que no es definitiva, porque los interesados tiene facultad para recurrir a los mismos Tribunales en el correspondiente juicio o para entablar la vía gubernativa ante los superiores jerárquicos del Registrador en el orden administrativo.”

Creo que no se puede decir más bellamente, con pureza de estilo literario, la esencia de la función registral ante el documento judicial. Ampliar funciones puede provocar competencias, pero reducir el ámbito supone renunciaciones peligrosas que atentan a la seguridad del tráfico jurídico y que supondrían esa “falta de independencia en que se hallan del poder judicial los funcionarios administrativos encargados del Registro de la Propiedad”. Lo que sucede es que en el presente caso la ostensible razón que el Registrador tenía para defender su primer motivo la pierde al intentar imponer de “*lege ferenda*” una exigencia que sólo mediante *trasmisiones puede admitirse*. Dos hemos señalado los fallos de la calificación y dos han de ser nuestros comentarios.

a) *Defecto de expresión de la forma en que fueron realizadas las notificaciones.*

El Registrador dice que en el “auto” que se pretende inscribir no figura la “forma” en que se han practicado las citaciones de las personas que se relacionan en la primera parte del resultando quinto, como previenen los artículos 286 y 277 del Reglamento Hipotecario, en relación con los 262 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Dirección General, con gran habilidad, dice que en el caso de inmatriculación de excesos de cabida, como la finca origen del procedimiento figura ya en el Registro inscrita a nombre del interesado, el artículo 287 del Reglamento no exige tal mención en con-

creto, limitándose a establecer que “se observan las reglas precedentes en cuanto le sean aplicables”.

No niego que la Dirección General tuvo gran destreza al sacar a relucir ese artículo reglamentario, pero presumo que era para compensar el indefendible segundo defecto que el Registrador puso al “auto”. Creo que si se hubiera limitado al primero, otra hubiese sido la solución. Pero prescindiendo de razones de “equidad”, veamos la interpretación legal.

El expediente de dominio cumple la triple finalidad de servir de título para la inmatriculación de fincas, reanudación de tracto sucesivo y verificar o hacer constar en el Registro la mayor cabida de las fincas. Todo ello conforme con los artículos 199 y 200 de la Ley Hipotecaria. Entre los requisitos que la Ley Hipotecaria y su Reglamento dictan en los artículos 201 y siguientes está la materia de “notificaciones” que reviste seria importancia no sólo en un cumplimiento, sino en la forma en que se cumple. Por ello, el artículo 277 del Reglamento Hipotecario dice, respecto del expediente de dominio destinado a facilitar la inmatriculación de fincas, que las citaciones previstas en la regla 3.^a del artículo 201 de la Ley deberán practicarse en la forma determinada por los artículos 262 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reafirmando la misma doctrina para los expedientes destinados a la reanudación del tracto sucesivo en el artículo 286 del mismo Reglamento.

Para la inmatriculación de excesos de cabida parece, en principio, que las normas han de ser parejas, pero el artículo 287 del Reglamento Hipotecario dispone al final del mismo esta frase enigmática: “*observándose las precedentes reglas en cuanto les sean aplicables*”. Lo curioso del caso es que, examinada la legislación, no existe precepto que “elimine” la observancia de las reglas anteriores en materia de notificaciones y sí en algunas otras, y menos en la “forma” en que se hicieron y en la constancia documental en que se hicieron, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 262).

Entiendo endeble el argumento de la Dirección al tratar de justificar la omisión, basándose en el informe del juez, quien considera que la exigencia “tiene su justificación en tratar de evitar posibles contradicciones con los datos dimanantes de los libros registrales, circunstancia que no puede tener lugar cuando el expediente de dominio verse sobre un exceso de cabida en que la finca origen del procedimiento figura ya inscrita a nombre de interesado”.

La inmatriculación de excesos de cabida, aun siendo facilitada enormemente en la legislación hipotecaria, ha querido ser rodeada de una serie de garantías importantes que reflejan, por ejemplo, el artículo 298 del Reglamento Hipotecario y que parecen dar a entender el artículo 287 del mismo. Pero un cuando así no fuera y aun considerando que la sustancia física de la finca no aflora a la presunción publicitaria del Registro y estimado que, conforme dice LACRUZ, inscritos los linderos de la finca, lo de menos es la extensión de su superficie, es preciso traer a colación aquí el artículo 384 y siguientes del Código civil, que el regular el deslinde—y deslinde en el fondo es lo que se está haciendo en un expediente de dominio destinado a reflejar un exceso de cabida— exige el consentimiento de todos los interesados o las soluciones equitativas que se le den al caso. Citación de los colin-

dantes, consentimiento u oposición de los mismos es decisivo en estos casos. Dejar en nebulosa este requisito y la forma en que se ha cumplido es afirmar esa "falta de independencia" que niega rotundamente el Decreto antes apuntado del año 1876. Viene reforzada esta opinión nuestra por la Resolución del 5 de julio de 1971, que ya hemos comentado en estas páginas. (Fascículo 4.º del año 1973.)

b) *Falta de autenticidad del testimonio del auto judicial.*

El Registrador, en exceso de celo o en un raptó de "oficiosidad", añadió al primer defecto el de que en el testimonio judicial no se había indicado en el último pliego la numeración del anterior, tal como se exige para las escrituras públicas en el artículo 241 del Reglamento Notarial.

