

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

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

## DERECHO HIPOTECARIO

ESCRITURA DE COMPRAVENTA.—NO ES IMPRESCINDIBLE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA CUANDO LOS OTORGANTES, ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD, ACTÚAN DESPUÉS DE CADUCADO EL PLAZO POR EL QUE FUERON ESTATUTARIAMENTE NOMBRADOS. (Resolución de 24 de mayo de 1974. *Boletín Oficial del Estado* de 15 de junio de 1974.)

*Hechos.*—Resultando que por escritura otorgada en Barcelona en 1 de abril de 1966 ante el Notario don Angel Martínez Sarrión, se constituyó la Compañía Mercantil "RADAR, S. A.", cuyo objeto social es "La explotación de fincas propiedad de la Compañía mediante su desarrollo agrícola y ganadero y su construcción, parcelación y urbanización; practicar segregaciones; solicitar declaración de granjas ejemplares... y todo cuanto tiende al mejor aprovechamiento de los bienes de la Sociedad"; que en el artículo 17 de los Estatutos sociales, incorporados a la escritura, se dice que "los Administradores podrán ejercer su cargo por plazo de cinco años y podrán ser indefinidamente reelegidos. Excepcionalmente, la primera renovación se producirá a los tres años de haber entrado los consejeros en posesión de sus cargos y afectará por sorteo a dos de los designados en el acto constitutivo. El Consejo de Administración estará integrado por tres Consejeros. Para el desempeño del cargo no se requerirá la calidad de accionista. Los componentes del Consejo ocuparán en el mismo los cargos de Presidente, Vicepresidente y Vocal que actuará de Secretario. Si se produjeran vacantes que no sean consecuencia del transcurso del plazo de nombramiento, el Consejo podrá designar de entre los accionistas las personas que hayan de ocupar hasta que se reúna la primera Junta General y decida sobre los nombramientos"; que entre las facultades atribuidas a los Administradores, según los Estatutos, figura la de "adquirir, ceder, gravar y enajenar bienes muebles e inmuebles, concesiones, derechos y acciones..." (art. 2.º, núm. 3); que el 12 de mayo de 1966 don José María Riera Fors, en nombre y representación de la citada Sociedad, según consta en certificación de acuerdo tomado en Junta Universal de accionistas celebrada el 27 de abril anterior, otorgó otra escritura autorizada por el mismo fedatario, en la que se subsanaba "el error sufrido en la escritura fundacional consistente en que, como nombre de la Sociedad, se consignó su anagrama "RADAR, S. A.", siendo realmente su denominación completa la de "ROSAS AGRICOLA DE ALOJAMIENTOS Y RESIDENCIAS, S. A.", en anagrama "RADAR, S. A.", modificándose en tal sentido los Estatutos sociales; que según la estipulación segunda de esta

escritura se delegó “en los Administradores don Antonio María Coll Montaña, don José María Riera Fors y doña Monserrat Rogent Masó, para que con la concurrencia y firma de dos cualesquiera de ellos ejerzan todas y cada una de las facultades señaladas en los apartados 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10 y 11 del artículo 20 de los Estatutos sociales”; y que por otra escritura otorgada igualmente en Barcelona ante el Notario don Ignacio Zabala Cabello, el 15 de noviembre de 1971, don Antonio María Riera Fors, en representación de “ROSAS AGRICOLA DE ALOJAMIENTOS Y RESIDENCIAS, S. A. —RADAR, S. A.—”, vendieron a don Alberto Pistorius, alemán, mayor de edad, casado con Sonja Lahm en régimen de comunidad diferida de aumentos, una porción de terreno segregada de la heredad conocida por Manso Buscá, sito en el término municipal de Rosas, que pertenecía a la Sociedad y estaba señalada con el número 155 en un plano particular de urbanización de la mencionada finca;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con Nota del tenor literal siguiente: “Denegada la inscripción del presente documento al que se acompañan la escritura de constitución de la Sociedad “ROSAS AGRICOLA DE ALOJAMIENTOS Y RESIDENCIAS, S. A.”, y otra de subsanación y atribución de facultades (ambas autorizadas por el Notario de Barcelona don Angel Martínez Sarrión, el 1 de abril y el 12 de mayo de 1966, respectivamente) por actuar los otorgantes y Administradores de la Sociedad don Antonio María Coll Montaña y don José María Riera Fors, después de transcurrido el plazo de tres años durante el cual podían ejercer su cargo según resulta del artículo 17 de los Estatutos sociales, sin acreditarse por otra parte haber sido reelegidos o renovado su nombramiento”;

