

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

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

DERECHO HIPOTECARIO

CONDICIÓN RESOLUTORIA A TÍTULO PERSONAL.—LOS DERECHOS PERSONALES NO TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE GRAVÁMENES A EFECTOS HIPOTECARIOS, POR LO QUE DEBERÁN SER CANCELADOS POR EL REGISTRADOR LOS CORRESPONDIENTES ASIENTOS CUANDO LO SOLICITE LA PARTE INTERESADA O SE PIDA LA OPORTUNA CERTIFICACIÓN DE CARGAS (Resolución de 19 de julio de 1973, *Boletín Oficial del Estado* de 15 de agosto).

Hechos.—Resultando que la Congregación de Religiosas Concepcionistas Franciscanas de San José compró a doña Concepción Rodríguez Valdeosera y a su hija doña María de las Mercedes Muñoz y Rodríguez, mediante escritura otorgada ante el Notario que fue de Madrid don Zacarías Alonzo y Caballero, en 16 de octubre de 1891, una finca urbana destinada a convento, sita en el ensanche de Madrid e inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 al libro 582 del Archivo, tomo 79 de la Sección 3.^a, folio 192, finca número 1.714, inscripción 1.^a, en la que consta la siguiente cláusula: “Si por cualquier causa dejase de existir el convento o por conveniencia propia de la Comunidad se trasladase a otro sitio, así como si por alguna disposición del Gobierno se acordase su incautación o venta, las vendedoras tienen derecho a reivindicar el terreno enajenado y darle la aplicación que creyeran más conveniente, pues por destinarse a un objeto religioso se hace la enajenación en menos precio que el que podría obtenerse adquiriendo un particular”; y que, fallecidas las vendedoras, estimando la Congregación Religiosa que dicha limitación debía ser cancelada, la Abadesa del convento, en instancia de 20 de enero de 1972, solicitó del Registrador de la Propiedad la extensión del oportuno asiento.

Resultando que, presentada en el Registro la anterior instancia, acompañada de certificación de fallecimiento de doña Mercedes Muñoz Rodríguez, fue calificada con la siguiente nota: “Denegada la cancelación solicitada en el precedente documento al que se acompaña certificación de defunción de doña Mercedes Muñoz Rodríguez, por tratarse de una inscripción practicada en virtud de escritura pública, de un contrato con condición y la cancelación de esta condición en él pactada, sólo puede llevarse a cabo por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación o por otra escritura o documento auténtico en el cual preste su consentimiento para la cancelación el favorecido por la misma o sus causahabientes o representantes legítimos, como exige el artículo 82 de

la Ley Hipotecaria. Siendo insubsanable este defecto, no procede anotación de suspensión que no ha sido solicitada”.

Resultando que el mencionado Procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que si bien el modo de fijar el precio en el contrato puede ofrecer dudas sobre si ha de ser calificada como oneroso o gratuito, la determinación exacta de su naturaleza jurídica resulta irrelevante, ya que de todos modos procedería la cancelación solicitada; que tratándose de un contrato oneroso la limitación impuesta podría ser considerada como una condición resolutoria basada en una prohibición de disponer, no permitida por el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, razón por la cual no es inscribible y si lo fue debe ser cancelada de acuerdo con el artículo 98 del mismo texto legal; que en estos casos ni siquiera deberá entrar en juego la garantía accesorio de indemnización de daños y perjuicios admitida por el inciso final del citado artículo 27; que así ha venido a reconocerlo la jurisprudencia del Centro Directivo en las Resoluciones de 25 de noviembre de 1935, 16 de junio de 1936 y 4 de noviembre de 1968; que si hipotéticamente una prohibición de este género fuera inscrita, será cancelable a tenor de lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley y 355 de su Reglamento; que en este aspecto es significativa la Resolución de 7 de julio de 1949, que literalmente dice: “La cláusula de una escritura de compraventa transcrita en la inscripción correspondiente según la cual era condición del contrato que los edificios que se construyeran habrían de ser destinados a Seminarios o instituciones docentes de carácter diocesano, pueden cancelarse por instancia suscrita por el Obispo de la diócesis mediante la aplicación del artículo 98 de la Ley Hipotecaria, ya que la referida estipulación no se reputa condición resolutoria *erga omnes* ni es constitutiva de un derecho real”; que por todo lo anterior resulta incongruente la referencia en la nota del Registrador del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que constituye la norma general referente a la cancelación de los derechos reales, frente a la cual existen normas específicas como las citadas, aplicables a supuestos especiales a las que podrían agregarse el artículo 23 de la Ley y el 56 de su Reglamento; que en el campo de los contratos gratuitos, en donde las condiciones limitativas son más aceptables, el artículo 641 del Código civil establece las restricciones de que se estipulen en favor de sólo el donador o de otras personas con los límites en este caso que el propio Código determina para las sustituciones testamentarias; que en el presente caso la reversión ha sido dispuesta únicamente en favor de los transmitentes y es evidente que la legislación patria es contraria a la vinculación de bienes como resulta de las leyes desamortizadoras y desvinculadoras que prohíben para lo sucesivo la amortización de la propiedad inmueble, interpretada por la Sentencia de 3 de noviembre de 1890 y 20 de abril de 1951, así como la Resolución de 25 de junio de 1904; que no hay duda de que las transmitentes pudieron reservarse la reversión del bien enajenado de sobrevivir en el momento en que se produjese el evento en que la condición consistía, esto es, el cambio de destino o dominio de los bienes, pero acreditado su fallecimiento, ha quedado consumada la adquisición del derecho,

por lo que procede la cancelación de la condición establecida, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria; que este derecho no es transmisible a los herederos si el donante hubiese muerto antes de cumplirse la condición, como declara la Sentencia de 20 de junio de 1956 y las de 6 de diciembre de 1957 y 29 de enero de 1959, que resuelve la ya conocida antinomia entre los artículos 759 y 799 del Código civil, en el sentido de que este último se refiere a las transmisiones sujetas a modo y no a condición; que el criterio de la doctrina es concorde con lo dicho y que, como preceptos aplicables, señala los indicados más el 84 y 177 del Reglamento Hipotecario.

Resultando que el Registrador informó: Que el pacto estipulado constituye una condición *sui generis*, cuyos efectos serían semejantes a los de una condición resolutoria, pero con la diferencia de que en ésta el cumplimiento del suceso que puede poner en juego la resolución hace actuar a la misma de pleno derecho produciendo la vuelta a la situación jurídica anterior a la transmisión, mientras que en el presente caso la realización del evento que pone en juego la condición hace actuar al mecanismo resolutorio en el sentido de facultar a las vendedoras para ejercitar judicialmente la reivindicación de la cosa vendida; que nos encontramos por consiguiente con un contrato condicional inscrito cuya inscripción protege tanto el dominio del comprador como la limitación establecida en beneficio del vendedor; que en esta inscripción hay por tanto dos titularidades: Una en favor del adquirente y otra en provecho del que transmite, la cual permanece latente mientras no se produzca el evento que hace jugar la condición; que cualquier modificación de ese contrato, para poder tener acceso al Registro debe estar necesariamente convenida entre las dos partes contratantes o, en su caso, sustituida la voluntad de ellas por el mandato judicial, situación que está prevista en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria; que explicada la calificación pasa a referirse a los argumentos del recurrente que simplemente plantea la disyuntiva de considerar el contrato como oneroso o gratuito; que a juicio de los informantes el negocio jurídico convenido constituye lo que la doctrina llama una compraventa de amistad, en la cual el precio queda modalizado por una relación extracontractual del tipo afectivo que en el presente caso es el destino de la cosa vendida a un fin religioso, por lo que se fija un precio menor del que normalmente podría conseguirse por ellas; que este precio afectivo es evidentemente la causa de la condición impuesta; que considerando el contrato como oneroso la limitación establecida no constituye en realidad una prohibición de disponer, la cual sería posible siempre que el comprador asumiese los posibles riesgos de la reivindicación estipulada; que en el contrato convenido las partes acordaron la creación de un derecho real en favor de las vendedoras consistente en la posibilidad de reivindicar la cosa vendida, lo que limita y restringe las facultades dominicales sin que ello suponga una prohibición de disponer; que por ello, de acuerdo con el número 6 del artículo 51 del Reglamento Hipotecario se hizo en los libros registrales expresión circunstancial de todo cuanto según el título limitaba las facultades del adquirente, copiándose literalmente la condición que podía originar aquella

acción reivindicatoria, cuyo ejercicio no cabe duda que tiene trascendencia real; que, en consecuencia, el único cauce posible para la cancelación es el artículo 82 de la Ley Hipotecaria; que aun suponiendo que se tratase de una prohibición de disponer, si fuera anterior a las nuevas normas o a pesar del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, tuvo acceso al Registro, no puede cancelarse libremente sino que, como los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, habrá que atenerse a las disposiciones existente sobre el particular; que en derecho transitorio la Ley da una serie de reglas para la eliminación del Registro de derechos que se consideran caducados, pero nada dice referente a prohibiciones de disponer; que si, por el contrario, por el que se adquirió la finca discutida fuese considerado gratuito, dadas las circunstancias del caso, el problema consiste en si, fallecidas las vendedoras, su derecho de reivindicación se transmite o no a sus herederos; que frente al criterio del recurrente estima que el derecho de reversión estipulado no es estrictamente personal, sino que forma parte del patrimonio de las vendedoras, por lo que sigue las vicisitudes que el mismo experimente; y que, en cuanto a la cancelación que el recurrente pretende, el artículo 27, señalando no es aplicable al caso, como ya se ha dicho, la cita del 98 de la Ley y 84 del Reglamento Hipotecario en relación con el 641 del Código civil, es incongruente y la Resolución de 7 de julio de 1949 no es aplicable al supuesto planteado, como tampoco el artículo 355 del Reglamento Hipotecario.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, por entender, de acuerdo con la tesis de este funcionario, que por tratarse de derechos inscritos protegidos por la fe pública, los correspondientes asientos sólo pueden cancelarse de conformidad con el artículo 82 de la Ley Hipotecaria por sentencia firme o acuerdo unánime de los interesados.

Doctrina.—“Considerando que para resolver la cuestión planteada en este expediente relativa a la posibilidad de cancelar una limitación que figura en la inscripción de dominio de una finca, se hace necesario examinar cuál sea la naturaleza jurídica del contrato que en su día celebraron las partes y que provocó el asiento discutido.”

“Considerando que las partes calificaron de compraventa al contrato realizado, según se expresa en la escritura, y en ella se contiene una cláusula en la que se declara que por razón del destino del inmueble la venta se hace a menor precio del que podría obtenerse por la finca, lo que induce a incluirla dentro de las llamadas compraventas de amigo, *negotium mixtum cum donationem*, en donde hay una pluralidad de causas, pues por un lado están las recíprocas prestaciones de las partes—cosa y precio— y por otra, una liberalidad de una de ellas al ser el precio inferior al real.”

“Considerando que este tipo de negocios jurídicos, por las dificultades que plantea, ha dado lugar a muy variadas posiciones doctrinales que van, entre otras, desde la llamada teoría de la absorción hasta la del interés dominante, pasando por la de combinación, analogía o finalidad práctica perseguida por los contratantes, todas ellas no siempre satisfac-

torias para el caso concreto, ya que no debe olvidarse que por la duplicidad de la causa, es necesario acudir a las normas del Código civil sobre interpretación de los contratos para tratar de resolver las dudas que la propia complejidad del negocio ha planteado.”

“Considerando que en el supuesto concreto de este expediente y conforme al artículo 1.281 del Código civil, parece que la intención de las partes fue la de celebrar un contrato de compraventa, ya que de esta manera se califica el negocio en la escritura y se reitera esta finalidad de compra en toda la parte dispositiva de la misma, sin que esta evidencia quede desvirtuada por la cláusula que hace referencia al menor precio de la finca vendida, ya que, como declaró la Sentencia de 7 de diciembre de 1948, la causa de la donación está constituida por la mera liberalidad, en términos que el enriquecimiento del donatario constituye el fin esencial del contrato, circunstancia que aquí no queda suficientemente probada, por lo que en último término, y según el artículo 1.289 del Código civil, las dificultades y dudas cuando el contrato es oneroso habrán de resolverse en favor de la mayor reciprocidad de intereses.”

“Considerando que la estipulación de la compraventa discutida, en la que se contiene la reserva establecida en favor de las vendedoras para readquirir el inmueble, no se ha configurado con el carácter de derecho real, al faltarle los requisitos para ello, lo que hubiera dado lugar a que, tal como declaró la Resolución de 20 de septiembre de 1966, pudiera tener acceso al Registro con plenitud de efectos, sino que se trata de un pacto obligacional, de no disponer, cuyo incumplimiento por el comprador queda sujeto a la condición resolutoria de resolverse la compraventa.”

“Considerando que aun cuando la función característica de Registro de la Propiedad es la publicación del dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles, en algunos casos, tal como declaró la Resolución de 13 de junio de 1935, tienen cabida otras relaciones jurídicas que carecen de carácter real, y que contienen condiciones a que se sujetan los derechos inscritos o de titularidades que tienden a la formación o constitución de derechos reales, si bien es cierto que a estas relaciones no inscribibles *per se*, pero que cumplen la finalidad de dar a conocer posibles modificaciones del *ius in re*, no le son aplicables en todo su rigor y pureza los principios hipotecarios.”

“Considerando que, en el supuesto concreto de este expediente, por la condición impuesta, el comprador aparece privado de la facultad de disponer de la finca, ya que si lo hiciera quedaría resuelto el contrato y sin ningún efecto el acto realizado, con lo que de modo indirecto se vulneraría el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, que no permite ingresen en el Registro las prohibiciones de enajenar que tienen su origen en un acto a título oneroso, salvo que aparezcan aseguradas con hipoteca u otro tipo de garantía real, lo que aquí no sucede.”

“Considerando, por tanto, que ante esta circunstancia habrían de aplicarse los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 355 de su Reglamento, que al ordenar que los derechos personales no asegurados especialmente, no tendrán la consideración de gravámenes a efectos de esta Ley, im-

ponen como consecuencia que habrá de ser cancelado por el Registrador el asiento discutido, cuando lo solicita la parte interesada o se pida la correspondiente certificación de cargas.”

“Esta Dirección General entiende que procede revocar el Auto apelado y la nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.—La problemática que plantea la presente Resolución ofrece en sus diversos considerandos un campo amplio en el que debe entrar en juego la interpretación. La amplitud en que se mueve este “metodo” clarificador de la voluntad de las partes intervinientes en el contrato es grande, ya que de una parte se trata de profundizar en la esencia del contrato, para luego precisar la naturaleza de la cláusula que da lugar al problema de fondo. Si bien el arranque de los considerandos es “prometedor” en cuanto las referencias a construcciones difíciles en las que la causa decide oscuridades o claridades, luego baja de tono dando la impresión que el esfuerzo inicial se desconecta totalmente de la naturaleza de una cláusula y de un derecho nacido de la misma, aunque la discutida esencia del contrato surja también de ella.

Como sería poco constructivo resumir estas notas y enfocarlas únicamente en el problema de la esencia del derecho que se trata o pretende cancelar, vamos a sujetarnos a los itinerarios que nos marca la Resolución y distinguir tres partes en estos comentarios: A) La naturaleza del contrato celebrado. B) La esencia del derecho surgido de la cláusula especial del mismo, y C) Los efectos registrales de la construcción dada.

A) *Naturaleza del contrato celebrado*

Las partes denominan o califican al contrato como “compraventa”, pero declaran en la cláusula discutida del contrato “que por razón del destino del inmueble la venta se hace a menor precio del que podría obtenerse por la finca”, provocando con ello la duda de si lo que querían celebrar era una compraventa o una venta de amistad que se conoce con el nombre técnico de “negotium mixtum cum donatione”.

Para llegar a la distinción conceptual entre contratos múltiples, mixtos y con causa mixta la Sentencia de 27 de febrero de 1951 utilizó el “elemento causal” como esencial para su diferenciación y así, mientras en los contratos múltiples se estimó inexistente la unión causal, siendo la misma puramente externa o formal, en los mixtos se entendió que existía un vínculo causal aunque los elementos o prestaciones procedieran de diversos contratos, llegando, por último, a los con causa mixta, que son en los que concurren simultáneamente dos o más causas objetivas. Como ejemplo de estos últimos se citaban la donación onerosa y la compraventa amistosa o benévola. A este riguroso criterio diferenciador se ajusta la Dirección, pero a la hora de precisar si se está o no ante un negocio de ese tipo y dadas sus dificultades doctrinales en orden a su construcción, acude a las normas interpretativas del Código civil (1281 y 1289) y resuelve el problema estimando existente una compraventa.

Las figuras que podían barajarse para ser encuadrado el contrato cuestionado eran la compraventa, la donación y el negocio con causa mix-

ta. Se eliminó la figura de la donación sobre la base de que la causa de la misma estaba constituida por la mera liberalidad, cosa que no sucede en el caso planteado, pues al existir cosa y precio (aunque éste sea menor que el real) se da la reciprocidad de prestaciones en las que se basan los contratos onerosos. Por último, el negocio con causa mixta se cita como adorno doctrinal, pero luego desaparece el mismo con la teoría de la interpretación basada en los artículos 1.281 y 1.289 del Código civil.

Quizá la Dirección General tenga razón al eliminar la donación e inclinarse por la compraventa, pues no hay que olvidar que ese “menor precio” a que hace referencia la cláusula cuestionada no es más que una hipotética forma de hacer constar públicamente el otorgamiento de una limosna. ¿Cuál es el precio real? ¿Cuál es el precio de mercado? ¿Cuál es el precio verdadero y el escriturado, el declarado y el comprobado? Sería muy difícil llegar a una precisión del precio “que podría obtenerse adquiriendo un particular”. Pero si la Dirección General tiene razón, o parece tenerla, al calificar el negocio como de compraventa en base de una interpretación voluntarista de los contratantes y en la contraprestación existente, sobra, a mi entender, el último argumento basado en esa “inclinación” legal a favor de las “mayor reciprocidad de intereses” de que habla el artículo 1.289 del Código civil, pues creo que lo que la Dirección pretendía era resolver la naturaleza del contrato y no “dudas sobre las circunstancias accidentales del contrato”, que es el supuesto de que parten las normas del artículo citado.