La Dirección General le contesta que carece de fundamento su alegación, al haberse observado por el funcionario expedidor las formalidades adecuadas, toda vez que los dos folios del pliego aparecen rubricados por el fedatario y estampado en los mismos los sellos del Juzgado. Creo que fue ORTEGA el que había dicho que "o se precisa, o se calla uno o hace literatura", y el funcionario de turno debió omitir totalmente este pretendido defecto, y caso de haberlo aludido, debió echarle literatura al asunto. Al no hacerlo así se quedó la cosa en la pobreza de la vía muerta del artículo 241 del Reglamento Notarial, aplicable a los documentos notariales, pero insuficiente para los judiciales hasta que venga un Ministro "eficacia" que sepa hacer un trasvase de disposiciones.

Qué duda tiene, y en eso estoy con el funcionario calificador, que sería de desear en el campo de los documentos inscribibles una mayor uniformidad y, sobre todo, un acercamiento del documento judicial y del administrativo en su perfección al notarial. Ello supondría una gran contribución a esta gran labor que el Registro de Propiedad lleva a cabo y que tiene la gran repercusión de ofrecer en el campo jurídico de la contratación de los inmuebles el principio de seguridad. Pero si lograr perfecciones es siempre un anhelo, descubrir defectos y corregirlos es también un deber.

Pero entre la busca del defecto y el criterio jurídico de calificación debe siempre existir un gran equilibrio. No debemos olvidar aquellas magníficas frases de GONZÁLEZ PALOMINO (prólogo a sus estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio), que decía: "Uno de los deportes favoritos del jurista de pura sangre es la caza del requisito; pero la caza en sentido venatorio: para *desrequisitar los requisitos*. Porque la mentalidad jurídica es *antiburocrática* por esencia, presencia y potencia. El jurista se esfuerza en resolver los problemas. El burocrata en poner dificultades. Lo primero requiere estudio y talento. Lo segundo, no."

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDAD ANÓNIMA: RESERVA LEGAL.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS ENTRE LOS ACCIONISTAS, MEDIANTE LA ENTREGA DE NUEVOS TÍTULOS CON CARGO A UNA AMPLIACIÓN DE CAPITAL, SIN DETRAER PREVIAMENTE LA RESERVA LEGAL ESTABLECIDA CON CARÁCTER OBLIGATORIO POR LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. (Resolución de 19 de febrero de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 18 de marzo de 1972.)

Hechos.—Resultando que la sociedad recurrente tenía en 31 de diciembre de 1970 un capital social de 675.000 pesetas y una reserva por prima de emisión de acciones de 225.000 pesetas, sin tener constituida reserva legal alguna; que el balance cerrado en la indicada fecha arrojó un beneficio de 163.504 pesetas, el cual, en Junta Universal de accionistas celebrada el 18 de junio de 1971, se acordó aplicar en la siguiente forma:

— A distribución de beneficios mediante el aumento del capital social con entrega de una acción liberada por cada ocho antiguas	84.375
— A previsión para impuestos	63.989
— A remanente	15.140
<i>Total del beneficio distribuible</i>	<hr/> 163.504

Que según consta en certificación de la referida Junta, se acordó también “no destinar cantidad alguna a la reserva legal prevista en el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas y 34 de los Estatutos Sociales, por cuanto, entre otras razones, la reserva por prima de emisión de acciones que en el mismo artículo prevé la Ley, sobrepasa con exceso la legal y tiene idéntica finalidad, hasta el punto de ordenar que no se podrá disponer de aquélla hasta que la reserva legal haya alcanzado la quinta parte del capital desembolsado”; que en su lugar se convino que el reparto de beneficios tuviera lugar mediante la entrega de acciones liberadas en la proporción acordada previamente de una nueva por cada ocho antiguas; que, en consecuencia, el capital social fue aumentado en 84.375 pesetas, quedando fijado en 759.375 pesetas, representado por 10.125 acciones al portador, de 75 pesetas nominales cada una, y que, para formalizar los anteriores acuerdos, el 13 de julio de 1971 don Andrés Aldazábal Zuberogoitia, en representación de la Compañía Minera de Barcelona, S. A., otorgó, ante el notario de dicha capital, don Joaquín Antuña Montoto, la correspondiente escritura pública.

Resultando que, presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, fue calificada con la siguiente nota: “Denegada la inscripción del documento que antecede, que ha sido complementado por una certificación expedida por el secretario del Consejo de Administración de la “Sociedad Compañía Minera de Barcelona, S. A.”, en esta ciudad, a 13 de octubre de 1971, con el visto bueno del presidente, cuyas firmas ha legitimado el notario de Barcelona, don Joaquín Antuña Montoto, el 14 de los corrientes, por cuanto los acuerdos de la Junta General Universal de Accionistas de dicha Sociedad

celebrada el 18 de junio de 1971, referentes a distribución entre los accionistas de acciones procedentes de ampliación de capital, con cargo a los beneficios del ejercicio de 1970, sin detraer la reserva legal, infringiendo los artículos 106 de la Ley de Sociedades Anónimas y 34 de los Estatutos Sociales."