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el problema jurídico que se plantea es el de los efectos que produce el transcurso del plazo para el que han sido nombrados los Administradores de una Sociedad Anónima; que en la teoría general del Derecho los efectos podrían ser los siguientes: a) Caducidad frente a las partes y los terceros; b) Internos de obligación de los Administradores fuera el plazo, de convocar Junta General para el nombramiento de los nuevos, siguiéndolo siendo mientras tanto y respondiendo sólo del incumplimiento de tal convocatoria; c) Transformación del Administrador en un factor mercantil con poder y deber para actuar provisionalmente para que la Sociedad no se perjudique por su abandono; que el Registrador en su nota acoge la primera solución sin justificarla; que a juicio del recurrente, la verdadera solución es la segunda, que debe adoptarse por las siguientes razones: 1.<sup>a</sup> por la propia estructura de la institución, reconocida por el ordenamiento legal y atendidas las ventajas que supone la existencia autónoma de la Sociedad Anónima, toda vez que ésta sólo puede actuar por medio de sus Administradores, los cuales no pueden faltar en ningún momento; 2.<sup>a</sup> por el contenido de la regulación legal que trata del momento en que comenzará a surtir efecto el nombramiento de los Administradores (artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas), su necesidad de inscripción (ídem), la delegación y sus efectos (art. 78) y el cese de los Gestores que

deberá ser inscrito igual que el nombramiento (art. 86 del Reglamento del Registro Mercantil), por lo cual parece que debe deducirse que mientras el cese no se inscriba, el nombramiento seguirá vigente en beneficio de la Sociedad, de los socios y de los terceros, y 3.<sup>a</sup> porque la jurisprudencia se pronuncia por una aplicación flexible de la Ley de Sociedades Anónimas a las pequeñas empresas y sociedades familiares en las que es posible una actuación de los Administradores fuera de plazo, legitimada por el consentimiento tácito de los socios, produciéndose así una situación similar a la del factor de hecho (Resolución de 24 de junio de 1968); que indudablemente la Junta General podrá revocar el nombramiento de los Administradores y designar otros, y si no se ponen de acuerdo o no es posible la convocatoria, los socios podrán pedir la disolución de la Sociedad "por imposibilidad manifiesta de realizar el fin social" (art. 150-2.º de la Ley de Sociedades Anónimas), pero lo que no puede admitirse es la navegación de "barcos fantasmas de holandeses errantes, vagando sin existencia por el mar del derecho, suscitando espejismos y naufragios de los marinos reales"; y que, finalmente, en el caso de que pareciera extremada esta interpretación y se considerase que por el transcurso del plazo los Administradores se transforman en Factores, el resultado sería parecido, y lo mismo ocurre si se tienen en cuenta las normas del Código civil referentes al mandado (art. 1.737) y al Gestor de negocios ajenos sin expresa representación (art. 1.888), sin que corresponda al Notario o al Registrador rechazar la actuación de los Administradores en las condiciones señaladas, sino en todo caso a los accionistas de la Sociedad que podrán impugnarla ante los Tribunales de Justicia, asesorada cada parte interesada con sus correspondientes Abogados;

Resultando que el Registrador informó: Que es evidente que de los diferentes órganos que de alguna manera pueden intervenir en la actuación de una Sociedad Anónima (Junta General, Consejo de Administración, Consejeros o Administradores Delegados y simples mandatarios); aquí nos encontramos con la actuación de unos Administradores con facultades delegadas, según claramente resulta de la documentación aportada a este expediente; que este extremo es importante con vistas a la temporalidad del cargo, pues se trata de un primer nombramiento de Administradores, no seguido de reelección posterior, temporalidad que evidentemente no sería objeto de discusión si se tratase de apoderados o mandatarios comunes; que toda la argumentación interpretativa del recurrente es irrelevante desde el momento en que la Ley de Sociedades Anónimas se dan claros caminos para renovar o prorrogar esta administración temporal, sin necesidad de tener que acudir a excusas que suplan la negativa negligente y contumaz en querer utilizar dichos procedimientos; que como puede apreciarse, el problema planteado en el recurso consiste en la posibilidad de actuación de unos Administradores con un plazo de duración en su primer nombramiento, fijado por ellos mismos en tres años y no reelegidos dentro de dicho período de tiempo, y a los cuales se les atribuyen facultades sin hablarse para nada de su reelección en escritura otorgada a los pocos días de aquella en que fueron nombrados; que su nota de calificación se basa en el artículo 17 de los Estatutos Sociales y en el 72 de la Ley de Sociedades Anónimas que fija en cinco años el plazo de duración má-