De otra parte, creo que el gran esfuerzo inicial de calificación llevado a cabo por la Dirección en torno a los contratos con causa mixta hubiese sido muy próspero en consecuencias, pensando en poder aplicar al mismo —sobre la base de la teoría de la combinación— normas que hubiesen encajado mejor con los efectos que se predicaban del mismo. Me estoy refiriendo a las prohibiciones de disponer, el derecho de recuperar la cosa vendida, el modo, la condición temporal, etc., aparte de haber podido abrir una pequeña brecha en la ampliación del concepto de tercero hipotecario que sólo a título oneroso parece quedar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Creo que hubiera merecido la pena el esfuerzo. De esta otra forma hay, como veremos a continuación, roces inevitables de muy difícil solución. Por eso discrepo del escrito de interposición del recurso en el cual se dice que es irrelevante la naturaleza exacta del contrato, pues bien se califique de oneroso o gratuito “de todos modos procedería la cancelación”.

B) *Esencia del derecho surgido de la cláusula cuestionada*

La determinación del derecho que se reservan las vendedoras para el caso de que suceda un especial caso de incumplimiento de destino prefijado es el tema central de la Resolución, pues su calificación demostrará hasta qué punto el mismo pudo tener acceso al Registro y la consecuencia de su posible cancelación a través de la petición formulada. Del escrito de alegaciones presentado por el que inicia el recurso y del informe del funcionario calificador surgen infinidad de casos que casi agotan

las posibilidades constructivas. Podemos optar por configurar el supuesto como un caso de prohibición de disponer, una condición resolutoria, un modo, un derecho reversional, un simple derecho personal o pacto obligacional, etc. Al lado de la solución dada por la Dirección haremos referencia a las demás figuras.

a) *Prohibición de disponer*

La postura de la Dirección General es la de considerar, en principio, que existe una prohibición de disponer: "cuyo incumplimiento por el comprador queda sujeto a la condición resolutoria de resolverse la compraventa". Salta a la vista el contrasentido que supone calificar el contrato como oneroso y dar por buena la existencia de una prohibición de disponer contra lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Algo de eso alega el recurrente en su escrito: si el contrato es oneroso y se estima la existencia de una prohibición de disponer contra lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria lo procedente es la cancelación conforme al artículo 98 de la misma.

Creo que aquí puede ser buen momento para hacer dos precisiones: si pueden o no ingresar en el Registro las prohibiciones de disponer impuestas en negocios onerosos al amparo de las condiciones resolutorias y si en el caso presente había o no prohibición de disponer. El primer problema, habíamos entendido nosotros ("Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral", Madrid, 1967, pág. 605), estaba resuelto a través de la autorizada opinión de LA RICA y a este respecto decíamos: "El acceso de la prohibición de disponer establecida en actos a título oneroso puede lograrse —dice LA RICA— por medios indirectos, como es por el cauce de la condición resolutoria y en cuya virtud la venta realizada queda resuelta si el comprador enajena la finca. En el trabajo de PORCIOLES anteproyecto de reforma de la Ley Hipotecaria, se excluía esta posibilidad". Conforme a la Resolución comentada y a la de 4 noviembre de 1968, esa solución no puede mantenerse, ya que "según el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, no tiene tal pacto acceso al Registro por no tener su origen en uno de los supuestos del artículo 26, ni haberse garantizado, de otra parte, su cumplimiento mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real y sin que ello impida la inscripción de la escritura, de conformidad con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario".

Lo destacable de esta doctrina es que la negativa del acceso del pacto se basa en la falta de garantía del cumplimiento. Es claro que, conforme al artículo 57 del Reglamento Hipotecario, se permite asegurar con hipoteca o "cualquier otra forma de garantía real" el incumplimiento de la prohibición de disponer, que no se inscribe, pero que sirve de base jurídica para sustentar la garantía. De esa forma habría que hacer caso omiso de las cláusulas de hipoteca en las que la prohibición de "volverlos a hipotecar" y aquellas en las que se "prohíbe el arrendamiento de la finca hipotecada", no impiden, por supuesto, la hipoteca, aunque supongan una causa resolutoria de la misma. Todo ello conforme con lo dispuesto en las Resoluciones de 25 noviembre de 1935, 16 junio 1936 y 18

noviembre de 1960. No obstante queda en pie si esa fórmula empleada por la Ley Hipotecaria en el artículo 27 "de cualquier otra forma de garantía real" puede cobijar la "condición resolutoria". Sin aportar aquí la solución fiscal de tributación que nada añade a su naturaleza jurídica; podría citarse la tesis de MIRABELLI (G.) "Comentario del Codice Civile", Torino, 1968, la de BARBERO (D.) "Sistema istituzionale del Diritto privato italiano", Torino, 1958, la de NATOLI (U.) "Il termine essenziale", 1947 y la de MOSCO (L.) "La resolución de los contratos por incumplimiento", Barcelona, 1962, a los cuales se une en nuestra patria RODRÍGUEZ ADRADOS (A.) "Algunos aspectos de la Ley comisoría" (R.C.D.I., 1968, página 97), que sostiene el carácter real y la eficacia *erga omnes* de la condición resolutoria y su posible aplicación al pacto de la "Lex comisoría". Lo cual daría entrada a esa posible "garantía real" de que habla el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y permitiría excluir la prohibición de disponer, sin perjuicio de mantener la garantía para su incumplimiento, conforme al artículo 57 del Reglamento Hipotecario.

En materia de si existe o no prohibición de disponer, creo que la cláusula es lo suficientemente expresiva para entender que no hay tal prohibición de disponer. Leída sin previos encasillamientos resulta que la finalidad del negocio que se celebra es que el inmueble vendido se destine "a un objeto religioso". De ello se deduce que cualquier enajenación, venta, donación, cesión que se haga, si es con este mismo destino de dedicarlo a "un objeto religioso", no viola la cláusula limitativa que puede hacer surgir el derecho de las vendedoras. Es el "destino" y no la libre circulación de bienes lo que se pretende mantener. Es decir, estamos ante el caso claro de las donaciones hechas por los Ayuntamientos (por poner un ejemplo) en las que la fijación del destino opera como posible causa de rescisión, reversión o resolución del negocio realizado (artículo 97, Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo 1955). Aparte de todo ello, y como veremos luego, el hecho de una enajenación que no encaje en el destino religioso previsto no supone una prohibición de dicho acto, sino que su realización provoca el nacimiento de un derecho a favor de las vendedoras que luego examinaremos. Claro que todo ello debe ser entendido con las restricciones de si la "fijación de un destino" puede ser estipulada en un contrato que se califica de "oneroso", aparte de una posible precisión del concepto de prohibición de disponer que puede consultarse en nuestra obra antes citada y en el trabajo de AMORÓS GUARDIOLA ("Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente" en este mismo Anuario, XVIII-IV, 1965, pág. 953).

b) *Condición resolutoria*

Para el Registrador que califica el documento es claro que se trata de un pacto que hace surgir una condición "sui generis", cuyos efectos serían semejantes a los de una condición resolutoria, pero con la diferencia de que en ésta el cumplimiento del suceso que puede poner en juego la resolución hace actuar a la misma de pleno derecho, produciendo la vuelta a la situación jurídica anterior a la transmisión condicionada,

mientras que en el presente caso la realización del evento que pone en juego la condición hace actuar al mecanismo resolutorio, en el sentido de facultar a las vendedoras para ejercitar judicialmente la reivindicación de la cosa vendida.

Para la Dirección General la cosa es más clara, pues en el "considerando" cinco, final, dice que "se trata de un pacto obligacional de no disponer, cuyo incumplimiento por el comprador queda sujeto a la condición resolutoria de resolverse la compraventa". Es decir, se trata de esa fórmula que LA RICA dio por buena y que, como antes vimos, la Dirección le puso reparos.

Nosotros habíamos partido de la inexistencia de una prohibición de disponer, pero admitíamos que el negocio quedaba condicionado por el destino señalado al inmueble, cuyo incumplimiento determinaba el nacimiento de un derecho a favor de las vendedoras. Por ello nuestra postura se acerca más al informe del Registrador en su perfil constructivo que al sustentado por la Dirección General. El destino y su posible incumplimiento opera como condición para el nacimiento de un derecho, apartándose así del posible automatismo de la condición en sentido estricto. No obstante, registralmente la inscripción reflejará, de una parte, el dominio del comprador y, de otra, la limitación establecida a favor del vendedor. El que esa limitación sea o no derecho real y quepa su inscripción al amparo del artículo 51, 6.º del Reglamento Hipotecario es otro problema.

c) *Modo*

Conforme a lo que hemos sostenido, el destino y su incumplimiento hace nacer un derecho de reversión o reivindicación a favor de las vendedoras, lo cual hace pensar que más que en el elemento determinante de la condición, debemos entender que aparece ante nosotros la figura del "modo". Entre los trabajos decisivos que sobre el tema cabe citar está el del maestro CASTÁN TOBEÑAS ("El modo en los actos jurídicos", 1921) para quien se trata de una determinación accesoria agregada a un acto de liberalidad y por la que queda obligado el adquirente a realizar una prestación a favor del disponente o de un tercero. Sin perjuicio de ello, y como de todos es conocido, existen ciertas teorías que tratan de perfilar su esencia fijándose en la necesidad de emplear los bienes en un determinado fin, estimarse como carga que disminuye la atribución patrimonial, obligación accesoria o teoría finalista. Pero lo importante es la diferencia que la doctrina atribuye a esta figura frente a la condición: supone un vínculo obligatorio, funciona en los actos de liberalidad y es de carácter accesorio, en cuanto ha de consistir en una obligación accesoria, excepcional, extraña a la naturaleza del acto a que se incorpora y que no influya decisiva y directamente sobre éste. El modo, de esta forma, se distancia de la condición y de las contraprestaciones en los contratos onerosos.

De difícil aplicación resulta la figura del modo en este campo de los negocios onerosos, pues la generalidad de la doctrina sólo lo permite en

el campo de los gratuitos. Por eso hubiera merecido la pena —como dijimos al comienzo— hacer un esfuerzo constructivo para encajar esta figura en el de los negocios con “causa mixta”. Al no hacerlo así, al calificar el contrato como oneroso, suponer la existencia de una prohibición de disponer y calificar el derecho surgido como puramente obligacional, queda marginada la posible eficacia del modo como real en su publicidad libraria, a la manera de lo dispuesto en el artículo 2, 3.º y 37, 2.º de la Ley Hipotecaria.

d) *Derecho reversional*

Sería muy difícil llegar en este comentario a una precisión del concepto de reversión o posibilidad de readquisición de un dominio o derecho que se tuvo en su día. En otra ocasión hice algún intento de construcción unitaria de la figura (“Repercusiones registrales del derecho de reversión”, Conferencia dada en el Seminario de Derecho Hipotecario de Extremadura, curso 1975) dentro de las manifestaciones legales que la misma ofrece, pero aquello no pasó de los umbrales de una “delimitación de materia”. La reversión puede ser un “efecto” común a diversas instituciones y puede ser también un “modo” de readquirir el dominio. Sólo en determinadas instituciones —como la expropiación forzosa— cabe la construcción de la reversión como derecho, pues en el resto se ofrecen doctrinalmente muchas otras explicaciones. Ello, sin embargo, no es obstáculo para que dentro del campo creativo de derechos, por la voluntad de los interesados, pueda admitirse la reversión como derecho atípico.

A esta construcción alude en su informe el Registrador, denominando unas veces a la figura como derecho de reivindicación, tal y como aparece en la cláusula que da lugar al recurso, y otras derecho de reversión, pero calificándolo siempre como “derecho real” para justificar, de una parte, su debido acceso al Registro y, de otra, para descartar la aplicación al caso de los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 355 de su Reglamento. La Dirección General, sobre la base de la Resolución de 7 de julio de 1949, entiende que el derecho de readquirir el inmueble que se reservan las vendedoras “no se ha configurado con el carácter de derecho real, al faltarle los requisitos para ello”, lo cual permite inmediatamente la aplicación del artículo 98 de la Ley Hipotecaria y el 355 del Reglamento.

C) *Efectos registrales*

Los efectos registrales de la cláusula inscrita varían totalmente según sea la construcción que se adopte, pues estimándose que se trata de un vínculo puramente obligatorio, carece de eficacia real y no afecta a terceros, lo cual prácticamente lleva a la aplicación de los artículos citados en la Resolución. Configurándolo como real es evidente que su cancelación sólo podría llevarse a cabo por el juego del artículo 82 de la Ley Hipotecaria y el principio de que los “asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales”.

No da muchas razones la Dirección General para justificar el carác-

ter personal del derecho que se deriva de la cláusula citada, pero hay que estimar que al seguir la pauta marcada por la de 7 de julio de 1949, lo que allí se exigía podría tener aplicación al presente caso. La Dirección establecía como requisitos fundamentales para entender que la fijación de un "destino" tuviera repercusiones contra tercero los siguientes: a) Que se fijase un término para cumplir la condición, pues de otra forma podría mantenerse indefinidamente, violando los preceptos referente a las prohibiciones de enajenar perpetuas o que excedan de ciertos plazos. b) Que se asegure su cumplimiento con garantía real. c) Que se le asigne el carácter de condición resolutoria explícita con posible repercusión frente a todos. d) Que se pacte la reversión o designación de beneficiarios del suelo en el supuesto de su voluntario o involuntario incumplimiento.

Vamos a prescindir en este comentario de la "fijación de un término" y del problema de la transmisión a los herederos del derecho pactado, pues ambos queremos abordarlos al comentar la siguiente resolución, que tiene contactos conceptuales con ésta. Nos limitamos ahora a las tres posibles exigencias que la Dirección plantea: que se asegure con garantía real, que se le dé el carácter de condición resolutoria o que se pacte la reversión. Puede perfectamente afirmarse que en la cláusula no hay base para decir que existe una garantía real, pero la Dirección General viene a reconocer en uno de sus considerandos que el pacto de no disponer "queda sujeto a la condición resolutoria de resolverse la compraventa" si llega su incumplimiento, y en otro considerando se añade que "el comprador aparece privado de la facultad de disponer de la finca, ya que si lo hiciera quedaría resuelto el contrato...". Ello nos lleva a dos consecuencias: 1.º) Que la Dirección General, en el año 1949, asimilaba las garantías reales a las condiciones resolutorias explícitas, lo cual nos podría llevar a la permisón de asegurar las prohibiciones de disponer con las condiciones resolutorias, cosa que ahora se niega como posible, y 2.º) Que si había condición resolutoria y prohibición de disponer el camino para la cancelación debió ser el artículo 27 de la Ley Hipotecaria o la negación del carácter "explícito" a la condición pactada.

Suponiendo que no se admitiese ni la asimilación dicha, ni la existencia de la condición, es evidente que sí se pactó la reversión y que ésta, intencionalmente, nunca pudo limitarse en su eficacia a surtir efecto entre partes. Al no darse ahora razones justificativas o requisitos para que el derecho pactado tenga carácter real, se aparta la Dirección de aquella Resolución de 1949, que entendió suficiente para "asegurar" el destino de la finca frente a todos o la constitución de una garantía, el pacto de condición resolutoria explícita o el pacto de un derecho de reversión.

Al terminar el comentario se hace patente lo que dijimos al comienzo: el gran esfuerzo inicial con el que arrancan los primeros considerandos no se corresponden con las conclusiones a que llegan los últimos en su calificación del derecho cuestionado. Creo que hubiese sido un gran momento para haber intentado una construcción del contrato con causa mixta simultaneando normas onerosas y gratuitas, o bien haber dogmatizado en

cuanto a los requisitos que deben reunir los pactos de reversión u otros análogos para su acceso al Registro y su posterior eficacia frente a todos. Al no hacerse así, hay que suponer que la Dirección General se basó en otras razones éticas difíciles de descubrir.

CANCELACIÓN DE CONDICIÓN RESOLUTORIA.—REITERA LA DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN DE 19 DE JULIO, SEGÚN LA CUAL LOS DERECHOS PERSONALES NO ASEGURADOS ESPECIALMENTE NO TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE GRAVÁMENES A EFECTOS HIPOTECARIOS, POR LO QUE DEBERÁN SER CANCELADOS POR EL REGISTRADOR LOS CORRESPONDIENTES ASIENTOS CUANDO LO SOLICITE LA PARTE INTERESADA O SE PIDA LA OPORTUNA CERTIFICACIÓN DE CARGAS (Resolución de 10 de octubre de 1973, *Boletín Oficial del Estado* de 6 de noviembre).

Hechos.—Resultando que la Congregación de Religiosas Concepcionistas Franciscanas de San José compró a don Clemente Ortueta y Garay, mediante escritura otorgada ante el Notario que fue de Madrid don Zacarías Alonso y Caballero, en 30 de junio de 1892, una finca urbana lindante al convento de la Congregación compradora e inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 al libro 548, tomo 63 de la sección 3.ª, folio 37, finca número 1.361, inscripción primera, en la que consta que el destino del terreno ha de ser agregarlo al referido convento, “pero si por cualquier causa éste dejase de existir o por conveniencia propia se trasladase a otro sitio, así como si por alguna disposición gubernativa se acordase su incautación o venta, el señor Ortueta y sus sucesores podrían reivindicarlo y darle la aplicación que creyeran más conveniente, pues por destinarse a un objeto religioso lo vende en menor precio que el que podría obtener del mismo” y que, estimando la indicada Congregación Religiosa que dicha limitación debía ser cancelada, la Abadesa del convento, en instancia de 20 de enero de 1972, solicitó del Registrador de la Propiedad la extensión del oportuno asiento.

Resultando que, presentada en el Registro la anterior instancia fue calificada con la siguiente nota: “Denegada la cancelación solicitada en el precedente documento, al que se acompañan certificados de defunción de don Javier y doña María Ortueta Murgoitio, por tratarse de una inscripción practicada en virtud de escritura pública de un contrato con condición, y la cancelación de esta condición en él pactada sólo puede llevarse a cabo por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación o por escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación el favorecido por la misma o sus causahabientes o representantes legítimos, como exige el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Asimismo, se hace constar que en el documento no se expresa la extensión superficial con arreglo al sistema métrico decimal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54, 4.º del Reglamento Hipotecario, Siendo el primer defecto consignado de carácter insubsanable, no procede anotación de suspensión que no ha sido solicitada”.