Resultando que don Juan Hernández Arbós, actuando en su calidad de Consejero Delegado de la "Compañía Minera de Barcelona, S. A.", interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: que el artículo 34 de los Estatutos Sociales recoge lo preceptuado por el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas en orden a la reserva legal y, a su vez, dicho artículo 106 dispone también que las cantidades percibidas por la emisión de acciones con prima no podrán ser distribuidas hasta que la reserva legal haya llegado al indicado límite; que de la interpretación conjunta del referido artículo 106 se deduce que la reserva por prima de emisión y la reserva legal cumplen idéntica finalidad, que es la de constituir un fondo de garantía para el fortalecimiento de la sociedad; que este criterio es compartido por la doctrina y resulta destacado en el anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas; que si ambas reservas responden a un mismo fin, cual es el fortalecimiento de la sociedad y la defensa de la integridad del capital social, resulta evidente que en el presente caso no existe obligación de dotar la reserva legal, ya que la reserva por prima de emisión constituida representaba antes de la ampliación el 33,333 por 100 del capital y después de dicha ampliación el 29,629 por 100, porcentaje que excede ampliamente del 20 por 100 previsto en el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas; que la reciente legislación española, inspirada en la alemana, reconoce la idéntica naturaleza jurídica de la reserva legal y de la reserva por prima en la emisión de acciones, preceptuando el artículo 5.º c), de la Orden de 5 de junio de 1964, referente al régimen fiscal de las sociedades de inversión mobiliaria, que se destinará a incrementar la reserva legal el importe de las cantidades percibidas en concepto de prima en la emisión de acciones; que de lo dicho se desprende que una vez cubierto con exceso, a través de la reserva por prima en la emisión de acciones, el fondo de garantía que exige el repetido artículo 106, y teniendo ambas reservas idéntica misión de cobertura, no existe en el presente caso obligación de detraer el 10 por 100 de los beneficios, por lo que no resulta ajustada a Derecho la calificación registral, y que no puede en modo alguno alegarse la infracción de los artículos 106 de la Ley y 34 de los Estatutos, ya que si no se ha efectuado la referida retracción de los beneficios, ha sido por el hecho de que la reserva por prima de emisión cubre con exceso el límite obligatorio de la reserva legal, y como de aquélla no puede disponerse, a tenor del artículo 106, quedan debidamente salvaguardados los derechos de tercero y el principio de defensa del patrimonio social.

Resultando que el Registrador mantuvo su calificación por los siguientes razonamientos; que si bien es cierto que el párrafo 2.º, del artículo 106, de la Ley de Sociedades Anónimas asimila las cantidades percibidas por prima en la emisión de acciones a las destinadas a reserva y no podrán ser distribuidas hasta que la reserva legal haya alcanzado el 20 por 100 del capital desembolsado de la sociedad, constituyendo así un fondo de garantía y defensa

del patrimonio social, no tiene la finalidad nivelatoria de la cuenta de pérdidas y ganancias y, por tanto, no existe la obligación de aplicarlas a la absorción de resultados adversos, de suerte que, enjugada la reserva legal, puede la sociedad mantener en el pasivo aquellas cantidades y lucir en la cuenta de pérdidas y ganancias resultado negativo por importe superior a la referida suma; que contrariamente a la tesis del recurrente, el artículo 5.º de la Orden de 5 de junio de 1964 refuerza lo que acaba de decir, toda vez que obliga a aplicar a la reserva legal el importe de las cantidades percibidas en concepto de prima en la emisión de acciones, hasta que aquélla alcance el 50 por 100 del capital social, significando claramente con esto la diferencia entre ellas, pues no siendo así carecería de sentido la norma señalada respecto al reflejo contable que deben tener las primas en la emisión de acciones hasta alcanzar el porcentaje indicado, puesto que de ser idénticas reserva legal y reserva por prima en la emisión de acciones, no sería necesario lo preceptuado; y que, como fundamentos de derecho, indicaba los artículos 106 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas, 4 del Código civil, 53 del Reglamento del Registro Mercantil y 5.º de la Orden de 5 de junio de 1964.

Doctrina.—“Considerando que la cuestión a resolver en este recurso aparece centrada en si cabe que una sociedad pueda indefinidamente prescindir de la formal constitución de la reserva legal, ordenada en el artículo 106 de la Ley, debido a que la propia sociedad tiene un fondo por prima de emisión de acciones que supere con exceso, según los datos contables, al que debiera haber por reserva legal, y persistir en tal comportamiento con ocasión de nueva ampliación de capital y emisión de acciones con prima”;

“Considerando que la reserva legal—que es, según pone de manifiesto la doctrina, un capital adicional formado obligatoriamente mediante la detracción en cada ejercicio de una cuota parte de los beneficios hasta que se alcance una cifra igual a la quinta parte del capital desembolsado—, tiene por finalidad la cobertura del saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias, nivelando un balance deficitario, y en última instancia sirve para la defensa de la integridad del capital social, y a esta finalidad obedece su constancia en la correspondiente partida en el pasivo del Balance, tal como establece el artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas;”

“Considerando, en cambio, que la retención de cantidades percibidas por la emisión de acciones con prima—y que responde fundamentalmente a adecuar las aportaciones de los nuevos socios al valor efectivo de las cuotas sociales que asumen— no constituye propiamente una reserva del mismo tipo que la legal, aunque se la quiera asimilar a ella, pues su finalidad inmediata y concreta es de segundo grado, y se reduce a forzar la dotación de la reserva legal del primer párrafo del artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas, viniendo, pues, a significar aquella retención sólo un primer paso para la formalización de tal reserva, de la cual resulta, claro está, garantía; y de ahí la lógica consecuencia establecida en el párrafo 2.º del mismo artículo, de que mientras no se alcance el límite legal de la quinta parte del capital social, se prohíba la distribución de las primas entre los socios, para no disminuir la garantía global de la sociedad;”