xima para el primer nombramiento de los Administradores; que la legislación extranjera establece también la temporalidad de los Administradores sociales; que en la doctrina científica hay unanimidad en respetar la limitación temporal del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas; que la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de mayo de 1956) como de la Dirección de los Registros (Resolución de 18 de abril de 1958) coincide con las tesis del exponente; que el caso de la Resolución de 24 de junio de 1968 que en forma destacada cita el recurrente es tan distinto del ahora planteado, que su alegación es improcedente; que en el primer considerando de la Resolución citada se habla de unos Administradores cuyo nombramiento podía haber caducado y en el considerando quinto se reconoce que tal caducidad no parecía muy clara; que además, la relación tácita operaba en el caso de la citada Resolución, *únicamente* para convocar una Junta General que nombrase nuevos Administradores, proporcionándose así los medios para crear una representación perfecta y ajustada a derecho que podría, en lo sucesivo, actuar con plena eficacia; que por el contrario en el presente caso no se da ninguno de los dos supuestos existentes en la mencionada Resolución, sino que se trata de unos Administradores que intentan efectuar un acto de disposición de bienes cuando ya ha caducado el plazo durante el cual podían ejercer su cargo, sin que hayan convocado ninguna Junta para la reelección o renovación de los mismos, ni conste siquiera que haya tenido lugar la reunión anual prevista en el artículo 50 de la Ley de Sociedades Anónimas, Junta que entre otras atribuciones tiene, según el artículo 71 de la propia Ley, la de designar Administradores de la Sociedad; que en el supuesto de falta de acuerdo de los Consejeros o socios para convocar Juntas siempre cabría hacerlo mediante requerimiento notarial e intervención del Juez, procedimiento a que se refieren los artículos 56 y 57 de la repetida Ley de Sociedades Anónimas; que, por tanto, si hay en este caso, como dice el recurrente, barcos fantasmas de holandeses errantes navegando ilegalmente por el mar del tráfico jurídico, es a sus capitanes y a su tripulación a quienes única y exclusivamente hay que culpar de tan peligrosa condición; y que, por último, el Centro Directivo en recientes Resoluciones de 8 de junio y 3 de octubre de 1972 mantiene el criterio que se defiende en este informe;

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 que plantea este recurso consiste en resolver si es inscribible una escritura de compraventa otorgada en nombre de la Sociedad vendedora por dos de los tres Administradores del Consejo, los cuales, así como el tercero, tenían su mandato caducado, al haber transcurrido los plazos durante los que podían ejercer estatutariamente su cargo, y no haber sido reelegidos o su nombramiento renovado formalmente.”

“Considerando que el cargo de Administrador de una Sociedad Anónima es esencialmente temporal en nuestro Ordenamiento jurídico, según establece el artículo 72 de la Ley, que indica igualmente que si fuesen designados en el acto constitutivo no lo serán por un plazo superior a cinco años, aunque se les pueda reelegir indefinidamente, y el artículo 73 añade que la renovación del Consejo sólo podrá hacerse parcialmente, precepto que tiene su funda-

mento en el hecho de evitar que en un momento determinado pueda quedarse la Sociedad sin ningún órgano de administración”;

“Considerando que en acatamiento de los anteriores preceptos de la Sociedad “RADAR, S. A.”, estableció en el artículo 17 de sus Estatutos el plazo de cinco años para el ejercicio del cargo de Administrador, y que excepcionalmente la primera renovación se produciría a los tres años y únicamente afectaría a dos de los tres Consejeros nombrados en el acto constitutivo, sin que se haya dado cumplimiento a ninguna de estas normas, pues no se renovó parcialmente el Consejo al cumplirse el plazo de tres años, tal como excepcionalmente se estableció, ni transcurrido el período de cinco años se ha procedido a la designación de otros nuevos”;

“Considerando que junto al principio de temporalidad del cargo de Administrador también recoge la Ley de Sociedades Anónimas el superior principio de conservación de la Empresa, y en base a éste, y para evitar la paralización de la Sociedad por imposibilidad de actuación de sus órganos sociales, este Centro Directivo declaró ya en la Resolución de 24 de junio de 1968 la validez de convocatoria de una Junta General hecha por Administradores con mandato caducado según el Registro, al haber transcurrido el plazo por el que fueron designados —una vez formalizada y acusada en los correspondientes antecedentes del caso—, dulcificando de esta manera el riguroso automatismo derivado de una caducidad “ope legis”, en aras de la reconstitución de unos órganos sociales, que de otra forma no podían constituirse ni actuar”;