Resultando que el mencionado Procurador, en la representación que

ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que en primer lugar hay que examinar la naturaleza jurídica del contrato por su trascendencia en relación a la cancelación de la carga; que si bien el modo de fijar el precio del contrato puede ofrecer dudas sobre si ha de ser calificado como oneroso o gratuito, la determinación exacta de su naturaleza jurídica resulta irrelevante, ya que de todos modos procedería la cancelación solicitada; que tratándose de un contrato oneroso la limitación impuesta podría ser considerada como una condición resolutoria basada en una prohibición de disponer, no permitida por el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, razón por la cual no es inscribible y si lo fue debe ser cancelada de acuerdo con el artículo 98 del mismo texto legal; que en estos casos, ni siquiera deberá entrar en juego la garantía accesoria de indemnización de daños y perjuicios, admitida por el inciso final del citado artículo 27; que así ha venido a reconocerlo la jurisprudencia del Centro directivo en las Resoluciones del 25 de noviembre de 1935, 16 de junio de 1936 y 4 de noviembre de 1968; que si hipotéticamente una prohibición de este género fuese inscrita, será cancelable a tenor de lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley y 355 de su Reglamento; y que en este aspecto es significativa la Resolución de 7 de julio de 1949, que así lo ordenó; que por todo ello resulta incongruente la referencia en la nota del Registrador al artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que constituye la norma general, referente a la cancelación de los derechos reales frente a la cual existen normas específicas como las citadas, aplicables a supuestos especiales, a las que podrían agregarse los artículos 23 de la Ley y 56 de su Reglamento; que en el campo de los contratos gratuitos, en donde las condiciones limitativas son más aceptables, el artículo 641 del Código civil establece las restricciones de que se estipulen sólo en favor del donador o, en el caso de beneficiar a otras personas, con los límites que el propio Código determina para las sustituciones testamentarias; que es evidente que la legislación patria es contraria a la vinculación de bienes conforme al principio "in dubii semper contra fideicommissum", de acuerdo con lo establecido en las leyes desamortizadoras y desvinculadoras que prohíben para lo sucesivo la amortización de la propiedad inmueble, según resulta de las Sentencias de 3 de noviembre de 1890, 20 de abril de 1951 y Resolución de 25 de junio de 1904; que la sustitución fideicomisaria viene delimitada por tres requisitos: 1.º Pluralidad de llamamientos sucesivos. 2.º Obligación de conservar y restituir los bienes. 3.º Que los llamamientos no pasen del segundo grado o se hagan en favor de persona que viva al tiempo de fallecer el testador; que de estas tres exigencias sólo interesa a los efectos del recurso la tercera de ellas, o sea, la referente a las personas llamadas en el pacto de reversión del donante que en sentido estricto no constituye una sustitución fideicomisaria, sino que únicamente sirve para señalar el límite a los llamamientos que no pueden pasar del segundo grado o deben hacerse en favor de personas que vivan en el momento en que fallezca el donante; que, por tanto, se puede afirmar que sólo tienen derecho a la reversión en caso de incumplimiento de la condición establecida, los llamados por el donante que vivan al producirse el evento en

que la condición consiste que si éstos han muerto no adquieren derecho alguno ni tampoco lo transmiten a sus herederos, como declara la Sentencia de 20 de junio de 1956, así como las de 6 de diciembre de 1957 y 29 de enero de 1959, que resuelven la ya conocida antinomia entre los artículos 759 y 799 del Código civil, en el sentido de que este último se refiere a las transmisiones sujetas a modo y no a condición; que resuelto este punto conviene aclarar quiénes son los beneficiarios del pacto de reversión estipulado por el vendedor; que la expresión literal utilizada en el contrato es la de que pueden utilizar este derecho el transmitente y sus sucesores; que el primero falleció sin hacer uso de tal facultad el 11 de febrero de 1909, con testamento otorgado ante el Notario de Madrid don Magdaleno Hernández, el 17 de junio de 1907, en el que instituyó herederos a sus hijos, don Juan Gonzalo, doña María y don Francisco Ortueta Murgoitio; que de estos tres hijos, el primero falleció el 31 de junio de 1923, el último el 19 de junio de 1943 y doña María el 9 de junio de 1970, según consta en el Registro y certificaciones del Registro Civil que se acompañan; que, por tanto, muertos los hijos sólo queda determinar si en la expresión "sucesores" empleada en la escritura deben entenderse comprendidos los herederos de éstos; que para resolver esta interrogante deben tenerse en cuenta los artículos 783 del Código civil, la Resolución de 11 de junio de 1923, la Sentencia de 23 de junio de 1940, el artículo 751 del mencionado Código civil y, finalmente, el criterio restrictivo en la interpretación de las sustituciones que pueden favorecer una vinculación de bienes; que si bien el artículo 784 del Código civil dice que el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque fallezca antes que el fiduciario, y que el derecho de aquél pasará a sus herederos, la doctrina interpreta que este precepto sólo es aplicable al caso de las sustituciones puras y que las condicionales se rigen por el artículo 759 del Código civil, criterio ratificado por la Jurisprudencia en la Sentencias de 4 de marzo de 1952, 20 de octubre de 1954, 25 de noviembre de 1960 y 29 de enero de 1962; que ya se considere la limitación establecida como una prohibición de disponer o como una condición estipulada, la cancelación solicitada es procedente de conformidad con los preceptos citados, a los que pueden agregarse los artículos 84 y 177 del Reglamento Hipotecario; y que, en cuanto a la falta subsanable señalada de no expresarse la superficie con arreglo al sistema métrico decimal, se acepta la calificación registral, ofreciéndose la subsanación si hubiese lugar a la cancelación solicitada.

Resultando que el Registrador informó: Que el pacto estipulado constituye una condición "*sui generis*" cuyos efectos serían semejantes a los de una condición resolutoria, pero con la diferencia de que en ésta, el cumplimiento del suceso que pone en juego la resolución hace actuar a la misma, de pleno derecho, produciendo la vuelta a la situación jurídica anterior a la transmisión condicionada, mientras que en el presente caso la realización del evento que pone en juego la condición hace actual el mecanismo resolutorio en el sentido de facultar al vendedor o beneficiario para ejercitar judicialmente la reivindicación de la cosa vendida; que nos encontramos, por consiguiente, con un contrato condicional ins-

crita, cuya inscripción protege tanto el dominio del comprador como la limitación establecida en provecho del vendedor; que en esta inscripción hay, por tanto, dos titularidades: una en favor del adquirente y otra en beneficio del que transmite, la cual permanece latente mientras no se produzca el suceso que hace jugar la condición; que cualquier modificación de este contrato inscrito, para poder tener acceso al Registro, debe estar necesariamente convenida entre las dos partes constatables o, en su caso, sustituida la voluntad de una de ellas por mandato judicial, situación prevista en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria; que explicada la calificación pasan a referirse a los argumentos del recurrente, que simplemente plantea la disyuntiva de considerar al contrato como oneroso o gratuito; que a juicio de los informantes, el negocio jurídico convenido constituye lo que la doctrina llama una compraventa de amistad, en la cual el precio queda modalizado por una relación extracontractual de tipo afectivo consistente en el presente caso en el destino de la cosa vendida a un fin religioso, por lo cual se fija un precio menor del que normalmente podría conseguirse por ella; que este precio afectivo es, evidentemente, la causa de la condición impuesta; que considerado el contrato como oneroso, la limitación establecida no implica en realidad una prohibición de disponer, la cual sería posible siempre que el comprador asumiese los posibles riesgos de la reivindicación estipulada; que en el contrato acordado las partes establecieron la condición como un derecho real en favor del vendedor y sus sucesores, consistente en la posibilidad de reivindicar la cosa vendida, lo que limita y restringe las facultades dominicales, sin que ello suponga una prohibición de disponer; que por ello, de acuerdo con el número 6 del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, se hizo constar en los libros registrales todo cuanto según el título limitaba las facultades del adquirente, copiándose literalmente la condición que podía originar aquella acción reivindicatoria, cuyo ejercicio no cabe duda que tiene trascendencia real; que, en consecuencia, el único cauce posible para la cancelación es el artículo 82 de la Ley Hipotecaria; que aun suponiendo que se tratase de una prohibición de disponer, si fuese anterior a las nuevas normas o a pesar del artículo 27 de la Ley Hipotecaria tuvo acceso al Registro, no puede cancelarse libremente sino que, como los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, habrá que atenerse a las disposiciones existentes sobre el particular; que en derecho transitorio, la Ley contiene una serie de reglas para la eliminación del Registro de derechos que se consideran caducados, pero no dice nada referente a las prohibiciones de disponer; que si se considerase gratuito el contrato estipulado, el pacto convenido supone una reversión condicional a la que si se aplican el artículo 641 del Código civil y las normas sobre sustituciones, hay que tener en cuenta que este precepto se refiere no sólo a las sustituciones fideicomisarias, sino que habla de las "testamentarias" en general, entre las que hay que comprender, naturalmente, la vulgar, que es la que habría que aplicar en el presente caso con las necesarias adaptaciones; que gráficamente una Resolución de 14 de diciembre de 1905 interpretaba la frase "para ellos, sus hijos y descendientes", como una sustitución vul-

gar en favor de los descendientes de los primeros instituidos, es decir, de los nietos del testador, pues la palabra sucesores tiene, evidentemente, una amplitud genérica mayor que la específica de hijos; que, en consecuencia, los posibles descendientes de los hijos pueden, en su caso, ejercitar el derecho de reivindicar los bienes sujetos a la condición; que considerada la condición como una sustitución fideicomisaria, sólo en cuanto a los límites señalados por la Ley, los grados constituyen llamamientos, por lo que habría que justificar el fallecimiento no sólo de los hijos, sino también de los nietos del vendedor; que incluso es posible que antes de morir el vendedor viviesen ya algunos nietos que podrían, por estar dentro del segundo grado y vivir al tiempo de la muerte del testador, ejercitar la acción reivindicatoria; que tratándose en el fondo, como se ha dicho, de una compraventa de amistad, parece excesivo traer a colación todo el complejo mundo de la sucesión hereditaria con detalladas interpretaciones, sólo por una equiparación de plazos; que en cuanto a la procedencia de la cancelación que el recurrente pretende, el artículo 27 de la Ley Hipotecaria no es aplicable al caso, la cita del 98 de la misma Ley y 84 de su Reglamento en relación con el 641 del Código civil es incongruente y la Resolución de 7 de julio de 1949 no es aplicable al supuesto planteado como tampoco el artículo 355 del Reglamento Hipotecario; y que, por todo lo que se refiere a la no expresión de la medida superficial de la finca en el sistema métrico decimal, aceptado el defecto por el recurrente no procede argumentar sobre el mismo.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por entender, como este funcionario, que tratándose de derechos inscritos protegidos por la fe pública, sólo pueden ser cancelados los correspondientes asientos por sentencia firme o acuerdo unánime de los interesados.

Doctrina.—“Considerando que este recurso se plantea entre los mismos interesados y sobre una cuestión similar a la resuelta por este Centro Directivo en la Resolución de 19 de julio de este mismo año, en la que declaró que procedía la cancelación del asiento solicitado al aplicar los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 355 de su Reglamento, dadas las características de la cláusula discutida en la compraventa celebrada al faltarle a la reserva establecida a favor del vendedor los requisitos necesarios para considerarla como una figura de naturaleza real, y en donde además el comprador aparece privado de la facultad de disponer de la finca, al quedar resuelto y sin ningún efecto el contrato, caso de que lo hiciera, con lo que de modo indirecto se vulneraría el artículo 27 de la Ley Hipotecaria.”

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

Consideraciones críticas.—La presente Resolución es muy semejante a la de 19 de julio precedente, ya comentada. Lo dice así el considerando único de la misma. Por ello, aquí debemos dar por reproducido todo lo dicho anteriormente, aunque, como ya anticipábamos, quedaban dos o tres temas para ser tratados en especial y referidos a esta Resolución, en la cual los hechos o términos de la cláusula varían en cierto modo, pues esa

especie de "derecho de reivindicación o reversión" se establece, a diferencia del anterior supuesto, a favor del "señor Ortueta y sus sucesores", lo cual plantea el problema de la transmisión de ese derecho y su inclusión o no en el patrimonio hereditario.

Simultáneamente a este problema juega otro que ya puso de relieve la Resolución de 7 de julio de 1949, al hablar del término al que deberían quedar sujetas las condiciones resolutorias y que es tratado por AMORÓS GUARDIOLA (Comentario a esta Resolución en "Rev. Cr. D. I.", enero-febrero, 1974, págs. 159 y ss.) sobre la base de un trabajo de Díez PICAZO ("El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase *conditio pendens*". Estudios de Derecho civil, homenaje al profesor Castán).

Creo, por tanto, interesante destacar aquí estos dos problemas que nos pueden llevar a ciertas consecuencias fértiles en orden a la posible cancelación de derechos y limitaciones que pesan, por arrastre de cargas, sobre las fincas registradas. Dividimos la materia en el aspecto temporal de la condición y la transmisión del derecho.

A) *Limitación temporal de la condición*

Como en la discusión previa al fallo del recurso se barajó en los escritos del recurrente y en el informe del Registrador la posibilidad o no de configurar el supuesto que plantea la cláusula discutida como un supuesto de condición resolutoria y como también en la misma Resolución se hace alusión a la existencia de una condición de esa clase, creo conveniente hacer aquí alusión al problema que plantea la Resolución de 7 de julio de 1949, en la cual la Dirección fijaba como requisito de validez de las condiciones de este tipo el que se fijase "término para cumplir la denominada condición", pues de lo contrario podría mantenerse indefinidamente con perjuicio del tráfico jurídico y de las normas limitativas de las prohibiciones perpetuas de enajenar o de las temporales que superen los límites marcados por la Ley.

Es curioso cómo este requisito exigido por la Dirección General va a plantear un serio problema diferenciador entre la condición y el término, pero la idea genérica que lo preside no puede ser más elogiable en aras de un tráfico jurídico no entorpecido por limitaciones de esta clase y en la posibilidad de aplicar a estas trabas el mecanismo liberador de cargas y gravámenes. De todos es sabido que el famoso expediente de liberación de cargas y gravámenes exige una fecha a partir de la cual puede comenzar a contarse una prescripción, cosa que en el caso de la condiciones resolutorias no sucede. Ello obliga, de una parte, a reducir el ámbito del expediente de liberación de gravámenes (artículos 209 y siguientes de la Ley Hipotecaria) a casos excepcionales, a considerarlo difícilmente aplicable a otros supuestos, a estimarlo costosísimo cuando de fincas de valor se trate por el monto de las tasas judiciales y a condenar la posibilidad de cancelación de esas limitaciones al procedimiento judicial ordinario, también costosísimo. La falta de fijación de un plazo impide asimilar el sistema de "limpieza" de cargas que la Ley Hipotecaria de

1944-46 estableció en su articulado y esencialmente en sus disposiciones transitorias, para hipotecas, menciones y anotaciones, a las condiciones resolutorias que, como antes vimos, pueden tener las mismas finalidades de aseguramiento que las hipotecas. Creo que en un sistema de *lege ferenda* convendría tener muy presente esta idea de liberación.

Fue DÍEZ PICAZO, en el trabajo antes citado, el que planteó el siguiente problema: "Supuesto que nos encontramos en presencia de una condición y ante una condición que sea lícita y válida y que deba producir dentro del negocio jurídico, en el cual ha sido insertada, toda su peculiar eficacia, ¿cuál es el tiempo en el cual dicha condición debe cumplirse? ¿Cuánto tiempo debe obligarse a los sujetos a esperar el incierto evento en que la condición consiste? Más claramente todavía: ¿es posible pensar que una condición se cumpla y que sus efectos se produzcan cincuenta, sesenta, setenta o más años después de haber sido celebrado el negocio? ¿Purifica de algún modo el paso del tiempo un negocio inicialmente condicional?".

Para el autor citado el problema puede resolverse a través de los artículos 1.117 y 1.118 del Código civil, que prevén la doble posibilidad de que ocurra o no ocurra un suceso en un tiempo determinado y para aquellos casos en los que "no hubiere tiempo determinado" la condición deberá reputarse cumplida en el que "verosímilmente" se hubiere querido señalar. A este respecto el autor entiende, y es curioso que su idea pueda encajar en el supuesto de hecho planteado, que "En todos aquellos casos en que la condición crea un estado de incertidumbre respecto de la situación jurídica definitiva de determinados bienes, aunque no pueda hablarse en rigor de una verdadera prohibición de enajenar, porque una cosa es privar al titular de la facultad dispositiva y otra muy distinta condicionar el destino o la situación definitiva de unos bienes, cabe aplicar por vía de interpretación extensiva el límite establecido por los artículos 785, 2.º y 781 del Código civil, de suerte que la situación de incertidumbre no pueda ser en ningún caso perpetua y que una situación de incertidumbre temporal deba cumplir las exigencias del citado artículo 781". Para otros casos entiende el autor que es difícil admitir la vinculación por toda la vida de una persona (artículo 1.583 del Código civil) e incluso existen plazos más restringidos, como el de diez años (artículos 400, 1.508 y 1.843, 5.º del Código civil).

AMORÓS GUARDIOLA, en la cita antes hecha, también participa de estas ideas, admitiendo que el plazo de cumplimiento o incumplimiento de la condición habrá de ser expreso o tácito y, por supuesto, ser un plazo susceptible de determinación. ¿Cómo diferenciar entonces el plazo condicional del plazo que institucionalmente va vinculado al término?

La peligrosidad que la generalización de unas reglas especiales, como son las citadas de los artículos 1.117 y 1.118 del Código civil (aplicables a las obligaciones condicionales positivas y negativas) a toda clase de obligaciones condicionales, puede ser salvada subiendo a la esencia que diferencia al término de la condición, es decir, en la certeza o incertidumbre que uno y otro plantea. Mientras la condición, el hecho de la realización es "futuro", "posible" e "incierto" en un tiempo prefijado o no

determinado, el plazo o término es también futuro, posible, pero "cierto", ya que el hecho siempre ha de llegar, ya que si se ignora si llegará o no es condición (artículo 1.125, 2.º del Código civil).