“Considerando que a diferencia de la legislación alemana—artículo 150-2.º

de la Ley de Sociedades Anónimas de 6 de septiembre de 1965—, en donde las primas de emisión entran a formar parte siempre de la reserva legal y, salvo en contados casos, no cabe disponer de ellas para distribuirla entre los accionistas, el legislador español sigue el precedente del Código civil italiano —artículo 2.430— y permite, tal como se indicó en el considerando anterior, que una vez cubierto el límite del artículo 106 de la Ley, adquieran el carácter de reservas disponibles y pueda, con cargo a ellas, según establece el artículo 94 de la misma, aumentarse el capital social, operación, por el contrario, irrealizable si se trata de hacerla con cargo a la reserva legal;”

“Considerando que, en el caso cuestionado, no se ha formalizado la reserva legal, dotándola en la forma prevista por la Ley, según se deduce de la propia exposición de hechos, pues ni se ha incluido en el pasivo la cifra de dicha reserva, ni en el activo de los bienes afectos a la misma; y ello supuesto, la escritura de aumento de capital mantiene el equívoco inicial con el argumento de la identidad entre reserva legal y la que llama reserva por prima de emisión de acciones, lo cual, como se ha indicado, no se ajusta a los preceptos legales.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar la nota del Registrador.”

CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

En la cuestión suscitada por el presente recurso se plantean una serie de problemas en orden a la esencia de las reservas, clases de éstas, casos en que cesa la obligación de constituir la reserva legal y si dentro de los mismos cabe aplicar como caso excepcional el que prevé el artículo 106, párrafo 2, de la vigente Ley de Sociedades Anónimas.

Quizá la visión panorámica que he presentado exceda un poco de los límites en los que pretendo moverme y en los que la Resolución se pronuncia, pues la problemática pudiera reducirse a si una sociedad puede prescindir indefinidamente de constituir la reserva legal por tener un fondo por prima de emisión de acciones que supere con exceso, según los datos contables, al que debiera haber por reserva legal.

Hay que partir en principio de la finalidad de toda reserva. Sigo en este punto a RUBIO y GARCÍA MINA: “Las reservas cumplen una función genérica: promover un fondo de previsión ante las posibles alternativas del negocio, y las específicas, según los casos, de asegurar la estabilidad de la empresa, aumentar la confianza de los acreedores, regularizar la percepción de dividendos, compensando años favorables con otros menos satisfactorios y atender con normalidad y permanencia a empleados y trabajadores”. Es decir, hay fines económicos y sociales.

Partiendo de estas ideas, creo que estamos ya en vías de poder afrontar los caracteres de la reserva legal y los casos en que cesa la obligación de su constitución.

a. *Caracteres de la reserva legal.*

Impone la reserva legal el artículo 106 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas. Precisamente por estar impuesta por la Ley se denomina legal. El ordenamiento estima—sigue diciendo RUBIO—que determinados supuestos, y hasta un determinado importe, los fines que persiguen las reservas representan un interés general que debe tutelarse preceptivamente. La reserva legal no viene a ser, como dice el considerando segundo, más que un capital adicional formado obligatoriamente mediante la detracción en cada ejercicio de una cuota parte de los beneficios hasta que se alcance una cifra igual a la quinta del capital desembolsado.

De ahí que pueda precisarse de esta reserva su carácter imperativo, supone una detracción o segregación de beneficios, es una especie de capital complementario, su cuantía es mínima, pudiendo ser elevada y su destino está prefijado, pudiendo sólo disponerse de la misma para cubrir, en su caso, el saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias.

b. *Casos en que cesa la obligación de constituirla.*

La obligación de constituirla—según dice GARRIGUES URÍA—se inicia cuando el beneficio social supera el *seis por ciento* del capital nominal de la sociedad y cesa no en su constitución, sino en la obligación de dotar a la misma, siempre que no se obtenga beneficio, éste no supere la cifra citada o cuando el fondo de reserva haya alcanzado la quinta parte del capital social. La obligación de dotar la reserva renace tan pronto como por cualquier causa la cuenta de reserva haya descendido a un porcentaje inferior a la quinta parte del capital desembolsado.

Legalmente parece que no hay más causas o casos en que cesa la obligación frente a la reserva legal, pero la resolución comentada ofrece, conforme a los hechos, un supuesto en el que se discute—y éste es el fondo de la cuestión—si es posible que cuando la “reserva por prima de emisión de acciones” a que se refiere el artículo 106-2.º de la misma Ley de Sociedades Anónimas, sobrepasa con exceso la legal y tiene idéntica finalidad que aquélla, puede prescindirse de la reserva legal.

En principio parece que no existe ningún inconveniente en ello, pero la solución del caso se mediatiza por los caracteres y fines que a reserva por prima de emisión se le conceden en el Derecho español que, conforme a la Resolución, no sigue a la legislación alemana, sino a la italiana. Es decir, vence la interpretación doctrinal que al precepto dieron en su día GARRIGUES y URÍA, quienes, al discutir sobre la institución, decían que las cantidades correspondientes a la prima de emisión pueden ser destinadas o a incrementar la reserva legal o a constituir una reserva eventual, o a incrementar los fondos de las reservas voluntarias o a su inmediata distribución entre los accionistas. La última solución es la que se discute más, pues los fondos de reserva no se consideran como beneficio, sino como aportación complementaria del accionista, por ello la legislación alemana prevé como destino obligado de los fondos de prima el incremento de la reserva legal.

En el Derecho español no se permite la distribución de los fondos proce-

dentes de la prima de emisión, más que en el caso de que la reserva esté integrada, es decir, haya alcanzado o recobrado el nivel previsto en el primer párrafo del artículo 106. Es decir, concluyen dichos autores, la prima en sí no es un beneficio. Se sigue aquí el modelo italiano, que no obliga a imputar directamente a la reserva legal las cantidades percibidas por la prima, pero considera tales cantidades como asimiladas a la reserva.

Estas ideas y las mantenidas en la Resolución comentada, permiten establecer la esencia y finalidad de estas primas de emisión de acciones que las diferencian sustancialmente de la reserva legal:

- Responden fundamentalmente a adecuar las aportaciones de los nuevos socios al valor efectivo de las cuotas sociales.
- Su finalidad inmediata y concreta es de segundo grado y se reduce a forzar la dotación de la reserva legal del primer párrafo del artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas.
- Una vez cubierto el límite que señala el artículo 106, párrafo 1.º, adquiere en el carácter de reservas disponibles y puede, con cargo a ellas, aumentarse el capital social (artículo 94 de la Ley). Se asemeja esta disposición a la que contiene el artículo 107 respecto de las reservas voluntarias.

Por todo ello, es preciso reconocer la justicia de la Resolución comentada que mantiene la nota calificadora del Registrador y destruye los argumentos utilizados por la parte que promueve el recurso.

SOCIEDAD ANÓNIMA.—CONVOCATORIA DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.—ES VÁLIDA LA CONVOCATORIA HECHA DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN LOS ESTATUTOS SOCIALES, POR LO QUE LA FALTA DE PRUEBA DE ALGÚN HECHO SÓLO PUEDE SER CALIFICADO DE FALTA SUBSANABLE. (Resolución de 4 de abril de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 27 de abril de 1972.)

Hechos.—Resultando que la “Compañía Mercantil Viroterm, S. A.”, domiciliada en Madrid, fue constituida mediante escritura otorgada el 2 de abril de 1955 ante el notario don Blas Piñar López; que en la actualidad ostente la presidencia don J. Eudaldo Puig López, siendo el consejero de más edad don Francisco Gómez Gallardo; que en el artículo 28 de los Estatutos Sociales se dice que: “En caso de ausencia del presidente le sustituirá el consejero de más edad”, y 21 y 29 establece que: “El Consejo de Administración se reunirá tantas veces como lo exijan los negocios sociales a juicio del presidente o a petición de tres de sus miembros”; que don Francisco López Gallardo, “como presidente en funciones” por ausencia de don Eudaldo Puig López, el 20 de noviembre de 1971 ordenó al secretario de la sociedad que cursase telegramas a los consejeros no presentes convocándoles para una reunión que tendría lugar el 23 en la calle del Cid, números 4 y 6, de Madrid; que la reunión se celebró en la fecha señalada, con asistencia de tres de los cinco consejeros integrantes del Consejo, tomándose en ella los siguientes acuerdos: Revocar totalmente los poderes que le fueron concedidos a don José Corta-

dellas Carbonell en la sesión del Consejo de 13 de julio anterior, quedando expresamente desautorizado para realizar acto alguno en nombre de la sociedad; revocar y declarar nulos los poderes y delegaciones que se le habían conferido a don J. Eudaldo Puig López en la reunión del Consejo de 21 de junio de 1971, el cual queda expresamente desautorizado para ejercitar acto alguno en representación y nombre de la compañía, salvo las facultades estrictas que al presidente del Consejo de Administración le confieren los Estatutos; nombrar, con carácter provisional, gerente de la sociedad al consejero don Francisco Gómez Gallardo, facultándole expresa y ampliamente para que pueda nombrar persona de su confianza en quien delegue con mayor o menor amplitud el ejercicio de esta función, otorgándole el correspondiente mandato y facultándole para comparecer a tal efecto ante notario; conceder la representación de la sociedad, con la más amplia delegación de poderes del Consejo sin más excepciones que las que resulten expresamente de la Ley, a los señores don Francisco Gómez Gallardo, don Antonio Casado de Amezua Corso y don José Luis Enríquez Escudero, actuando para ello siempre mancomunadamente dos cualesquiera de ellos y con facultades para suscribir todos los documentos necesarios para la gestión de la sociedad, firmando siempre en nombre de ella dos de los tres designados; y que el día 25 de los mismos mes y año, don Antonio Casado de Amezua y Corso, actuando como secretario y en representación de "Viroterm, S. A.", otorgó ante el notario de Madrid, don Manuel Ramos Armero, escritura pública en que se protocolizaron los anteriores acuerdos.

Resultando que, presentada, en el Registro Mercantil de Madrid, primera copia del anterior documento, fue calificada con la siguiente nota: "Denegada la inscripción del presente título por el defecto de carecer don Francisco Gómez Gallardo de la capacidad necesaria para convocar la reunión del Consejo de Administración, dado que dicha actuación, según dispone el artículo 29 de los Estatutos Sociales, en relación con el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, es de la competencia del presidente del Consejo, y sólo puede ser ejercitada por el consejero más antiguo en funciones de presidente accidental, según determina el artículo 28, en caso de ausencia del presidente, circunstancia que no resulta acreditada por la documentación presentada, particular que se corrobora con acta de 22 de noviembre del pasado año, autorizada por el notario de Madrid, don Domingo Irurzun, que figura asimismo presentada bajo el número 420 del Diario 292. El señalado defecto, al producir la invalidez de la reunión del Consejo, vicia de nulidad los acuerdos adoptados en la misma, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1968, por lo cual tiene el carácter de insubsanable. No procede tomar anotación de suspensión".