B) *Transmisión del Derecho*

En el informe del Registrador se descubre la problemática de si el derecho que se estipula en la cláusula cuestionada es o no transmisible, estimando el mismo que el derecho de reversión estipulado no es estrictamente personal, sino que forma parte del patrimonio de las vendedoras, por lo que sigue las vicisitudes que el mismo experimente. Esto se refiere al caso planteado por la anterior Resolución, pues en la presente ese derecho se establece no sólo en favor del vendedor, sino de sus sucesores.

Sería difícil pronunciarse en forma radical por una solución u otra de las extremas, esto es, estimar que el derecho es puramente personal de las personas que intervienen en el contrato y que, por tanto, únicamente a ellas les pertenece o, por el contrario, entender que ese derecho entra en la categoría de los transmisibles (artículo 1.112 del Código civil). En el caso de la Resolución anterior comentada es evidente que la interrogación es más decisiva, mientras que en el caso actual al concederse en favor del vendedor y sus sucesores la transmisión queda patentemente clara, aunque puede plantearse las dudas de quién son sucesores y de si esa sucesión puede prolongarse más allá de los límites, por ejemplo, de la sustitución fideicomisaria.

AMORÓS GUARDIOLA, en el comentario antes citado, mantiene la idea de que en el primer caso se trata de un derecho personalísimo que no encaja en el mecanismo traslativo de los demás derechos, alegando una serie de razones muy estimables. Entiendo que en esta construcción el carácter personalísimo falla si se compara la fórmula empleada en la Resolución que comentamos, en la que el pacto permite una transmisión a los sucesores. Por ello entiendo que es difícil de compatibilizar el carácter "personalísimo" de un derecho establecido en una cláusula y estimarlo "transmisible" en otra por la simple literalidad de su redacción.

Una cosa, creo, es admitir su transmisibilidad y otra limitarla a los cauces legales que señalan las sustituciones fideicomisarias y que podrían afectar no sólo al primer supuesto, sino al segundo, aunque en el segundo el hecho de señalar a los "sucesores" de una persona limita a éstos y no a los "sucesores de los sucesores" (salvo los derechos de premoriencia, acrecer, representación, etc.) el ejercicio de un derecho. Lo que sí es preciso afirmar en este segundo caso es que no estamos ante un derecho "personalísimo".

De prosperar la esencia que la doctrina jurisprudencial ofrece, podrían darse grandes avances en el campo de las cancelaciones de condiciones y otras limitaciones que la práctica registral recoge y que ponen serias dificultades a las horas decisivas de la obtención de créditos hipotecarios.

ANOTACIÓN PREVENTIVA.—NO PROCEDE EXTENDER UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA AL AMPARO DEL NÚMERO 6 DEL ARTÍCULO 42 DE LA LEY HIPOTECARIA Y QUE HABRÍA DE TENER POR OBJETO GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DEL FALLO QUE RECAYESE EN UN PROCEDIMIENTO ENTABLADO ENTRE EL TITULAR REGISTRAL DE UN INMUEBLE Y SU SOCIO PARA LIQUIDAR LA SOCIEDAD PRIVADA EXISTENTE ENTRE ELLOS. (Resolución de 11 de octubre de 1973, *Boletín Oficial del Estado* de 27 de octubre.)

Hechos.—Resultando que promovida demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián, por don Víctor de Felipe Martínez contra don Lucas Echeveste Gabaraín, éste formuló reconvencción, pronunciándose sentencia el 28 de junio de 1967, confirmada en apelación por la Audiencia Territorial de Pamplona con fecha 28 de septiembre de 1968 y por el Tribunal Supremo, en casación, el 27 de junio de 1969, en cuyo fallo se dice, en lo que interesa, lo siguiente: “Que dando lugar en parte a la reconvencción debo declarar y declaro la existencia de una sociedad privada entre don Víctor de Felipe Martínez y don Lucas Echeveste Garabaín, siendo el primero el socio capitalista y el segundo el socio industrial, para la compra y urbanización de la finca “Castell Arnau”, de Sabadell. Que asimismo declaro que la participación de don Lucas Echeveste Garabaín es del 25 por 100 de los beneficios líquidos, una vez deducidos el capital aportado por don Víctor para la compra de la finca y ejecución de las obras y el 6 por 100 de interés anual sobre dicho capital. Que debo declarar y declaro disuelta dicha sociedad al terminar la primera fase de las operaciones de urbanización y quedar suspendidas las obras hacia el año 1961, por las razones expuestas en el considerando respectivo, ordenando su liquidación que se practicará en ejecución de sentencia, haciendo pago a don Lucas Echeveste del haber social que resultase según la participación referida”; que firme y ejecutoria la sentencia, a petición de parte, el Juzgado de San Sebastián dictó, el 15 de diciembre de 1960, providencia acordando ordenar anotación preventiva sobre la inscripción de la finca afectada, en el Registro de la Propiedad de Sabadell, en cuanto a la parte del fallo referente a la reconvencción; que librado el oportuno mandamiento, el 2 de febrero de 1970 y presentado en el Registro, fue devuelto con nota denegatoria redactada en los siguientes términos: “No admitida la anotación preventiva interesada en el precedente mandamiento —acompañado de otro aclaratorio, fecha 3 de junio último— por los siguientes defectos: 1) Estar la finca inscrita a nombre de Víctor De Felipe Martínez, persona distinta de aquella contra quien se procede en autos y que precisamente es la parte demandante; 2) No expresarse con claridad la clase de anotación preventiva que se pretende, si bien parece que se trata de un embargo; y 3) En este último caso, no se expresa el importe del principal y accesorios del mismo. Estimando el primer defecto de carácter insubsanable, no procede la anotación preventiva de suspensión que tampoco ha sido solicitada por el presentante.—Sabadell, 3 de agosto de 1971”; y que, en vista de ello, a petición del recurrente, el Juez de Primera Instancia de San Sebastián dictó nueva providencia el 26 de enero de 1972, en cuyo

subsiguiente mandamiento para el Registro se puntualiza: 1.º Que si se ordena la anotación preventiva contra la finca inscrita a nombre de don Víctor de Felipe Martínez, que es el demandante en estos autos, es debido a que por el demandado don Lucas Echeveste Gabaraín se formuló reconvencción contra dicho don Víctor de Felipe Martínez, dando lugar a uno de los pronunciamientos de la sentencia estimando la reconvencción y condenando a don Víctor de Felipe Martínez, pronunciamiento que es el que motiva la presente anotación preventiva; 2.º que la anotación preventiva que se pretende es la del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, por la identidad de reglas entre la liquidación de sociedad y la participación de las herencias, establecida en el artículo 46 de la misma Ley Hipotecaria, puesto que la anotación se ordena practicar mediante providencia judicial obtenida por los trámites del artículo 57, con la circunstancia de mayor valor para nuestro caso de que el juicio verbal previsto en este último artículo ha sido un juicio declarativo de mayor cuantía; 3.º que por no tratarse de anotación por motivo de embargo, no procede hacer expresión del importe del principal y accesorio del mismo”.

Resultando que presentado este mandamiento el 21 de marzo, después el 7 de junio y luego el 22 de agosto de 1972, recayó sobre el mismo la siguiente nota: Denegada la anotación a que hace referencia el mandamiento que antecede, por observarse el defecto insubsanable de no encajar la misma en ninguno de los apartados del artículo 42 de la Ley Hipotecaria y no determinarse concretamente el objeto de la reconvencción. Queda un ejemplar del mandamiento archivado bajo el número 98.—Sabadell, 19 de octubre de 1972.

Resultando que don Manuel Pérez Buendía, en la representación que ostentaba de don Lucas Echeveste Gabaraín, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: “Que cuando se pidió la anotación preventiva del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, no se opuso a la misma don Víctor de Felipe; que, en cambio, el Registrador de Sabadell rechazó el primer mandamiento alarmado por la venta masiva de terrenos de la finca “Castell Arnau”, realizada por don Víctor de Felipe, por lo que se solicitó del Juzgado requerir a dicho señor para que se abtuviese de enajenar; que apeló don Víctor y la Audiencia Territorial de Pamplona dictó auto el 21 de enero de 1972 en el que se manifestaba no haber tenido cumplimiento la anotación acordada con referencia a la liquidación de la sociedad particular existente entre los litigantes, “para la que no se ven impedimentos que la dificulten si toma la permanente iniciativa”; que siguiendo la línea anteriormente marcada, la misma Audiencia de Pamplona en Auto de 23 de septiembre de 1972 declara que “debe procederse a la ejecución de la sentencia en cuanto a la liquidación de la sociedad civil relativa a la finca “Castell Arnau” de Sabadell, a cuyo efecto habrá de citarse a las partes para la formación de inventario del patrimonio social existente al tiempo que la ejecutoria señala como de disolución de la referida sociedad y una vez formalizado el mismo habrá también de convocarse a la junta de socios a los efectos prevenidos por el artículo 1.068 de la Ley Rituaria en relación al 1.708 del Código civil, practicándose los demás trámites a que haya lugar

hasta liquidar la sociedad y hacer pago a don Lucas Echeveste del haber que como socio industrial le pertenece"; que es de destacar la actitud de la Sala de Pamplona ante esta anotación preventiva del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que aunque no discutida en el recurso resuelto por Auto de 21 de enero, fue criticada sistemáticamente por la contraparte; que la Sala no se pronuncia en contra de la anotación, sino que la mantiene y si decreta la nueva medida aseguradora de prohibición de enajenar no es por vía de sustitución de algo que no procede, sino como refuerzo o complemento de lo que está resultando insuficiente que es la anotación antes referida, "que si bien fue acordada, no ha obtenido cumplimiento hasta la fecha"; y que, como fundamentos de derecho, señalaba los artículos 42-6 de la Ley Hipotecaria; 99 de Reglamento dictado para su ejecución; 406, 1.669 y 1.708 del Código civil y 359, 921, 924, 926, 1.030 y 1.097 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resultando que el Registrador informó: Que ante la perspectiva de tener que denegar la práctica de la anotación preventiva ordenada, solicitó el parecer de sus dos compañeros cotitulares de la oficina que actualmente funciona en régimen de división personal y ambos le manifestaron su conformidad con el criterio mantenido; que el problema planteado se reduce a determinar si es posible practicar una anotación preventiva no establecida en ninguna ley, por analogía con alguna de las previstas en el artículo 42, concretamente la de su apartado 6.º; que la respuesta debe ser negativa de conformidad con los términos del citado precepto legal, así como de la doctrina científica y jurisprudencial, señalando al efecto las Resoluciones de 13 y 14 de diciembre de 1960; que, en consecuencia, no puede admitirse la práctica de anotaciones preventivas por analogía, pues ello supondría quebrantar el sistema de *numerus clausus* establecido en esta materia por nuestro ordenamiento jurídico; que, por otra parte, no aprecia la analogía que encuentra el recurrente entre la anotación que pretende y la del Derecho hereditario previa a la partición de herencia, que según resulta de la exposición de motivos de la ley que la estableció, está pensada exclusivamente para el citado derecho, mientras que en el caso presente se trata de una sociedad privada en trámites de disolución; que el recurrente presenta juntamente con su escrito de interposición del recurso gubernativo, dos testimonios de autos de la Audiencia Territorial de Pamplona, en el primero de los cuales se decreta una prohibición de enajenar, pero este auto no fue recogido, ni siquiera mencionado, en el mandamiento judicial cuya anotación fue denegada, por lo que no pudo ser tenido en cuenta en la calificación correspondiente; que como reconoce el recurrente en su cita de fundamentos de derecho, el Registrador puede calificar la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiese tomado, precepto corroborado por abundante jurisprudencia que es ocioso reproducir; que el recurrente dice que presentó tres veces el documento calificado, a lo que contesta como aclaración que los dos primeros asientos de presentación fueron oportunamente cancelados por haber sido retirado dicho documento para subsanar defectos sin volverlo a presentar hasta después de transcurrido el tiempo de duración de los mencionados asientos; y que, en re-

sumen, de acuerdo con los precedentemente expuestos es imposible la práctica de la anotación que se pretende.

Resultando que el Magistrado-Juez que intervino en el procedimiento informó: Que dados los argumentos del Registrador estima improcedente la anotación que fue ordenada en trámite de ejecución de sentencia al amparo del número 6 del artículo 42 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.

Doctrina.—“Considerando que la cuestión planteada en este recurso consiste en resolver si puede practicarse al amparo del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria una anotación preventiva ordenada en un mandamiento judicial y que tendría por objeto garantizar en trámite de ejecución de sentencia, la efectividad del fallo que establece la liquidación de una sociedad privada entre el titular registral del inmueble y su socio.”

“Considerando que la pretendida anotación no aparece justificada en base al número 6 del referido artículo 42 de la Ley, ya que ésta se refiere a la constancia en el Registro del Derecho hereditario en abstracto, antes de realizarse la partición o adjudicación concreta de bienes, sin que quepa ampliar su contenido —por una razón de analogía, en este caso más que discutible— por la remisión que el artículo 1.708 del Código civil hace en la liquidación de la sociedad a las reglas de la partición de la herencia, pues aparte de que, como ya se ha indicado, la anotación de Derecho hereditario se refiere precisamente al supuesto en que no ha habido partición —y para evitar el confusionismo que se derivaba antes de la reforma de la Ley de 1944, es por lo que ésta transformó el sistema y ordenó que en vez de inscripción se practicase un asiento de anotación preventiva—, es lo cierto, además, que poco tiene que ver con este tipo de asiento el caso del socio industrial que acredita determinados derechos económicos frente a la sociedad para que pueda anotarse en el Registro la correspondiente declaración judicial que condena, que reconoce, la existencia de un crédito en forma indeterminada.”

“Considerando que tampoco cabe practicar la anotación sobre la base de otro de los apartados del artículo 42, dado que de una parte se expresa en el mandamiento que no se trata de la de embargo y que por este motivo se omite toda “referencia al importe del principal y accesorios”, y de otra sólo pueden practicarse aquellas anotaciones que concretamente se encuentran establecidas o tengan su fundamento en una disposición legal, como reiteradamente ha declarado este Centro Directivo.”

“Considerando que las fotocopias de los dos Autos de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, en los que se decretan unas prohibiciones de enajenar de los bienes del titular registral, y que podrían dar lugar a la práctica de la anotación preventiva del artículo 42, número 4, aparte de no ser documentos, tal como se han presentado, que reúnan los requisitos necesarios que la legislación hipotecaria exige para ser tenidos en cuenta en la calificación, por otro lado, su contenido no aparece recogido en el mandamiento discutido.”

“Considerando, por último, que el funcionario calificador actuó dentro

de los límites del principio de legalidad, ya que establece el artículo 99 del Reglamento Hipotecario que para los documentos judiciales está facultado a examinar la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiese dictado, y al no poderse anotar el mandamiento por todo lo anteriormente indicado, existe la incongruencia que el Auto Presidencial reconoce expresamente, y que obliga a mantener la nota denegatoria.”

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

Consideraciones críticas.—Vaya por delante en esta apreciación crítica la correcta y adecuada decisión de la Dirección General de los Registros al denegar una anotación preventiva que no encaja perfectamente en el artículo 42, 6.º de la Ley Hipotecaria. La Dirección sigue en este punto con su doctrina las decisiones que ya habían sostenido el Magistrado-Juez informante y el Presidente de la Audiencia, lo cual deja resuelto el problema de calificación que frente a todo documento judicial tiene el Registrador, y cuyas facultades no son tan estrechas como parece dar a entender el artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

La cuestión planteada, dice la Dirección, es la de saber si puede o no practicarse al amparo del artículo 42, 6.º de la L. H. una anotación preventiva, ordenada en un mandamiento judicial, y que tendría por objeto garantizar en trámite de ejecución de sentencia la efectividad del fallo, que establece la liquidación de una sociedad privada entre el titular del inmueble y su socio.

Ante los hechos planteados por el supuesto que sirve de base a la Resolución se hace necesario dividir este comentario en dos partes: la primera que justifique la razón por la que no es viable la anotación solicitada y, la segunda, los posibles cauces que hubieran podido ser utilizados para asegurar los derechos del socio.

A) *Justificación de su imposibilidad*

El artículo 42, 6.º de la Ley Hipotecaria establece la posibilidad de pedir a “los herederos respecto de su derecho hereditario”, condicionando la misma a que entre ellos no se haya practicado la partición de bienes constitutivos de la masa hereditaria, pues se dice que procede “cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos”. Es de todos conocidos la distinción entre Derecho hereditario “in abstracto” y Derecho hereditario “in concreto”, cuyas fronteras precisamente están constituidas por el mecanismo de la partición. La comunidad no llega a nacer —en cuanto cotitularidad sobre una *activo relicto*— (dice LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, “Derecho de Sucesiones”, I, Barcelona 1971, pág. 201) cuando el causante ha asignado individualmente los bienes a los herederos agotando el as hereditario.

Sin desconocer la existencia de otras teorías que niegan la esencia misma del Derecho hereditario, lo cierto es que del mismo sólo puede hablarse en el período que va desde que se acepta la herencia hasta que la

partición se ha practicado. Es decir, mientras subsiste esa comunidad hereditaria en que cada coheredero no tiene un derecho concreto sobre ninguna cosa, sino simplemente un derecho en el patrimonio.

Si esto es así, y así lo aceptó la Dirección General de los Registros en las conocidas Resoluciones de 1923 y 1925, debidas a la inspiración de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, es preciso concluir que todo lo que son semejanzas, reglas paralelas, entre las normas hereditarias de partición y división de sociedades civiles— y de ahí su aplicación subsidiaria, conforme al artículo 1.708 del Código civil— son diferencias en el período anterior, en el cual subsiste la comunidad y no pueden entrar en juego aún las reglas de la división o partición. En esto —y debido a la imprecisa petición del recurrente y del solicitante— podría afirmarse aquella frase “antiplagio” que asevera: cualquier semejanza entre los hechos relatados y la realidad será mera coincidencia

Así lo vino a razonar la Dirección General en su segundo considerando al rechazar la analogía, discutible en este singular caso, aparte de entender que “la anotación de derecho hereditario se refiere precisamente al supuesto en que no ha habido partición —y para evitar el confusiónismo que se derivaba antes de la reforma de la Ley de 1944, es por lo que ésta transformó el sistema y ordenó que en vez de inscripción se practicara un asiento de anotación preventiva—” y rematar que el supuesto de la existencia de un crédito a favor de un socio industrial nada tiene que ver con la anotación de Derecho hereditario

Lo curioso del caso es que a la hora de un juicio lógico debe insistirse en los mismos argumentos, pero a la hora del aspecto práctico de la cuestión más hubiera valido aceptar la tesis del recurrente y forzar una analogía que vitalice esa especie de fantasma creada a través de la anotación de Derecho hereditario y que se intentó salvar a través de las normas reglamentarias del artículo 209

Los dos argumentos que utiliza el Registrador en su informe son los de la improcedencia de la “analogía”, pues ello supondría quebrantar el sistema del “*numerus clausus*” establecido en esta materia. Traigo aquí este argumento, pues creo que debe combatirse, ya que, de una parte, el proceso analógico nunca podría rechazarse sobre ese criterio, pues ello supondría una rigidez interpretativa del texto de la ley que cualquier intento evolutivo se vería truncado de plano. De otra parte, entiendo que el sistema es de “*numerus apertus*”, como lo demuestra el número 10 del mismo artículo 42 de la L. H., que exige tener reconocido el derecho en alguna norma y por tal debemos entender no sólo la Ley Hipotecaria, sino cualquier otra que lo establezca directa o por aplicación subsidiaria (artículo 45 Ley Hipotecaria a la disolución de sociedades civiles, por la remisión del 1.708 del Código civil, etc.). El segundo argumento es el de la imposibilidad de aplicación por no haberse hecho la partición que es el requisito de la existencia del Derecho hereditario. Cita con acierto dos Resoluciones de la Dirección General de 3 de diciembre y 14 de diciembre de 1960, en las que se rechazaban anotaciones pedidas en mandamientos judiciales por no ser titular la persona encausada o por falta de precisión y claridad en el mandamiento.

B) Posibles soluciones

Para garantizar los posibles derechos del socio industrial en esa disolución de sociedad privada (o en trámites de disolución) cabían, desde el punto de vista hipotecario, la petición de anotación preventiva de demanda en virtud de la reconvencción planteada, la de prohibición de disponer y la más genérica de embargo. Pero es curioso que ninguna de ellas tiene efectividad, quizá por la poca fortuna en la elección de número del artículo 42, aplicable o por la falta de formalización de las decisiones judiciales en el mandamiento que da lugar al recurso.

De los hechos resulta que sólo pudieron tener efectividad dos clases de anotaciones: la de prohibición de disponer y la de embargo de bienes. La primera quedó sin posibilidad al no recogerse en el mandamiento dos testimonios de autos de la Audiencia Territorial de Pamplona, en uno de los cuales se ordenaba la prohibición de disponer. La anotación preventiva de embargo se excluye expresamente en la nueva providencia que el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián dicta en enero de 1972, en la cual se dice que por "no tratarse de anotación por motivo de embargo, no procede hacer expresión del importe del principal y accesorio del mismo".

Cerradas esas dos puertas y no utilizadas en su día la de la demanda, quedaba solamente el agarradero legal del número 3 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que venía ajustado al caso: "el que en cualquier juicio obtuviere sentencia ejecutoria condenando al demandado". Pero el texto prometededor de este apartado queda desvirtuado por lo que dispone en plan aclaratorio por el artículo 141 del Reglamento Hipotecario: la anotación preventiva que se predica en ese número no es más que una de embargo, pues para que proceda en ejecución de sentencia se hace necesario que se mande embargar bienes inmuebles del condenado. Es lo mismo que viene a disponer el artículo 921 y siguientes de la LEC.

En un comentario que TIRSO CARRETERO ("Revista Crítica de Derecho inmobiliario", Enero-febrero, 1974, pág. 181) hace de esta Resolución cita la opinión de CAMY SÁNCHEZ CAÑETE ("Comentario a la Legislación Hipotecaria", vol. V, pág. 376) el cual estima procedente dar una aplicación extensiva al artículo 42, 3.º de la Ley Hipotecaria cubriendo todos aquellos casos en los que la ejecución de sentencia requiere una actuación del condenado o del Juez en su nombre, que es indispensable para reflejar en el Registro los derechos reconocidos por ella. TIRSO CARRETERO, apoyando esta idea, dice que al amparo del artículo 926 de la LEC, la anotación de la sentencia sería una de las diligencias conducentes a fin de poner en posesión del inmueble al que ganó el pleito.

Sin entrar en la discusión de si la tesis es buena, aceptable o práctica, lo que sí conviene destacar es que esa solución viene ofrecida por el mismo Reglamento Hipotecario en un caso concreto de ejecución de sentencia protegida por una anotación de demanda. Nos estamos refiriendo al supuesto que claramente plantea el artículo 198, 2.º del Reglamento Hipotecario, al disponer: "Cuando los asientos posteriores hubieran sido practicados en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación de de-

manda, para cancelarlos será preciso que, en *ejecución de la sentencia* el demandante pida la cancelación de tales asientos y el Juez podrá decretarla, previa citación de los titulares de los mismos, conforme a los artículos 262 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dichos titulares no se opusieran a la pretensión del ejecutante, en un plazo de treinta días. Cuando hicieran constar en el Juzgado su oposición, se seguirá el juicio por los trámites de los incidentes y no se cancelará la anotación de demanda en tanto no recaiga resolución judicial firme”.

LA RICA (“Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario”, 1948, tomo I, página 15) criticaba duramente este precepto reglamentario sobre la base de las consideraciones que FECED había hecho sobre el mismo. Decía este ilustre tratadista que “si la resolución ordena la cancelación del asiento contradictorio, no habrá inconveniente en cancelar la anotación. Y si la resolución dispone que no se cancele dicho asiento, es posible que el pleito haya resultado ineficaz, y que ya la anotación no sirva para nada, pues en el mejor de los casos lo que podrá hacer el actor es seguir un nuevo pleito contra el titular de ese asiento y pedir una nueva anotación de esta demanda”. La ejecución de sentencia, dice FECED, puede quedar sin efecto por la misma sentencia.

Lo que no quisieron ver ambos hipotecaristas es la garantía que en la “ejecución de sentencia” se ofrece al titular de la anotación preventiva de la demanda, la cual se entiende prorrogada hasta tanto se solucione el incidente respecto de la cancelación de los asientos posteriores. Es decir, esta prórroga de anotación preventiva de la demanda hasta la total ejecución de la sentencia es nada menos que la garantía de anotación que ofrece el número 3 del 42 de la Ley Hipotecaria para un supuesto determinado. Por supuesto, creo que también cabría la anotación preventiva de la demanda en la que se pidiera la ejecución de la sentencia, caso de que a la misma se opusieran reparos por el condenado a cumplirla.

Queda así planteado el problema en espera de que en una reforma reglamentaria se adecúe el artículo 141 del Reglamento a los diferentes supuestos que puede ofrecer la práctica en la ejecución de sentencias.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE DIVISIÓN DE LOCALES COMERCIALES DE UN EDIFICIO CONSTITUIDO EN PROPIEDAD HORIZONTAL SIN QUE CONSTE EL CONSENTIMIENTO DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS, QUE PODRÍAN RESULTAR PERJUDICADOS POR TAL DIVISIÓN. (Resolución de 22 de octubre de 1973, *Boletín Oficial del Estado* de 8 noviembre.)

Hechos.—Resultando que la entidad comercial Viviendas de Renta Limitada, S. A. —VIRELSA— promovió la construcción de 21 bloques de Viviendas de Protección Oficial en la llamada Ciudad de los Angeles, del término de Villaverde, hoy Madrid, que se constituyeron en régimen de propiedad horizontal mediante escritura pública otorgada en Madrid el 17 de marzo de 1964 ante el Notario don Enrique Giménez-Arnau; que en reunión celebrada el 2 de septiembre de 1965, el Consejo de Adminis-

tración de VIRELSA acordó por unanimidad, con objeto de conseguir un mejor aprovechamiento, dividir los locales comerciales y sótanos de 21 bloques edificados, en cuatro nuevos locales, sin modificar la superficie total asignada a cada uno en el conjunto de cada bloque, ni el coeficiente de participación fijado en la escritura de parcelación horizontal; que expedida certificación del acuerdo se autorizó al Director Administrativo y Apoderado de la Empresa para comparecer ante el Notario y otorgar la correspondiente acta de protocolización; que el 9 de mayo de 1968 se autorizó por el Notario señor Giménez-Arnau el acta referida; y que, mediante escritura otorgada el 9 de mayo de 1968 ante el mismo fedatario, se procedió a la división material mencionada de sótanos y locales comerciales.

Resultando que presentado en el Registro copia de la anterior escritura, junto con otros documentos complementarios, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Denegada la inscripción de la división material de los locales comerciales de los bloques 95 y 98 por el defecto insubsanable de aparecer inscritos a favor de ISABLO, S. A., persona distinta de Viviendas de Renta Limitada, S. A. —VIRELSA—, la que los vendió a aquella sociedad por escritura de 21 de febrero de 1967, y se inscribieron a favor de ISABLO, S. A., el 29 de mayo de 1967."

Denegada la inscripción de la división material de los restantes locales comerciales, por el defecto insubsanable de aparecer inscritos diferentes pisos de cada uno de los diecinueve bloques a favor de personas distintas de VIRELSA, por lo cual, de conformidad con el artículo 8.º de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, se precisó, además del consentimiento de VIRELSA, Sociedad propietaria de los diecinueve locales comerciales que se dividen, la aprobación de la Junta de Propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 5.º de dicha Ley. El acuerdo de la Junta ha de ser adoptado por unanimidad, y con la concurrencia de todos los propietarios de cada bloque, según previene la norma primera del artículo 16, observándose lo prevenido en dicha norma para los propietarios que, debidamente citados, no hubieren asistido a la Junta. Tal unanimidad la exigen también los artículos 3.º y 5.º de la referida Ley.

Aunque en los pisos vendidos por VIRELSA no hubiere una segunda transmisión y todos los titulares registrales de los mismos fueren adquirentes directos de VIRELSA y, por tanto, no sean terceros hipotecarios con respecto a esta Sociedad, lo que por innecesario no ha sido comprobado por el Registro, no pueden quedar perjudicados por el acuerdo de división material de los locales comerciales adoptado por el Consejo de Administración de VIRELSA, el 2 de septiembre de 1965, cuando esta sociedad era la única propietaria de todos los pisos y locales comerciales de los 21 bloques, por no haber sido otorgada ni inscrita en aquella fecha la escritura de división material de cada uno de los locales comerciales en cuatro, y, por el contrario, se protocolizó la certificación del acuerdo y se otorgó la división por Acta Notarial y escritura de división material de cada uno de los locales comerciales en cuatro, y, por el contrario,

se protocolizó la certificación del acuerdo y se otorgó la división por Acta Notarial y escritura de 9 de mayo de 1968, cuando ya habían sido inscritos a favor de otras personas diferentes pisos de cada uno de los bloques 92 al 112, para cuyos compradores, así como para los que inscribieron después del 9 de mayo de 1968, no existe más medio de publicidad que los asientos del Registro de la Propiedad, donde no constaba al ser inscrita la venta de los pisos, la división material en cuatro de cada uno de los locales comerciales de su respectivo bloque”.

Resultando que don Joaquín Méndez Prieto, en representación de Viviendas en Renta Limitada, S. A., interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que, a su juicio, la escritura de 9 de mayo de 1968 es correcta y constituye el único título inscribible, aunque necesite ser completada, a efectos del artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal, con el documento que acredite la conformidad de los propietarios, tal y como se hace en la certificación unida y protocolizada que no tiene que ser documento público, según criterio de la doctrina más autorizada; que de no aceptar esta certificación, habría que exigir nuevo consentimiento a las Juntas de copropietarios, lo que a todas luces es impropcedente; que los actuales titulares inscritos de pisos en cualquiera de los bloques de que se trata no pueden ser considerados terceros ni supuestos perjudicados frente al acuerdo de 2 de septiembre de 1965, puesto que los documentos privados tienen el mismo valor que las escrituras públicas entre los que hubiesen suscrito y sus causahabientes y los actuales propietarios de los pisos que integran los bloques o viviendas son causahabientes de la Entidad constructora; que es indiscutible que la Junta de Copropietarios en el Régimen de Propiedad Horizontal representa a la propiedad titulada del inmueble dividido y sus acuerdos, legítimamente adoptados, vinculan a todos, de presente y de futuro; que sostener lo contrario equivale a dar pie para la comisión de todos los abusos y arbitrariedades por parte de cualquier propietario en perjuicio evidente de la Comunidad y de la convivencia; y que nada hay que oponer en cuanto a la denegación que se hace respecto a los locales de los bloques 95 y 98, siempre que los defectos se consideren subsanables por las razones alegadas.

Resultando que el Registrador informó: que no ha considerado título inscribible la certificación del acta de la reunión de 2 de septiembre de 1965 y que tampoco se la puede considerar como documento privado complementario; que el exigir nuevo consentimiento de la Junta de Propietarios de cada uno de los 21 bloques, no quiere decir que haya de ser simultáneo a la escritura de división material de 9 de mayo de 1968, sino que se puede prestar posteriormente ratificando lo hecho en dicha escritura; que no considera terceros hipotecarios a los actuales titulares inscritos de los pisos de los 21 bloques, pues precisamente en la nota se dice que aunque no hubiera una segunda transmisión y todos los titulares registrales de los pisos fuesen adquirentes directos de VIRELSA, no pueden quedar perjudicados por el acuerdo de división material adoptado el 2 de septiembre de 1965; que es evidente, y así lo reconoce el recurrente, que la Ley de 21 de julio de 1960 exige el consentimiento unánime

de todos los propietarios de pisos de cada uno de los 21 bloques para llevar a efecto la división material acordada; que nadie duda de la validez de los documentos señalados por el recurrente, pero al haber sido otorgada la escritura de división material casi tres años después del acuerdo de 1965, éste no puede perjudicar a quienes posteriormente al mismo adquirieron e inscribieron sus pisos sin que, ni en el Registro figurase ni en sus escritos conste el acuerdo de la división material de los locales comerciales de los respectivos inmuebles, por lo que no pudieron prestar su consentimiento al mismo; que ciertamente es lamentable, como indica el recurrente, que al amparo del rigor de la Ley, que exige la unanimidad de todos los dueños de cada casa para dividir materialmente un piso o local, se cometan abusos impidiendo modificaciones lógicas o sensatas que a nadie perjudican, puesto que no se altera la superficie ni el coeficiente, pero mientras no sea modificada la Ley, el Registrador ha de exigir su estricto cumplimiento; y que por lo que se refiere a los bloques 95 y 98, no sólo se requiere el consentimiento de ISABLO, S. A., que los adquirió e inscribió a su favor el 29 de mayo de 1967, sino también el de los diferentes titulares a quienes vendió varios pisos que los inscribieron a su nombre.

Resultando que el Notario autorizante del instrumento informó: que para situar adecuadamente el problema planteado hay que partir del análisis de la Ley de Propiedad Horizontal que ha sido ampliamente desbordada en la práctica por la evolución de las soluciones dadas al problema de la vivienda, que tiende a la desaparición del sistema de arrendamiento por un lado y por otro a la planificación de grandes urbanizaciones en que, a más de la comunidad única con calles, zonas verdes, instalaciones comunes al conjunto, etcétera, existen otras comunidades derivadas más limitadas, como bloques, etc., también con elemento comunes vinculados a las mismas; que el Registrador puede decir que cuando existe una norma legal, él tiene obligación de cumplirla, pero parece lógico que cuando se está ante un proceso agudo de evolución de situaciones sociales proceda de una interpretación espiritualista de las normas que, sin quebrantar de modo terminante la letra de la Ley, lleve a resolver los problemas en vez de a crearlos; que la Ley, sólo en su artículo 16, regla 1.^a, habla de unanimidad para la validez de los acuerdos "que impliquen aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los Estatutos, y si un local se divide en varios, sin que haya alteración de los elementos comunes ni cambio en la cuota de participación, no se alteran las reglas del título constitutivo ni se modifican los Estatutos, por lo que, a su entender, el principio de unanimidad no es aplicable al caso planteado; que confirma este criterio el artículo 8 referente a un supuesto especial no comprendido en el artículo 16 ni en el 5.º; que acaso pueda decirse que tal interpretación es espiritualista, pero semejante criterio resulta de varias recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado; que aun suponiendo que la argumentación expuesta careciera de base, es lo cierto que en el orden puramente civil se ha cumplido el principio de unanimidad, por lo que no ofrece duda que, civilmente, el acuerdo de la Compañía propietaria

tiene plena validez jurídica; que se dirá que el acuerdo de VIRELSA llegó al Registro mucho más tarde, cuando ya habían inscrito a su nombre terceras personas adquirentes de pisos, pero eso se debe a que se entendió no era menester registrar el citado acuerdo hasta que se vendieran los locales divididos; que la inscripción que se pretende no origina ningún asiento contradictorio, puesto que se refiere a unos locales que no están inscritos a nombre de terceras personas, sino que continúan registrados a favor de la constructora; que tampoco se produce alteración en la copropiedad sobre elementos comunes ni sobre la cuota de ningún local perteneciente a terceros; que por todo ello la intervención de los que podrían llamarse terceros civiles carece de toda *ratio legis* y de toda razón lógica; que los compradores de pisos, al realizar su adquisición, carecían de personalidad hipotecaria, ni tienen la condición de terceros del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y si pretendieran impugnar la división realizada, que no les afecta, estaríamos ante un caso claro de abuso de derecho; que si la división de los locales cuya inscripción se pretende no llega a realizarse se producirá inevitablemente una discordancia entre el Registro y la realidad, con perjuicio general y sin beneficios para nadie; y que la práctica del asiento que se pretende no origina ninguna clase de responsabilidad, ni reglamentaria ni civil, para el funcionario calificador.

Resultando que el Presidente de la Audiencia, teniendo en cuenta razonamientos de todos los interesados en el recurso, declaró bien denegada la inscripción de la división material de los locales comerciales de los bloques 95 y 98, por el defecto insubsanable de aparecer inscritos a favor de ISABLO, S. A., confirmando parcialmente la nota del Registrador, pero no por el defecto insubsanable señalado, sino por el subsanable de la falta de aprobación de la división de locales mercantiles por la Junta de Propietarios del Inmueble y la fijación de cuotas de participación para los titulares de la propiedad de los locales divididos, para cuya aprobación no es necesaria la unanimidad de los copropietarios, sino del simple voto de la mayoría, de conformidad con el apartado segundo del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, debiendo, en consecuencia, tomarse anotación preventiva de los documentos presentados, a los efectos oportunos.