Resultando que don Cayetano Hernández Fernández, en representación de don Antonio Casado de Amezua y Corso, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que según consta en el Acta de la Sesión 83 del Consejo, que se incluye por testimonio en la escritura presentada, la ausencia de Madrid del presidente titular de "Viroterm, S. A.", se acreditaba "por Acta notarial que se une a esta Acta del Consejo", por lo que su existencia consta por tanto en el Registro; que tal acta fue la otorgada ante el

notario don Manuel Ramos Armero el 19 de noviembre de 1971, con el número 4.293 de su protocolo y en ella se acredita que constituyó el notario en el domicilio social de "Viroterm, S. A.", "calle Españolito, 23, bajo izquierda, donde no encontró a don Eudaldo Puig López, recibiéndome en su despacho don Julio Fernández Labiada, empleado de dicha sociedad, quien a mi pregunta, advertido de mi carácter y función, así como del objeto de mi visita, me indica que el señor Puig López está en París y después va a Londres...; acto seguido me desplazé al Hotel Gran Versalles, Covarrubias, 4, siendo las diez horas y diez minutos, donde en la conserjería, advertido el empleado que me atiende de mi carácter y función y tras solicitar la presencia de don J. Eulalio Puig López, me exhibe la ficha correspondiente, indicándome que se marchó el día 18"; que a mayor abundamiento, en el propio título presentado se dice que la reunión del Consejo "estaba solicitada por tres consejeros", siendo, por tanto, de celebración obligatoria a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 de los Estatutos Sociales, en que se dice que "el Consejo de Administración se reunirá tantas veces como lo exijan los negocios sociales a juicio del presidente o a petición de tres de sus miembros"; que el defecto señalado por el Registrador consiste en no acreditarse con la documentación presentada la circunstancia que justifique la convocatoria de la reunión en la forma en que se había hecho; que si la falta hubiese sido calificada de subsanable se habría resuelto la cuestión presentando el Acta notarial aludida autorizada por el señor Ramos Armero, con el número 4.293 de su protocolo; que no existe ninguna razón que justifique el carácter insubsanable atribución a la falta, pues la documentación aportada por el señor Puig López sólo acredita que estuvo en Madrid el día de la celebración de la Junta, pero no que estuviese cuatro días antes en que se hizo la convocatoria, momento al que sin duda se refieren los Estatutos; que para una interpretación ágil y correcta del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas y en su caso de los artículos 28 y 29 de los Estatutos, se deben tener en cuenta, de acuerdo con la doctrina, los posibles riesgos para la Empresa, que no hay duda existían en el presente caso, que en el supuesto de que se modifique el carácter insubsanable atribuido a la falta señalada ofrece presentar el Acta autorizada por el señor Ramos, que demuestra cumplidamente la ausencia de Madrid del presidente, señor Puig López, en el momento de la convocatoria; y que aparte de los anteriores razonamientos, la reunión tenía validez por haber sido solicitada verbalmente y por escrito por tres consejeros, de acuerdo con lo previsto en el párrafo 1.º, del artículo 29, de los Estatutos Sociales.

Resultando que los Registradores titulares del Mercantil de Madrid dictaron acuerdo manteniendo la calificación impugnada por los siguientes razonamientos: Que en el Acta de la reunión del Consejo celebrada el 23 de noviembre de 1971, que mediante fotocopia se incorporó al título presentado, constan por declaración de los interesados las incidencias de la convocatoria en forma coincidente en líneas generales a la alegada por el recurrente; que en la misma Acta se consigna la declaración del presidente interino, señor Gallardo, expresiva de que fue requerido notarialmente y bajo apercibimiento de la responsabilidad a que hubiera lugar por el consejero señor Enríquez,

para convocar la reunión en virtud de que estaba solicitada por tres consejeros, por lo que era obligatorio; que el 22 de noviembre de 1971, don Eudaldo Puig López, como presidente del Consejo de Administración de "Viroterm, S. A.", requirió al notario, don Domingo Irurzun Goicoa, para que, a la vista de un telegrama firmado por el secretario de la sociedad, que había recibido el día 20 en su domicilio de Barcelona, convocándole para una reunión del 23, le acompañase al lugar señalado por la misma, calle del Cid, números 4 y 6, y momentos antes de la hora fijada pregunté al nombrado secretario si fue el quien remitió el telegrama y, en caso afirmativo, quién ordenó la convocatoria, es decir, quién se atribuye el cargo de presidente y por qué; que el requerido se abstuvo de contestar en el acto, pidiendo cédula de notificación para hacerlo en el plazo reglamentario; que el 25 de noviembre se personó el requerido en el despacho del notario requirente, contestando por escrito en el sentido de que efectivamente el telegrama de convocatoria fue puesto por el dicente, que recibió la orden de convocatoria de don Francisco Gómez Gallardo y que en cuanto al por qué se trata de una cuestión subjetiva que lógicamente el declarante ignora, aunque es evidente que con ello el señor Gallardo ejercitaba las prerrogativas y deberes que le imponen los artículos 28 y 29 de los Estatutos de "Viroterm, S. A.", razón por la cual el compareciente se consideró obligado a obedecer la orden recibida, haciendo constar asimismo y en relación con igual asunto, que la reunión del Consejo estaba solicitada de forma fehaciente desde hacía muchos días por tres consejeros y que la gestión de "Viroterm, S. A.", que presentaba notorias anomalías, por lo que su situación estaba amenazada de graves riesgos que hacían precisa la urgente reunión del Consejo; que el 13 de diciembre de 1971, debidamente convocada, se reunió la Junta general de accionistas de "Viroterm, S. A.", con asistencia de socios que representaban el 50,03 por 100 del capital social, tomándose en ella los siguientes acuerdos: Ejercer la acción de responsabilidad contra los consejeros don Antonio Casado Amezua, don José Luis Enríquez Escudero y don Enrique Gómez Gallardo; desautorizar el carácter de reunión del Consejo a la celebrada el día 23 de noviembre por los citados señores, invalidando como Acta de la misma el documento presentado en el Registro Mercantil; destituir de sus cargos a los expresados señores; revocar y dejar sin efecto alguno los poderes conferidos a don José Luis Enríquez y don Francisco Gómez Gallardo; designar nuevos consejeros a don Matías y a doña María del Carmen Matías Troyano; que los referidos acuerdos fueron protocolizados por escritura autorizada por el notario de Madrid, don Domingo Irurzun Goicoa, el 13 de diciembre del mismo año, presentada en el Registro Mercantil y pendiente de despacho; que el 4 de febrero de 1972 se presentó en la misma oficina un mandamiento expedido por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de la capital, dimanante de Autos seguidos a instancia de don Antonio Casado de Amezua y Corso y la "Compañía de Inversiones y Compra, S. A.", contra "Viroterm, S. A.", en el que se ordena anotación preventiva de una demanda de impugnación de acuerdos tomados por la última Empresa citada, en la referida Junta general, encontrándose el citado mandamiento pendiente de despacho; que la nota de calificación fue puesta después de haberse manifestado verbalmente al interesado los defectos advertidos; que una vez presen-