Resultando que, tanto el recurrente como el funcionario calificador, se alzaron de la decisión presidencial en lo que discrepaba de sus criterios, insistiendo en los razonamientos anteriormente expuestos.

Doctrina.—“Considerando que este expediente plantea la cuestión de si es inscribible una escritura de división material de locales de negocio acompañada de un acta notarial en la que se protocoliza una certificación del Consejo de Administración de la Sociedad, entonces propietaria única de la totalidad del edificio, que transcribe el acuerdo de consentir con arreglo al artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal, el que se dividan los mencionados locales, cuando al presentarse ambos documentos en el Registro aparecen inscritos varios pisos del mismo inmueble a nombre de otros propietarios”.

“Considerando que la posibilidad de dividir los locales comerciales en otros más reducidos e independientes aparece regulada en el artículo 8 de la Ley que exige la aprobación de la Junta de Propietarios para que pueda tener lugar y sin que baste el solo consentimiento de los titulares afectados, pues tales actos no son totalmente ajenos a la colectividad, sino que, como subrayó la Comisión redactora del proyecto legal, las divisiones de locales, aparte “de que pueden significar alteraciones materiales en las cosas comunes y afectar al uso de servicios generales, alteran las estructuras que sirven de base para fijar las cuotas contributivas a la colectividad.”

“Considerando que, de conformidad con lo antes expuesto, existe una armonía entre el requisito exigido en el mencionado artículo 8 de la Ley y lo establecido, entre otros, en los artículos 5-2.º, 7, 10, 14 y, sobre todo, el 15-1.º y 16, pues si no fuera necesario el consentimiento de la Junta de Propietarios para la división de locales, podría aumentarse a través de esta operación el número de aquéllos, con lo que resultaría alterado el quórum necesario para la convocatoria de Junta, para la validez de los acuerdos o el ejercicio de los correspondientes derechos, en perjuicio de los restantes copropietarios.”

“Considerando que en el caso concreto de este expediente, de la lectura del documento calificado aparece que la inscripción de las operaciones realizadas se fundamenta en el hecho de que la división material fue acordada por el entonces propietario único que, por tanto, al reunir el total dominio del inmueble podía autorizar tal división, pero dado que al presentar los documentos en el Registro resultan inscritos algunos o la totalidad de los pisos de los edificios a que pertenecen los locales divididos a nombre de terceras personas, surge un obstáculo derivado de los propios libros registrales que impiden pueda ser tenido en cuenta la certificación expedida por la Sociedad vendedora en fecha anterior a aquellas inscripciones, por las que como única propietaria de los inmuebles autorizaba la división de los locales, ya que en base a los principios hipotecarios de exactitud del Registro y prioridad no pueden desconocerse los derechos de las personas que inscribieron sus títulos con precedencia al de la Sociedad recurrente.”

“Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del Auto apelado, confirmar en todos sus extremos la nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.—Hay en la presente Resolución una aplicación lógica del artículo 8 de la LPH, sobre la base del juego del principio de publicidad del Registro de la Propiedad y la aparición de terceros que no pueden quedar perjudicados por decisiones a las que no han prestado su consentimiento.

Hay que entender que el artículo 8 de la LPH está pensado y redactado para cuando ya ha comenzado a regir el sistema de comunidades sobre los elementos comunes y existen dos o más propietarios titulares de sus respectivas partes indivisas. Esto es, cuando se ha dado el supuesto para el “funcionamiento” de la propiedad horizontal. Digo que debe entenderse así, pues de lo contrario no exigiría el consentimiento de una Junta General de Propietarios “inexistente” en la fase anterior.

En suma, el artículo 8 de la LPH contempla solamente un caso que puede acaecer con posterioridad y no con anterioridad a la existencia de una Junta General de Propietarios. La realidad demuestra que la declaración de obra nueva y la constitución en régimen de propiedad horizontal la suele realizar el constructor o la sociedad constructora, sin que los diferentes pisos de que se compone el inmueble figuren adjudicados a personas distintas del constructor, promotor o sociedad constructora. De ahí que en esa primera fase lo que el constructor o promotor haga no precisa de acuerdo de Junta General, ya que la plena titularidad de esos diferentes pisos están concentrados en una sola mano.

Entendido así dicho artículo 8, es claro que las posibles reservas que sobre este punto se hagan tanto en la escritura de constitución, como en los estatutos, no pueden tener fuerza vinculativa ni afectar a los posibles terceros registrales, ya que violan una facultad de la Junta General que debe entenderse "intocable".

En unos estatutos que recientemente han pasado por mis manos para su calificación he visto el siguiente artículo: "Los muros y los tabiques que separan las viviendas serán de la propiedad común de los condueños de las que sean colindantes, que podrán abrir en ellos huecos e incluso suprimirlos total o parcialmente si los afectados estuvieren de acuerdo".

El problema jurídico que la redacción de este artículo plantea es el de si la norma estatutaria puede prescindir y dejar sin efecto una facultad que legalmente se atribuye a la Junta de Propietarios por el artículo 8 LPH. Si la fuerza constitutiva y normativa de los estatutos fuera de esa índole, creo que podríamos llegar a la conclusión de que esa serie de facultades que la Ley atribuye a la Junta en el artículo 13 podríamos suprimirlas, burlarlas o ignorarlas sobre la base de un artículo estatutario en el que se disponga todo lo contrario.

Toda la doctrina (Escrivá de Romani, Fuentes Lojo, Ventura Traveset, etc.), parte de la base de que el supuesto que plantea el artículo 8 no está previsto en los estatutos, pues parece ser de la exclusiva atribución o competencia de la Junta. Cabría añadir a ese argumento de "competencia" el de que los tabiques que separan las viviendas tienen la consideración de paredes maestras o medianeras, mientras que las que separan habitaciones son simplemente de "panderete". Mientras los primeros son elementos comunes, de todos los propietarios, los segundos son de la exclusiva propiedad de cada dueño.

Debo reforzar este argumento con otro empleado por Pérez Pascual (E.) en su obra "El Derecho de Propiedad Horizontal", el cual viene con sus palabras a denunciar la torpeza jurídica de ese artículo estatutario de que hablamos: "Supongamos que admitamos las titularidades parciales sobre determinados elementos comunes, y que en el caso del tabique divisorio de que antes hablábamos, resultase que en principio pudiera afirmarse que el tabique pertenece a los dos propietarios de los pisos o departamentos colindantes. Pero sucede que en la intercesión con el techo o con el suelo, el tabique ya no pertenece sólo a los colindantes de que hablábamos, sino también a los propietarios de los pisos o departamentos situados encima o debajo de los otros. Ya tenemos en esta línea a seis propietarios. Según esto, como sólo ellos son los propietarios pue-

den quitar el tabique y el suelo para unos y techos para otros, para crear accesos entre los mismos. Con ello desaparece la delimitación física entre las propiedades privativas sin modificar el título de propiedad haciendo los pisos aptos para finalidades que de otra manera no tendrían, con repercusiones incluso en la utilización de otros elementos comunes no prevista al señalar las distintas cuotas de participación de tales elementos. Son muchos los objetos que podrían ponerse en esa situación y que demostrarían, si se admitiera pretensión, las incidencias sobre las propiedades de los restantes propietarios que pretendían tal afirmación. La afirmación a nuestro entender, de que todos los elementos comunes, sean cuales fueren, pertenecen en una sola conjunción de titularidad a todos los propietarios del edificio parece imperativa. Aunque sólo fuera por razones de orden público. De esta manera ningún elemento común puede ser modificado ni alterado si no es con el consentimiento de todos los titulares del edificio...”.

Las cosas así, volvamos a los hechos que dan pie al recurso. La sociedad, propietaria única de la totalidad del edificio, procede, con plena legitimación y capacidad, a dividir los locales comerciales en otros más reducidos e independientes. El acto realizado es plenamente válido e inscribible, pero cuando se pretende inscribir ya no resulta tan válido, ni tan inscribible. Posteriormente a ese acto realizado por la compañía constructora o titular del edificio se procedió a la venta de los pisos a diferentes personas que inscribieron su titularidad y dieron, con ello, paso a que entrase en funciones el requisito del consentimiento de la Junta de Propietarios que establece el artículo 8 de la LPH.

La prioridad es el principio registral que apoya este singular caso de alteración de locales de negocios que, válidamente celebrado, no puede ser inscrito por haberse retrasado en la petición de acceso registral. Prescindiendo aquí, pues no es del caso, si los adquirentes posteriores de los pisos tienen o no la condición de terceros, lo que sí es cierto es que por virtud del artículo 8 de la LPH su consentimiento es preciso para que esa alteración sea válida y pueda inscribirse en el momento en que se solicita.

La previsión notarial —cosa que aquí no sucedió— suele, en estos casos de alteraciones, prever la entrada en juego del artículo 8 de la LPH y en cada venta de pisos al comprador se le hace prestar consentimiento al acuerdo adoptado de modificación, lo cual viene a convertir dicha escritura de venta en una en la que al mismo tiempo que se celebra el negocio traslativo, se ratifica lo realizado con anterioridad. La falta de previsión en este caso provoca la cuestión que da lugar al recurso y que, por su simplicidad, no debió nunca llegar a formularse.

La Dirección General, aparte de los argumentos que se deducen de lo dicho, relaciona el artículo 8 de la LPH con otros de la misma Ley y que vienen a reforzar todo lo anteriormente dicho. Hay una armonía, dice la Dirección, entre el artículo citado y lo establecido en los artículos 5, 2.º (referente a la fijación de cuotas), 7 (referente a las modificaciones que cada propietario puede hacer en cada piso y en el resto del inmueble), 10 (relativo a las innovaciones, instalaciones, mejoras y servicios), 14 (delegación expresa en obras extraordinarias y de mejora), 15, 1.º (reu-

niones de Juntas) y 16 (criterios de unanimidad). De otra forma, podría aumentarse el número de propietarios, con lo que resultaría alterado el "quorum" necesario para la convocatoria de la Junta, en perjuicio de los restantes propietarios.

Aún, y a pesar de las alegaciones hechas por el Notario interviniente en la escritura que da base al recurso, entiendo que la solución es lógica, pues no puede descargarse en la actuación del funcionario calificador todo el gran peso de "una interpretación espiritualista de las normas" aun y a pesar de estar en "un proceso agudo de evolución" para llegar a "resolver problemas en vez de crearlos". Es curioso que este informe notarial desplaza —al estilo de las presunciones— la carga de las responsabilidades. Es fácil decir "sea usted espiritualista, cuando yo no lo he sido". En la labor de asesoramiento del funcionario público autorizante de la escritura debió comprenderse el caso que el recurso plantea: Si ustedes hacen esto, tengan en cuenta que si no lo inscriben inmediatamente puede suceder que aparezcan nuevos titulares y, si estos no prestan su consentimiento, el acto realizado será difícil que acceda al Registro. Entiendo que sobran esas frases de ese informe, pues con ellas se exigen actuaciones de "lege ferenda" a supuestos que no se han sabido prever en la "lege data".

La situación era tan clara, tan lógica y tan ajustada a la norma que solamente plácemes debe recibir la Dirección al haber confirmado la nota del Registrador. Es evidente que la legislación sobre propiedad horizontal tiene defectos, pero creo que es poco ético pensar que sea el funcionario calificador el que deba resolverlos, cuando la ley se lo impide. De todas formas ese desplazamiento de "soluciones" no hace más que reconocer que la "calificación" sigue siendo "techo" en ese proceso decantador de valideces jurídicas.

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDAD ANÓNIMA: DELEGACIÓN DE FACULTADES.—ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE DELEGACIÓN DE FACULTADES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN OTORGADA CON POSTERIORIDAD A LA DE CONSTITUCIÓN SOCIAL Y CUANDO TODAVÍA ESTA ÚLTIMA, NO SE HABÍA INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL (Resolución de 16 de junio de 1973. *Boletín Oficial del Estado* de 10 de julio.)

Hechos.—Resultando que por escritura autorizada en Madrid por el Notario recurrente el 22 de mayo de 1972, se constituyó la Compañía Mercantil "Tecnileasing, S. A.", en la que consta que en la misma fecha se celebró Junta Universal nombrando el primer Consejo de Administración y la aceptación del cargo por los nombrados, escritura que fue presentada en el Registro Mercantil el día 1 de septiembre de 1972 e inscrita el 27 de octubre del mismo año; y que por otra escritura autorizada por el mismo fedatario el 27 de julio de 1972 se protocolizó y elevó a documento público un acuerdo adoptado el 16 de junio anterior por el Consejo de Administración con asistencia y voto favorable de la totalidad de los componentes del mismo, en virtud del cual se delegaban en de-

terminado consejero las facultades de ostentar la representación jurídica de la Sociedad y la mayor parte de las ordinarias de gestión.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de esta última escritura, fue calificada con la siguiente nota: "No admitida la inscripción del presente documento por el defecto insubsanable de realizarse la delegación de facultades objeto del mismo en el Consejero del Consejo de Administración con anterioridad a la presentación de la escritura fundacional en el Registro Mercantil y atribuirse en dicho documento facultades representativas de una Sociedad que al no hallarse inscrita tiene sin terminar su proceso constitutivo y por ello no adquirido el rango de persona jurídica, criterio sustentado que se apoya en lo dispuesto en los artículos 6 en relación con el 9 de la Ley, estimándose que en ese tipo de Sociedad, los designados como administradores en la escritura social no adquieren legalmente dicho carácter ni quedan investidos de la función administrativa en sentido técnico-jurídico, hasta que la citada escritura quede inscrita en el Registro Mercantil. Realizada ya al presente la inscripción de la Sociedad, la aprobación por la misma de la delegación objeto del documento se considera suficiente para que la referida delegación sea inscrita en este Registro".

Resultando que el Notario autorizante de la escritura —que formalizó por razones de urgencia la ratificación requerida por el Registro para la inscripción, que quedó hecha— interpuso, a efectos exclusivamente doctrinales, recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la nota supone una inconsecuencia en el criterio del Registrador, puesto que en igual situación se encuentra el acuerdo de la Junta General Universal nombrando —en la misma escritura fundacional— los componentes del Consejo de Administración, ya que dicho acuerdo se tomó el 22 de mayo de 1972, fecha anterior a la presentación de la escritura constitucional en el Registro Mercantil, que tuvo lugar el 1 de septiembre, lo que no fue obstáculo para que se practicase en su día la inscripción correspondiente; que generalizando más se puede decir que todo acuerdo que venga a completar o coronar el proceso social con el nombramiento de Consejo, determinación de puestos rectores y delegación de facultades, tendrá sin excepción las características de haber sido adoptado, tomado o realizado, con anterioridad a la presentación de la escritura de constitución de la Sociedad, en el Registro Mercantil; que para adaptarse a las ideas sobre este particular contenidas en la nota, habría que actuar con extrema rapidez, presentando la escritura en el Registro el mismo día en que se toman los acuerdos, y si el tiempo se cuenta por minutos, siempre precederá el acuerdo a la inscripción registral; que en la práctica no sucede así, sino que basta para poder inscribir los acuerdos que se tomen, con que esté abierta la correspondiente hoja registral; que la nota recurrida tiene un concepto muy estricto y reducido de lo que, en buena terminología, se llama proceso constitutivo de una sociedad; que la fundación simultánea lo es si se establece comparación con el laborioso proceso de la fundación sucesiva, pero tal simultaneidad no quiere decir que sea instantánea, sino que puede realizarse con un breve esparcimiento temporal; que la nota carece también de fundamento legal y los preceptos alegados no condu-

cen al resultado pretendido; que según el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla, y sin embargo, si por ejemplo una sociedad se constituye en escritura de 1 de enero y el nombramiento de aceptación de cargos el mismo día o el siguiente, retrasándose la presentación en el Registro hasta el 15 de febrero por causa de la liquidación fiscal, resultará que el citado acuerdo está adoptado mes y medio antes de la presentación de la escritura en el Registro Mercantil; que el razonamiento vale lo mismo para el nombramiento de consejeros que para la designación de un Consejero-Delegado, puesto que no existe diferencia sustancial entre ambos supuestos, ni la nota pone su acento en este punto, sino que mantiene una tesis con carácter general; y que, finalmente, la nota trata de extraer consecuencias no derivadas, en buena interpretación de los artículos 6 y 9 por ella invocados, puesto que en toda interpretación hay que rechazar cualquier criterio que conduzca al absurdo, debiendo tenerse en cuenta el elemento lógico tanto como el sistemático.

Resultando que los cotitulares del Registro Mercantil acordaron mantener la calificación impugnada por los siguientes fundamentos: que en el proceso formativo de la Sociedad Anónima se distinguen claramente dos momentos diferenciados: el otorgamiento de la escritura social y la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, fórmula que tiene su expresión legal en el artículo 6.º de la Ley cuando afirma que la sociedad anónima se constituirá mediante escritura pública que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, añadiendo que desde ese momento la sociedad tendrá personalidad jurídica; que el empleo de las palabras "desde ese momento" elimina totalmente para los comentaristas las dificultades que había mostrado la exégesis de los artículos 116 y 119 del Código de comercio; que en orden a la calificación técnica de la sustancia jurídica existente a partir del otorgamiento de la escritura hasta su inscripción en el Registro, puede afirmarse que aun siendo evidente que el artículo 6.º atribuye a la inscripción carácter constitutivo, esto no puede llevar a la afirmación de que mientras tanto la escritura es como si no existiese, pues evidentemente sus efectos obligacionales entre los otorgantes son innegables (artículos 13, 26 y 27 de la Ley y Sentencias de 6 de febrero de 1964 y 31 de mayo de 1969); que hay que hacer constar que en el supuesto contemplado, los contratos que se celebren por la sociedad inter partes antes de su inscripción, sólo pueden ser aquellos que tengan por objeto el funcionamiento de la futura entidad (compra o amueblamiento de locales, adquisición de maquinaria, arrendamientos, transportes, contratación de servicios, etc.), habiendo sido asimilada por la doctrina tal actuación a la gestión de negocios en favor de un futuro certero y, en consecuencia, no quedando obligada la sociedad sino cuando de acuerdo con el artículo 7.º los acepte o ratifique; que aun cuando en principio parece que las operaciones de una sociedad anónima deben dar comienzo cuando su proceso constitutivo esté terminado por haberse inscrito la escritura en el Registro Mercantil, es práctica corriente consignar en las escrituras sociales que la sociedad dará comienzo a sus operaciones

en el día del otorgamiento de aquélla, produciéndose como consecuencia que la sustancia jurídica existente desde el otorgamiento de la escritura hasta su inscripción registral adquiriera mayor densidad, pero sin que produzcan su plena eficacia hasta que la sociedad, una vez constituida con personalidad jurídica, con conocimiento de causa, se decida por la aceptación o repudio de los actos o contratos realizados en el intermedio; que analizando como cuestión previa la teoría del órgano aplicada a las sociedades anónimas, resulta eliminada la relación contractual, debiendo configurarse como un acto unilateral de atribución de poderes a un sujeto físico para que actúe en nombre de la persona jurídica de conformidad con lo que establezcan los estatutos sociales, sin perjuicio de que los consiguientes efectos no se produzcan hasta la aceptación del cargo; que una cosa es la relación interna de los órganos de gestión y otra sus facultades representativas de cara al exterior (artículos 72 y 76 en relación con el apartado h) del número 3 del artículo 11 de la Ley); que también es de tener en cuenta la distinción formulada por la doctrina entre el órgano y el portador de tal cualidad, a la que se puede encontrar base en nuestra legislación (artículos 15, letra c) y 71 de la Ley); que según la Ley, la gestión y representación de la sociedad corresponde al Consejo de Administración y tratándose en el presente caso de una delegación de facultades otorgadas por un Consejo nombrado en la escritura fundacional, pero realizada en documento posterior y sin que se hubiese presentado en el Registro la primera —por tanto antes de que a sociedad adquiriese el rango de persona jurídica—, se hace preciso abordar frontalmente la argumentación del recurrente, lo que pondrá de manifiesto la inconsistencia de la misma; que las afirmaciones del recurrente de otorgarse trato distinto a los acuerdos de la Junta y del Consejo de Administración cuando son adoptados en la escritura fundacional o en reunión posterior, pero antes de la presentación en el Registro de la escritura social, que por carecer de defectos se inscribió dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, carecen de fundamento, siendo lo que ocurre, que hasta que se inscribe la escritura en el Registro, el Consejo de Administración no adquiere legalmente tal carácter; que, en consecuencia, las personas designadas Administradores en la escritura social no tienen tal condición hasta que la escritura fundacional se inscribe en el Registro, consiguiendo desde esa fecha el rango de Consejeros provisionales, dado que su nombramiento ha de ser sometido a la aprobación de la primera Junta General, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley; que completando lo expuesto hay que afirmar que cuando por la escritura fundacional se establece que la sociedad dará comienzo a sus operaciones el día del otorgamiento de la escritura o en cualquier otra fecha anterior a la de su inscripción en el Registro, los contratos celebrados por delegación o representación del Consejo antes de la inscripción y referentes al tráfico de la empresa, quedan también sometidos a lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley, habiendo declarado en este sentido la Resolución de 27 de febrero de 1970, que tales contratos alcanzarán plena eficacia si el proceso constitutivo llega a feliz término y la sociedad los ratifica en tiempo hábil, con lo que pone de manifiesto la consideración de gestores que la Ley asigna a la personas que en nom-

bre de la sociedad contrataron con ella; que al establecer el artículo 6.º de la Ley que la sociedad anónima desde el momento de la inscripción tendrá personalidad jurídica, evidencia que a partir de tal fecha tendrá plena capacidad, tanto en la esfera interna como en la externa, pudiendo realizar en esta última toda clase de actos y negocios jurídicos; que así lo reconocen unánimemente la doctrina y la jurisprudencia; que, en consecuencia, ha de concluirse de modo necesario que, no existiendo la sociedad como persona jurídica antes de su inscripción registral, los actos realizados en representación de la misma durante el período que se extiende desde el otorgamiento de la escritura social hasta su inscripción en el Registro Mercantil, en la esfera externa han de ser considerados jurídicamente inexistentes, que es lo que se ha hecho en el presente caso; que si el Registrador, en el ejercicio de su facultad calificadora, no hubiese cerrado con su nota denegatoria el acceso al Registro de la referida escritura, se habría habilitado al Consejo de una apariencia de título que le permitiría realizar una serie de operaciones jurídicas, con los incontables perjuicios que tal situación podría acarrear; que los motivos de índole económica invocados por el recurrente al referirse al atraso que con frecuencia se produce en la liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales, no puede ser tenido en cuenta en un enjuiciamiento técnico jurídico de la cuestión debatida, máxime cuando pueden ser paliados con la presentación en el Registro de la copia de la escritura, sin perjuicio de su retirada inmediata a efectos de la satisfacción del referido impuesto, con lo cual dispondrían de un plazo de sesenta días hábiles para otorgar los documentos que estimasen procedentes, los cuales serían inscribibles si la escritura de constitución lo fuere dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, que incluso podría ser ampliado; que si con anterioridad a la fecha de inscripción de la escritura social en el Registro Mercantil, ni existe sujeto de derecho, ni órgano de la persona jurídica, ni, por consiguiente, posibilidad de actuar, se llega al resultado ineludible de considerar como defecto insubsanable el realizarse la delegación de facultades en un miembro del Consejo de Administración en fecha anterior a la presentación de la escritura fundacional en el Registro Mercantil, atribuyéndole potestades representativas de una sociedad que al no hallarse inscrita tiene sin terminar su proceso constitutivo; que por lo expuesto, las referencias hechas en la nota a los preceptos legales que se cita, no puede considerarse en modo alguno extemporáneo, ni se trata de extraer de ellos consecuencias no derivadas de una buena interpretación de los mismos, como se dice en el escrito de interposición del recurso; que si en la nota se ha empleado la palabra "realizar", no ha sido por ignorar la existencia de otros términos de más frecuente uso, como otorgar o conferir, pero se ha preferido el vocablo utilizado por estimarlo más expresivo y de sentido más plástico, que nada arguye en pro de la tesis del recurrente la cita del artículo 62 de la Ley, porque, como ha quedado debidamente demostrado, los administradores y por tanto los miembros del Consejo de Administración nombrados en la escritura social, no adquieren legalmente tal carácter hasta que por la inscripción de la misma en el Registro la sociedad se configura como sujeto de Derecho, dado que anteriormente no existe posibilidad de aceptar

un cargo desprovisto del contenido legal que la Ley le asigna; que en el caso de tratarse de administradores nombrados con posterioridad a la inscripción en el Registro de la escritura fundacional, a los que parece referirse específicamente el precepto comentado, se trata de supuestos que caen fuera del área de las cuestiones planteadas en este recurso; que al establecer nuestro Código civil en su artículo 1.259 que los contratos celebrados en nombre de otros por quien no tenga su autorización o representación legal serán nulos a no ser que los ratifique la persona a cuyo nombre se otorguen, antes de ser revocados por la otra parte, ha de reconocerse que el citado precepto expresa con mayor o menor fortuna la esencia de la ratificación que después de algunas vacilaciones ha sido perfilada con sentido técnico por la jurisprudencia, de cuyas declaraciones se desprende la inexistencia del acto hasta que la ratificación no aporte el consentimiento de la persona en cuyo nombre se celebró el acto jurídico; que en el caso presente no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 7, que admite una aceptación tácita, debiendo hacerse constar que si la delegación de facultades ha de ser otorgada en escritura pública, la misma forma debe observarse en su ratificación; que por el Registro se ha seguido un criterio abierto en orden a la determinación del órgano social a quien corresponde otorgar la ratificación, por lo cual el Registrador se ha seguido un criterio abierto en orden a la determinación del órgano social a quien corresponde otorgar la ratificación, por lo cual el Registrador se limitó a consignar en la nota la exigencia de la aprobación por la sociedad.

Doctrina.—“Considerando que este expediente plantea la cuestión de si procede o no la inscripción de una escritura por la que el Consejo de Administración de una Sociedad delegaba sus facultades en uno de los Consejeros y que fue autorizada antes de la fecha en que se inscribió la de constitución de esa misma Sociedad en el Registro Mercantil.”

“Considerando que la documentada argumentación del funcionario calificador acerca del carácter constitutivo que tiene la inscripción de Sociedades en el Registro Mercantil no es puesta en tela de juicio por el recurrente, ya que el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, confirmado además por el 9, claramente lo establece e indica que hasta ese momento la Sociedad no tendrá personalidad jurídica, con la consecuencia de que los contratos concluidos en su nombre antes de la inscripción, de conformidad con el artículo 7, sólo serán válidos si la propia Sociedad los acepta dentro del plazo de tres meses a partir de aquella fecha mediante la oportuna ratificación.”

“Considerando que, ello no obstante, esta norma del artículo 7 que tiende a evitar que hasta tanto la Sociedad haya nacido se vea en el trance de asumir obligaciones que puedan ser exorbitantes, contraídas por los gestores, a los que por eso se hace solidariamente responsables, no parece deba ser extendida a supuestos no comprendidos dentro de la prevención legal, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un acto de regulación del régimen interno de la Sociedad, con señalamiento de las facultades que han de corresponder a uno de los Administradores, y en el que el lugar adecuado puede ser la propia escritura de fundación simultánea de la Sociedad, en la que los socios fundadores constituidos en

Junta Universal acuerdan ya los nombramientos y funciones que han de corresponder a los futuros Administradores, así como las restantes normas por las que la Sociedad puede gobernarse, y que forzosamente han de autorizarse antes de la inscripción, ya que ésta es —y no lo podía ser de otra manera— la pauta seguida en el mismo artículo 6 de la Ley, al señalar como primer escalón la escritura pública en la que se indique el régimen de la Sociedad y después la inscripción en el Registro Mercantil.”

“Considerando el hecho de que la delegación de facultades no se haya realizado en la misma escritura de constitución no es obstáculo para que verificada con posterioridad, y por idéntica razón pueda tener acceso al Registro una vez esté ya inscrita la escritura fundacional.”

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

Consideraciones críticas.—Esta Resolución, que plantea como problema fundamental la validez de unos actos realizados por el Consejo de Administración de una Sociedad “pendiente” de inscripción en el Registro Mercantil, dio lugar a cierto “consejillo” de la plantilla de comentaristas de la “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, siendo uno de ellos el que me formulara y pidiera opinión. Las contestaciones “en directo” normalmente no suelen ser buenas, sobre todo cuando no se conoce a fondo el problema y las circunstancias que lo rodean, pero sí debo reconocer que entonces opiné, ante el presunto fantasma de la sociedad irregular, que la opinión que debería prevalecer era la sostenida por el criterio calificador.

Ahora me he leído a fondo la Resolución y sus hechos, así como los argumentos empleados por las dos partes contendientes —Notario y Registradores— y veo que puede haber resquicios en los que apoyarse para defender una postura no tan rígida y dura como la anterior. Hay un hecho, aunque no aparece muy claro en el resumen de los mismos, que me decidió a tomar otros rumbos: la escritura de nombramiento y delegación de facultades que se califica de insubsanable por haber sido realizada con anterioridad a la presentación de la escritura fundacional es rechazada cuando aún estaba pendiente el asiento de presentación de la escritura constitutiva de la Sociedad citada. Esto tiene que ser de esta forma por el juego de fechas que se relatan en los hechos y que sólo citan las fechas de presentación y despacho de la escritura constitucional y la del otorgamiento de la que se declara con defectos insubsanables. Ahí es donde puede estar la razón del fallo y la equidad de la solución.

Como quiera que en estos comentarios lo único que se pretende es, con espíritu crítico, ir confirmando o denegando las razones jurídicas del fallo, vamos a destacar las dos posiciones que se enfrentan en la lucha: las de los que estiman la imposibilidad de la inscripción y la de los que consideran viable la misma.

Antes de afrontar ambas posiciones sí creo que es conveniente precisar que la problemática se plantea no en el campo estrictamente formal de la presentación en el libro Diario, sino en el especulativo de la validez de un acto realizado cuando la Sociedad Anónima aún carece de personalidad jurídica. Es decir, lo que se discute es un problema de fondo que viene a estar vinculado con el de las “sociedades irregulares”.

A. Viabilidad de la inscripción

La argumentación para defender esta postura es partir de la base de que el acto de delegación de facultades es válido y, por tanto, inscribible. Las alegaciones que hace el Notario —en un recurso planteado única y exclusivamente a efectos doctrinales, pues se sometió a la decisión registral de la ratificación— son de varia índole, pero en ellas prevalece la argumentación apoyada en razones de sentido práctico basada en el desfase que supone el otorgamiento de escritura pública, el nombramiento de los componentes del Consejo de Administración y la delegación de facultades y la presentación de los documentos que así lo acrediten. Esto es, si estos actos se realizan antes de que la escritura constitutiva llegue al Registro parece haber una laguna en la que una sociedad inexistente jurídicamente procede a la realización de unos nombramientos que sólo pueden surtir efectos una vez se haya practicado la inscripción de la sociedad correspondiente. El Notario defiende que todo acuerdo que venga a completar o coronar el proceso social con el nombramiento del Consejo, determinación de puestos rectores y delegación de facultades, tendrá la característica de haber sido adoptado con anterioridad a la presentación de la escritura de constitución, lo cual parece inadmisibles.

La Dirección General, aun reconociendo que los artículos 6 y 9 de la Ley de Sociedades Anónimas dan como “momento” crucial la inscripción para entender existente la Sociedad, estima que el artículo 7 de la misma Ley, en el que se exige el requisito de la ratificación social, no parece debe ser extendido a supuestos no comprendidos dentro de la prevención legal, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un acto de regulación del régimen interno de la Sociedad y que el primer escalón de la fase constitutiva es la escritura, en la que se indica el régimen de la Sociedad, y después la inscripción en el Registro Mercantil.

Creo que la solución del caso debe residir en el encuadre que al hecho de la delegación debemos atribuir, o lo que es lo mismo, si tal delegación es o no encuadrable dentro de lo que podríamos llamar “acto fundacional”. De la redacción de los artículos que rigen la actual Sociedad Anónima se puede decir muy poco. No obstante, vemos que el artículo 11, 3, letra h) exige en la escritura constitucional “la designación del órgano u órganos que habrán de ejercer la administración y el modo de proveer las vacantes que en ellos se produzcan, indicando quién ostenta la representación de la sociedad”.

A ello hay que añadir que si los estatutos o un acto posterior de nombramiento y aceptación en Junta Universal designó los miembros del Consejo de Administración, la Ley, en su artículo 78, estima debidamente “constituido” el Consejo cuando concurren a la reunión el “quorum” que se establece, pudiendo, conforme al artículo 77, proceder a la designación de “comisión ejecutiva” y uno o más “Consejeros delegados”.

La problemática es difícil de solucionar desde ese punto de vista “fundacional”, aunque merecería la pena insistir en este punto y profundizar en ello. La existencia de una Sociedad, perfectamente constituida, exige o parece exigir que a falta de previsión estatutaria se convoque una Junta General para que en ella se nombren los Consejeros y se proceda, por ese

Consejo de Administración a la delegación de facultades, lo cual, en el orden práctico, retrasaría enormemente la actividad social que exigiría esperar al momento de la inscripción y posteriormente al otorgamiento de las escrituras pertinentes y su correspondiente liquidación e inscripción. La fase constitutiva de la Sociedad Anónima creo que debe configurarse como un supuesto de "nasciturus" o de concebido y no nacido, pues si bien la persona jurídica sólo adquiere esa condición desde que, con arreglo a derecho, hubiera quedado válidamente constituida (artículo 35, 1.º C. c.), así también el nacimiento del concebido determina su personalidad, aunque se presuma su nacimiento para todos los efectos que sean favorables (artículo 29 C. c.). Para mí es clave el artículo 627 del mismo Código civil, en el cual se estiman válidas las donaciones hechas a los concebidos y que son aceptadas por sus legítimos representantes como si se hubiera verificado ya su nacimiento. Esto es, para que un "concebido" no pierda una donación se finge por la ley que ha nacido y la representación legítima que le podría corresponder acepta por él la donación. En la Sociedad es más fácil: antes de nacer, el Consejo de Administración decide delegar sus facultades en una persona para que en su día pueda representar a una sociedad aún no nacida. Aquí no hay negocio jurídico de aceptación de liberalidades, sino fijación de representación para el caso de que surja la sociedad. En todo caso sería una representación condicionada, al estilo del artículo 1.259 del Código civil.

Más que razones de analogía, difíciles de encajar en el supuesto, creo que debe prevalecer el criterio de lógica jurídica, pues al fin y a la postre personas jurídicas y personas físicas están agrupadas en el Código civil en un Título II, capítulos I y II, bajo el epígrafe genérico del "nacimiento y la extinción de la personalidad civil".

B. *Imposibilidad de la inscripción*

Es la tesis que defienden a ultranza los Registradores calificadoros del documento. Su tesis podría resumirse en una idea central, simple, pero muy clara: si la Sociedad Anónima no existe, por la falta de inscripción, es imposible hablar de que exista Consejo de Administración y de que el mismo pueda delegar sus funciones.

Creo que uno de los argumentos contundentes de esta tesis es la idea de la personalidad jurídica que arrastra en su consecuencia la de la inexistencia del Consejo de Administración para ejercer ciertas actividades. No obstante, hay que tener muy en cuenta el artículo 72, 2 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el cual se dispone que el "nombramiento de los Administradores surtirá efectos desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción...". El problema es "cuándo debe ser presentado a inscripción", si antes de la constitución social (lo cual supondría un defecto subsanable mientras no se inscribiese la sociedad) o después de constituido el ente social, lo cual supondría la exigencia de una personalidad jurídica para el nombramiento de los órganos que han de regir la gestión y representación social.

La serie de interrogantes que el supuesto plantea no pueden inclinar balanzas en favor de una u otra solución, pero sí creo que el haberse encerrado el criterio calificador en una postura extremadamente doctrinal

en torno a la personalidad jurídica ("documentada argumentación del funcionario calificador", dice la Resolución) ha restado enormemente razones que avalen la solución contraria. En la ley había base para haber podido utilizar, aparte de los artículos 6, 7 y 9, otros muchos que permiten interpretaciones amplias por su redacción poco precisa.