tado el escrito del recurso y después de la hora de cierre de la oficina, se observó la falta de firma en el escrito de interposición; que la carencia de la precitada firma pone de manifiesto la falta de personalidad del recurrente y por ende la nulidad del recurso interpuesto; que aunque a tenor de lo dispuesto en la regla 4.^a, del artículo 56, del Reglamento del Registro Mercantil, expresivo de que si se apreciare falta de personalidad en el recurrente podrá limitarse a este punto del acuerdo, expondrá los fundamentos jurídicos que sirvieron de base a la calificación recurrida; que relacionando entre sí todos los extremos de la nota y teniendo en cuenta el Acta del 22 de noviembre de 1971, es evidente que de la documentación presentada no resulta ni puede resultar acreditada la "ausencia jurídica"—distinta de su sentido vulgar—de don J. Eudaldo Puig López en el momento de la convocatoria; que los artículos 181 y siguientes de nuestro Código civil definen técnicamente la ausencia jurídica, que no es la simple falta de presencia, sino que tiene que ser en ignorado paradero, probada y no presunta; que en Derecho Mercantil, dada la mayor fluidez de la vida comercial, podrá admitirse la ausencia en paradero conocido, pero con imposibilidad de regreso, para justificar la adopción de medidas urgentes; que constantemente se hacen nombramientos de administradores de sociedades con domicilio fuera del lugar en que lo tiene la Empresa, incluso en el extranjero, y esto no impide la buena marcha de la entidad; que así ocurre precisamente en el presente caso, en que el señor Puig López tiene su domicilio legal en Barcelona, calle Gilaz, número 7, sin que del Registro Mercantil resulte ninguna restricción por motivo de su residencia; que en el citado domicilio de Barcelona se recibió en la tarde del 21 de noviembre de 1971 el telegrama convocándole, en nombre del presidente en funciones, para la reunión del 23; que el referido don Eudaldo requirió el lunes siguiente, o sea, el 22, al notario de Madrid, don Domingo Irurzun Goicoa, para que levantase el acta anteriormente mencionada; que teniendo en cuenta lo dicho y el artículo 28 de los Estatutos Sociales, no puede considerarse en situación de ausencia a don J. Eudaldo Puig López y, en consecuencia, la convocatoria del Consejo realizada por don Francisco Gómez Gallardo, como presidente en funciones, es nula, como declaró el Tribunal Supremo en un caso muy similar resuelto por sentencia de 14 de febrero de 1968, y nulos los acuerdos tomados en la reunión convocada; que de la interpretación que pretende el recurrente del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con los 28 y 29 de los Estatutos Sociales, apoyada en la opinión vacilante de un tratadista, es inadmisibles en el Derecho español, por ser contraria al ordenamiento jurídico y a la doctrina del Tribunal Supremo, que se ha pronunciado sobre este punto en la citada Sentencia de 14 de febrero de 1968; y que si don J. Eudaldo Puig López ha procedido con lenidad en el cumplimiento de sus obligaciones, los socios que se consideren perjudicados pueden ejercitar la acción social de responsabilidad en la forma que determina el artículo 80, párrafo 3.^o, de la Ley de Sociedades Anónimas o la acción individual de responsabilidad del artículo 81 de la misma Ley, sin perjuicio de poder utilizar cualquier otra acción que sea procedente conforme a las normas del Derecho común, pero sin que sea admisible el que a través de interpretaciones arbitrarias de preceptos estatutarios o legales se hagan convocatorias como la efectuada por

don Francisco Gómez Gallardo, que, por ser nula, vicia de nulidad los acuerdos adoptados en la misma.

Resultando que, al no aparecer firmado el escrito de interposición del recurso olvido del recurrente advertido por el Registrador el día de su presentación después del cierre de la oficina, la Dirección General, de conformidad con el principio de subsanación de defectos formales que aparece recogido en la legislación notarial y que también regula el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo, acordó la devolución del expediente al Registro de procedencia para que se cumpliera la formalidad omitida y una vez realizado este trámite lo remitiese de nuevo al centro directivo, indicación que cumplió con diligencia la oficina registral.

Doctrina.—“Considerando que la cuestión planteada se reduce a determinar si la convocatoria y celebración del Consejo de Administración de “Viroterm, S. A.”, que dio lugar a los acuerdos que debidamente protocolizados se presentaron en el Registro Mercantil para su inscripción, se ajustan o no a lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas y más especialmente en los 28 y 29 de los Estatutos Sociales”.