TIRSO CARRETERO (Comentario a esta misma Resolución en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", noviembre-diciembre 1973, pág. 1.529) aporta un argumento bastante contundente que no supieron en su día utilizar los Registradores en su calificación y que de haberlo utilizado la Dirección hubiera tenido que retorcer mucho los argumentos para poder dar la razón al Notario recurrente a efectos "doctrinales". El citado autor hace alusión al artículo 95 del Reglamento del Registro Mercantil que impide la admisión de cualquier documento de los comprendidos en el artículo 86 del mismo (nombramiento y cese de administradores) sin que conste su inscripción en el Registro Mercantil. Es claro que en este caso la falta previa de su inscripción impedía la escritura de "delegación" de facultades.

Suele suceder en esta serie de recursos que la simplicidad de un argumento lógico solamente puede destruirse utilizando todos los medios que la técnica registral ofrece y más cuando el supuesto ofrece unas posibilidades "éticas" de solución sin llegar a esa frontera en la que la discusión y aportación de argumentos ha de encomendarse a un tercero para que sea el que decida en última instancia.

SOCIEDAD ANÓNIMA: REDUCCIÓN DE CAPITAL SOCIAL Y MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS.—NO ES INSCRIBIBLE EN UNA ESCRITURA DE MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS LA CONTRADICCIÓN ENTRE DOS DE SUS PRECEPTOS, SOBRE ASISTENCIA Y VOTACIÓN EN LA JUNTA GENERAL DE LA SOCIEDAD. (Resolución de 13 de octubre de 1973. Boletín Oficial del Estado de 6 de noviembre.)

Hechos.—Resultando que por escritura otorgada en Burgos ante el Notario don José María Mur, el 24 de diciembre de 1964, se constituyó la Compañía Mercantil "Sociedad de Comercialización de Productos Agrícolas Ganaderos y Forestales, S. A.", que se inscribió en el Registro; que su capital social fue de 75.000.000 de pesetas, representado por 15.000 acciones ordinarias de 5.000 pesetas nominales cada una, que fueron suscritas por los accionistas y enteramente desembolsadas; que por otra escritura autorizada por el mismo Notario el 2 de octubre de 1969 se amplió el capital social modificándose, en consecuencia, el artículo 5.º, de los Estatutos; que inscrita esta escritura en el Registro, el texto entonces vigente de los artículos 5.º, 12 y 23 de los Estatutos, era el siguiente: "Artículo 5.º: Capital social.—El capital social se fija en ciento cincuenta millones de pesetas, representado por treinta mil acciones ordinarias de cinco mil pesetas nominales cada una, que confieren a sus titulares la condición de socio y le da derecho a la parte proporcional del capital social y de las ganancias que la Sociedad obtenga, así como del Patrimonio resultante en caso de liquidación. Estas acciones serán nominativas y sus títulos estarán nume-

rados correlativamente del uno al treinta mil, firmadas por el Presidente y el Secretario del Consejo de Administración, quienes firmarán también las matrices del libro-talonario del que aquéllas han de desprenderse." "Artículo 12: Los accionistas que ostenten participación superior a cincuenta mil pesetas desembolsadas, tienen derecho a asistir con voz y voto a las Juntas Generales de la Sociedad y a elegir y ser elegidos para el desempeño de cualquiera de los cargos del Consejo de Administración o Junta. Quienes no reúnan la cifra de capital antes fijada podrán agruparse a los fines antes citados." "Artículo 23: Cada diez acciones da derecho a un voto y los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos. Mas cuando se trate de algunos de los asuntos enumerados en el segundo párrafo del artículo anterior, la válida adopción del acuerdo requerirá el "quorum" de dos tercios de los votos presentes o representados en la Junta"; y que en cumplimiento de acuerdos adoptados en Junta General Extraordinaria de la citada Sociedad, celebrada en segunda convocatoria el 30 de agosto de 1972, se otorgó escritura el 29 de diciembre del mismo año ante el Notario de Burgos don Germán Cabrero Gallego, en la que, como consecuencia de pérdidas, se redujo el capital social en 147.000.000 de pesetas, fijándolo en tres millones, mediante la disminución del valor nominal de cada una de las treinta mil acciones en cuatro mil novecientas pesetas, quedando en su consecuencia el nominal de cada acción en cien pesetas, modificándose el texto de los artículos 5.º, 12 y 23 de los Estatutos, que quedaron con la siguiente redacción: "Artículo 5.º: El capital social se fija en tres millones de pesetas, representado por treinta mil acciones ordinarias de cien pesetas nominales cada una completamente desembolsadas. Las acciones serán al portador y los títulos estarán numerados correlativamente siendo firmados por el Presidente y el Secretario del Consejo de Administración, quienes firmarán también las matrices del libro talonario del que aquéllos han de desprenderse". "Artículo 12: Tienen derecho a asistir con voz y voto a las Juntas Generales de la Sociedad los accionistas tenedores de diez o más acciones de la Sociedad, cualquiera que fuese el nominal de las mismas; quienes no reúnan el número de acciones antes citado podrán agruparse a los fines expresados". "Artículo 23: Los acuerdos se tomarán por mayoría de votos correspondiendo un voto por cada 50.000 pesetas nominales".

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con Nota del tenor literal siguiente: "Presentado este documento en unión de testimonio de los anuncios indicados para convocatoria de la Junta General, expedido el día ocho del corriente mes por el mismo Notario autorizante de esta escritura, se deniega su inscripción por existir contradicción en cuanto al derecho de voto en la nueva redacción dada a los artículos 12 y 23 de los Estatutos; de ello resulta no constar exactitud el número mínimo de acciones que es necesario poseer para tener derecho a votar en las Juntas Generales, como para estos casos exige el artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas. El defecto se estima insubsanable".

Resultando que don Antonio de Santiago Díaz Güenes, en representación de la citada Sociedad, interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que realmente

no existe contradicción entre los artículos 12 y 23 de los Estatutos, sino que más bien se complementan al regular el ejercicio de dos diferentes derechos del accionista, cuales son el de asistencia a las Juntas y el voto en las mismas, siendo claro que quien carece del primero carece del derecho de votar; que según el artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas, cada acción por sí sola concede a su legítimo tenedor una serie de derechos mínimos y necesarios de carácter abstracto, entre ellos el de votar en las Juntas Generales "cuando se posean el número de acciones que los Estatutos exigen para el ejercicio de este derecho"; que, por tanto, si bien la acción no puede ser privada del derecho de voto que lleva inherente, sí pueden los Estatutos limitar el ejercicio de dicho derecho exigiendo un mínimo de acciones para poder votar; que haciendo uso de tal facultad, la nueva redacción del artículo 23 estatutario establece que corresponde un voto a cada cincuenta mil pesetas nominales; que puesto que la Ley no distingue, da igual establecer la señalada limitación en relación al número de acciones poseídas o a un nominal mínimo de dichos títulos; que es antecedente necesario del derecho al voto el de la asistencia a las Juntas, que puede revestir dos modalidades: asistencia con voz y voto y asistencia con voz pero sin voto, frecuente en los Administradores que no son accionistas; que la asistencia con voz y voto es la que corresponde a todos los accionistas, pero puede ser limitada en su ejercicio al poder exigirse por los Estatutos un mínimo de acciones para poder emitirlo, como reconoce el artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas; que haciendo uso de dicha facultad, el artículo 12 de los Estatutos dispuso en su actual redacción que "tienen derecho a asistir con voz y voto a las Juntas Generales de la Sociedad los accionistas tenedores de diez o más acciones de la Sociedad, cualquiera que fuese el nominal de las mismas..."; que de lo expuesto resulta claro que no hay contradicción alguna entre ambos preceptos, pues mientras el artículo 12 exige un mínimo de diez acciones para poder asistir a las Juntas, el 23 establece la cantidad de cincuenta mil pesetas nominales para tener derecho a voto; que la citada dualidad de limitaciones al derecho de asistencia y de voto es perfectamente válida, puesto que lo permite la vigente Ley de Sociedades Anónimas en sus artículos 38 y 39; que no existe inexactitud en el número de acciones que es necesario poseer para tener derecho al voto, al estar determinado el valor nominal de cada acción, en función del cual puede deducirse el número de títulos precisos para componer el importe señalado; que si hay ahora contradicción, igual existiría antes, pues lo mismo da referirse a acciones por un determinado valor o a un valor sabiendo el que cada acción representa; que la modificación de Estatutos en este punto vino impuesta por la reducción del capital social y la nueva valoración de las acciones en cien pesetas, lo que exigiría la posesión de quinientas acciones para poder asistir a las Juntas, siendo así que la mayoría de los accionistas no eran propietarios de tal cantidad; que con la actual redacción todo accionista que antes tenía derecho a asistir a las Juntas lo conserva ahora con la sola diferencia de que deberá agruparse con otros si no alcanza por sí solo el mínimo de 50.000 peseta exigido para poder votar; y que como fundamentos de derecho señalaba los artículos 38 y 39 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que del texto de los artículos 38 y 39 de la Ley de Sociedades Anónimas resulta incuestionable que para que la limitación del derecho de voto surta efecto debe constar en los Estatutos el número de títulos que el accionista debe poseer para poder ejercitarlo personalmente en las Juntas Generales, sin que haya inconveniente en que en vez de expresar el número de acciones se haga constar el mínimo de capital social que se precisa poseer, fórmula quizá más apropiada para Sociedades con acciones de distinto valor nominal según las series de las mismas; que las limitaciones a los derechos de asistencia y voto que permiten las Disposiciones legales es normal establecerla como se ha hecho en el presente caso; que la contradicción existe al decir el artículo 12 de los Estatutos que “tienen derecho a asistir con voz y voto a las Juntas Generales de la Sociedad, los tenedores de diez o más acciones cualquiera que fuere el nominal de las mismas” y el 23 que se tendrá “un derecho de voto por cada 50.000 pesetas nominales”, es decir, que según el artículo 12 se tiene derecho de asistencia y voto con diez acciones, o sea, mil pesetas nominales de capital, y según el artículo 23 con 50.000; y que la anterior contradicción no puede armonizarse con la documentación presentada, por lo que para rectificar el defecto señalado se precisa un nuevo acuerdo de la Junta General de la Sociedad y otorgamiento de la correspondiente escritura.

Doctrina.—“Considerando que reconocido por el Registrador, aunque con cierta reserva inoperante, que para dar cumplimiento a los artículos 38 y 39 y establecer estatutariamente limitaciones al artículo 23 de los Estatutos, no hay inconveniente en que, en vez de expresar el número de acciones que el accionista debe poseer para poder ejercitar su derecho en las Junta Generales, pueda esto hacerse a través del número de capital social que se precise poseer, sin embargo, queda en pie no una cuestión doctrinal, sino la contradicción textual entre los artículos 12 y 23 de los Estatutos en su nueva redacción, cuya simple lectura lo evidencia, toda vez que el primero asegura el derecho de “asistencia y voto” con un mínimo de diez acciones, o sea, mil pesetas nominales de capital, mientras que el segundo declara que se tendrá “un derecho de voto por cada 50.000 pesetas nominales.”

“Considerando, no obstante, que si es cierta la contradicción incurrida en la redacción castellana de los artículos estatutarios indicados, también resulta evidente, por su mero contexto, que en el primero se quiere establecer el requisito para la mera asistencia a las Juntas, sobrando, por tanto, la referencia al voto, en tanto que en el segundo se establece específicamente el requisito para la emisión de voto, más exigente que el anterior, pero no incompatible con él.”

“Considerando que si el funcionario calificador así lo entendiera—cuestión en la que este Centro no puede entrar, por ser el Registrador soberano en su criterio—, podría inscribir los Estatutos al conformar su lectura con la voluntad real que los acordó, y sin necesidad de someterse a la decisión de una nueva Junta General.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el acuerdo y nota del Registrador Mercantil.”

Consideraciones críticas

La Dirección General, en esa alta función de solucionar el problema jurídico que ante la misma se plantea, suele tener el suficiente humor —compatible, por supuesto, con la seriedad de sus decisiones— para comprender paternalmente la posible terquedad de un funcionario y salvar la situación con impecable estilo. Creo que este es un de esos casos en los que la problemática queda reducida a una interpretación “gramatical” de una palabras indebidamente empleadas.

El Reglamento Notarial, en su artículo 148 establece como norma de “conducta” al Notario autorizante que “Los instrumentos públicos deberán redactarse necesariamente en idioma español, empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuro ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma”. Cada vez que releo este artículo se me viene a la memoria aquella publicación del Ministerio del Ejército —Dirección General de Enseñanza Militar— sobre “Algunas normas de Comportamiento para Caballeros Cadetes” en las que se hablaba del paso marcial, la prontitud y el orden y se decían cosas como éstas: “Entre militares, el saludo de confianza no existe, ni siquiera con los amigos. El no responder a un saludo es prueba evidente de no haberlo merecido. Al entrar en un lugar cerrado debe descubrirse. Los guantes se pueden tener puestos o en la mano. Cuando es permitido fumar, si otros no han empezado y se está con señoras, superiores u otras personas de respeto, pedirles permiso. Hablando con inferiores, especialmente en público, es buena regla dispensarles de permanecer firmes...”.

Bien. El Notario autorizante de la escritura que da lugar al recurso planteado no se debió dar cuenta que estaba en tierras del Cid y que allí el castellano, además de ser lengua, es estilo, pureza, precisión, orgullo y distinción y al autorizar la escritura de reducción de capital social se le escapó la palabra “voto” en el artículo 12 de los estatutos, dando lugar a que no quedase bien cumplido aquel artículo 148 del Reglamento Notarial que exige la redacción documental: “sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos”. Ello dio lugar a que el funcionario calificador descubriera una “contradicción”.

El artículo 5 del actual vigente Reglamento del Registro Mercantil únicamente —a diferencia del Notarial— precisa el ámbito en que ha de moverse la función calificadora, sin que se den normas o reglas para su ejercicio, pero es inevitable que dentro de esa labor ejerza la función “interpretativa” que a todo jurista obliga el enfrentamiento con un problema de Derecho. Dentro de los elementos que lleva consigo la labor de interpretación está el gramatical, desde que SAVIGNY así lo vino a pregonar. De ahí que a dicho funcionario le causase tremenda impresión el que en el artículo 12 de los estatutos se dijese que el derecho de “asistencia” a las Juntas con “voz y voto” lo ostentaban los accionistas con determinado número de acciones y luego en el artículo 23 se precisase que por las pesetas nominales que se señalan sólo corresponde un voto.

Y alegó: se han incumplido los artículos 38 y 39 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas.

La Dirección General, comprendiendo razones de lenguaje, estima la posibilidad de esa contradicción, pero destruye toda la argumentación del funcionario calificador dándole una posibilidad: si el funcionario calificador así lo entendiera, cuestión en la que este Centro no puede entrar, por ser el Registrador soberano en su criterio, podría inscribir los Estatutos al conformar su lectura con la voluntad real que los acordó... No se puede decir con más elegancia, con más finura, con mejor castellano, que la gramática está la mayor parte de las veces muy por debajo de la intención finalista de la voluntad contractual. Es decir, nunca debe olvidarse el artículo 1.281 del Código civil.

Llegados a este punto se hace necesario destacar la gran razón que asiste a la Dirección General al decir en que para dar cumplimiento a los artículos 38 y 39 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas "no hay inconveniente en que en vez de expresar el número de acciones que el accionista debe poseer para poder ejercitar su derecho en las Juntas Generales, pueda hacerse a través del número de capital social que se precise poseer". La cuestión es muy semejante a ese atormentador artículo de la Ley Hipotecaria, aclarado posteriormente por el Reglamento, en el cual se dice que: "En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años" (artículo 114 L. H.), añadiendo el Reglamento: "Cuando se fije en la escritura una cantidad global para responder del pago de intereses no podrá exceder del importe correspondiente a cinco anualidades".

Pero, aún así, queda la cuestión de la "contradicción" entre el artículo 12 y el 23 de los Estatutos. En el uno se habla de asistencia con "voz y voto" y en el otro se regula sólo el ejercicio del "voto". ¿Es esto posible? La Dirección es clara en este punto: reconoce la posible contradicción, pero la salva estimando que en el primero de los artículos se quiere establecer únicamente "el requisito para la mera asistencia a las Juntas", mientras que en el segundo se establece específicamente "el requisito para la emisión del voto".

Por encima del posible criterio justo que la decisión lleve consigo, creo que la razón es de tipo práctico, pues claramente se ve que en la redacción de la escritura de reducción de capital social se hizo un "trasvase" de artículos con el error de incluir en el 12 la palabra "voto". Sin necesidad de remontarnos a la conocida contradicción entre los artículos 759 y 799 del Código civil, recordemos la polémica doctrinal planteada por una redacción poco cuidada del artículo 841 del Código civil (Ley de 24 de abril de 1958), las que ofrecen las consecuencias de la adopción plena en el campo fiscal y registral y las que ha de plantear la nueva versión de los artículos 59 y 63 del Código civil en su nueva redacción dada por Ley de 2 de mayo de 1975. En todos estos casos la doctrina ha tratado de "salvar la norma". Aquí, entiendo, debe aplicarse el criterio interpretativo de salvar a toda costa el acto jurídico, siempre y cuando haya una posibilidad jurídica.

Parte de la doctrina ha estimado que en este caso entra en juego el artículo 44 del Reglamento del Registro Mercantil en cuanto dispone que

el Registrador deberá apreciar “la no expresión o la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias” que debe contener la inscripción y relacionando dicho artículo con el 102 i) del mismo Reglamento resulta que en la inscripción hay que hacer constar “la forma de constituir la Junta General y la forma de tomar acuerdos”, cosas que aun refiriéndose de una forma indirecta al derecho de “asistencia” y al de la “emisión del voto” quedan plenamente aclaradas con los artículos estatutarios citados. La constitución de las Juntas, a mi entender, sólo exige registralmente la determinación del “quorum” de socios y representación de capital, mientras que la forma de tomar acuerdos está claramente determinada por el artículo 48, con la especialidad del 85, de la misma Ley. Por tanto, entiendo que el traer a colación estos artículos entorpece la interpretación de los discutidos artículos estatutarios.