“Considerando que, conforme al tenor del artículo 29 citado, la reunión del Consejo de Administración, que tendrá lugar “tantas veces como lo exijan los negocios sociales”, vendrá determinada discrecionalmente por el juicio del presidente sobre dicha exigencia u obligatoriamente “a petición de tre de sus miembros”, requisito este último que se ha dado y parece probado en el escrito al Registro Mercantil, y resuelve en sentido positivo el problema fundamental de la procedencia de la convocatoria.”

“Considerando que la capacidad y actuación del consejero más antiguo formalizando tal convocatoria se ajusta igualmente a lo determinado categóricamente y sin ninguna reserva ni cautela por el también citado artículo 28 de los Estatutos, que dice que “en caso de ausencia del presidente le sustituirá el consejero de más edad”, complementando el artículo 78 de la Ley, que habla de la convocatoria hecha por “el presidente o el que haga sus veces”, sin que ante la falta de otras exigencias legales—toda vez que el repetido artículo 78, por lo demás, se limita a fijar las condiciones de convocatoria válida del Consejo, cual es la concurrencia a la reunión de la mitad más uno de sus componentes y las mayorías, siempre personales, necesarias para la adopción de acuerdos—quepa plantear, sobre la ausencia real del presidente, otra cuestión que la de no estar debidamente acreditada según viene a reconocer el propio recurrente y sin que la sentencia del Tribunal Supremo que se cita, motivada por una convocatoria hecha de modo directo por los consejeros, “que no puede equipararse a la hecha por el vicepresidente”, parezca de aplicación al caso debatido y pueda, por tanto, la falta de prueba de la repetida ausencia viciar de nulidad los acuerdos tomados y en consecuencia determinar el carácter de insubsanable del defecto advertido.”

“Esta Dirección ha acordado confirmar la nota del Registrador, excepto en lo relativo al carácter del defecto que ha de estimarse subsanable.”

CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

La zona en que debe moverse el Registrador en su función calificadora le ofrece dos vertientes si la falta que se observa permite encuadrarla en el campo de lo subsanable o de lo insubsanable. Ciertamente que la doctrina aún no está de acuerdo en la diferenciación "sustancial" de ambas faltas, pero sí es lo cierto que la decisión registral produce unos efectos drásticos que deben ser tenidos muy en cuenta por el funcionario al fundamentar su decisión. El campo de lo válido, de lo nulo y de lo simplemente anulable se muestra muy fungible en la doctrina y en las mismas disposiciones legales. El arranque de la decisión registral es la condena *a muerte* del acto que se presenta a inscripción. La Dirección mitiga la pena y *redime* la misma en base de una serie de argumentos.

Como en el caso planteado existe una convocatoria y unos acuerdos, y el Registrador estima que siendo nula la convocatoria lo son también los acuerdos, es preciso que deslindemos ambos puntos.

a. *Validez de la convocatoria.*

La razón esgrimida por el Registrador es la de que don Francisco Gómez Gallardo (consejero de más edad) carece de la capacidad necesaria para convocar la reunión del Consejo de Administración, dado que dicha función, según dispone el artículo 29 de los Estatutos Sociales, en relación con el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, es de la competencia del presidente del Consejo y sólo puede ser ejercitada por el consejero más antiguo en funciones de presidente accidental, según determina el artículo 28, en caso de ausencia del presidente, circunstancia que no resulta acreditada por la documentación presentada.

La Dirección dice que conforme al artículo 29 de los Estatutos, que tendrá lugar "tantas veces como lo exijan los negocios sociales", vendrá determinada discrecionalmente por el juicio del presidente u obligatoriamente "a petición de tres de sus miembros". Que igualmente a falta del presidente, el artículo 28 de los Estatutos le "sustituirá el consejero de más edad", lo cual se complementa por el artículo 78 de la Ley, que habla de la convocatoria hecha "por el presidente o el que haga sus veces". Ello supone que no cabe plantear problema sobre la ausencia real del presidente más que a los efectos de no estar debidamente acreditada, pero sin que la falta de dicha prueba vicie de nulidad la convocatoria y los acuerdos.

En este punto estimo que tiene razón la Dirección General de los Registros y Notariado y el comentarista de la Resolución, Tirso Carretero ("Rev. Cr. D. Inmobiliario", julio-agosto 1972, número 491, pág. 900), al decir que lo que debió alegar el Registrador como falta insubsanable era "la presencia" del presidente y no la falta de prueba de la ausencia. Es cuestión de precisión de expresión, pues en un caso puede uno desembocar en la falta subsanable y en otro en la insubsanable.

b. *Validez del acuerdo adoptado.*

Si la convocatoria estaba viciada de nulidad, es evidente—dice el Registrador—que el acuerdo del Consejo debe ser de igual categoría, viciándose los acuerdos adoptados en el mismo. La falta de constitución válida del Consejo parece que vicia sus acuerdos conforme al artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, y esto es lo que viene a confirmar la Resolución comentada *a sensu contrario*.

La falta de prueba de la ausencia no vicia de nulidad los acuerdos tomados y, en consecuencia, no determinan el carácter insubsanable de la falta. Ello nos lleva a la interpretación antes dicha, la prueba de presencia sí viciaría de nulidad la convocatoria y el acuerdo, haciendo insubsanable la falta. Para reforzar su postura la Resolución comentada rechaza la Sentencia de 14 de febrero de 1968, citada por el recurrente, en la que la convocatoria la realizan los consejeros y no el vicepresidente.