“Considerando que en el presente caso, como se dice en el primer considerando, se trata de unos Administradores, cuyo plazo de gestión había ya transcurrido para todos ellos, por lo que hasta tanto se proceda a su confirmación como tales Administradores —como excepcionalmente señala la mencionada Resolución de 24 de junio de 1968 para que pueda considerarse que han actuado válidamente en nombre de la Sociedad o bien la Junta General ratifique los actos realizados por estos Administradores de hecho y se haya dado así cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil sobre inscripción en el Registro de los Administradores de la Sociedad, no puede tener acceso al Registro la compraventa realizada.”

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

### *Consideraciones críticas*

En la presente Resolución se plantea como problema central el de la legitimación de dos de los tres Administradores de una Sociedad, cuyo mandato había caducado por haber transcurrido los plazos legales de vigencia del cargo y no haberse producido ni la reelección ni la renovación formal del mismo. He dicho problema de legitimación, pues no hay que olvidar que ésta puede tener su origen en diversas causas, siendo una de ellas la del conferimiento de la representación en virtud de un precepto estatutario. El problema se complica con la teoría de la caducidad y su posible influencia en dicha legitimación.

LADARIA CALDELTEY (J.) ("Legitimación y apariencia jurídica", Barcelona, 1952) explicaba que, en virtud de la representación, un sujeto está legitimado para realizar los actos que impliquen ejercicio de un derecho o de una facultad cuya titularidad corresponde a otra persona. El fundamento de la legitimación del representado y la esencia misma es el *poder* suficiente para participar en un acto en nombre del representado y con efectos únicamente para éste. Lo que sucede es que las personas jurídicas actúan mediante sus órganos o mediante representantes (S. de 21 de marzo de 1946), estando esta actuación regulada en la ley o en los estatutos. Pero en uno y otro caso —con las inevitables diferencias— el gerente actúa en virtud de una "legitimación indirecta", pues su manifestación de voluntad es eficaz en una esfera jurídica ajena, variando únicamente la índole de la relación que le une con el ente.

Esta legitimación de carácter extraordinario, en su doble vertiente de representación orgánica o voluntaria, tiene el límite de la caducidad del nombramiento o de la revocación expresa, lo cual viene a destruir en principio esa legitimación de actuación. Mezclado con ello viene la publicidad registral, la apariencia de poder y el problema de la continuidad de la empresa. Por ello en estas notas creo que deben distinguirse los siguientes problemas: a) Legitimación estatutaria, publicidad registral y efectos jurídicos. b) Caducidad, forma de computarse y poder por apariencia.

a) *Legitimación estatutaria, publicidad registral y efectos jurídicos*

La efectucción del nombramiento de Administradores hecha estatutariamente produce inevitablemente esa legitimación extraordinaria consistente en el reconocimiento de la posibilidad de realizar un acto jurídico eficaz sobre una esfera jurídica ajena —según dice LADARIA CALDELTEY—, en nombre propio en virtud de una apariencia de titularidad o en nombre ajeno, en virtud de una representación aparente. Esta legitimación extraordinaria viene en el presente caso reforzada por la publicidad registral, pues no hay que olvidar que en la inscripción de las Sociedades Anónimas, conforme al artículo 100 del Reglamento, deben figurar los estatutos de la sociedad y, conforme al artículo 4, párrafo 2 del mismo, también es precisa la "previa inscripción" de las facultades de los Gerentes o Administradores para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos.

Esa legitimación "reforzada" por la doble proyección que significan estatutos y publicidad registral viene limitada por el principio de *temporalidad* que como norma general establece el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas para la duración del cargo de Administrador, sin perjuicio de su posible reelección. En el artículo 17 de los estatutos se reducía voluntariamente el plazo de cinco años de vigencia que les otorga la ley, dejando a tres años de vida la actuación de dos de los Administradores, pues se preveía en ese plazo la renovación de dos de los tres Consejeros nombrados en el acto constitutivo.

En puridad de principios es necesario concluir que habiéndose publicado el nombramiento de los Administradores, pero también la limitación temporal del cargo al plazo estipulado, la legitimación debe quedar reducida a ese período de tiempo. Admitir lo contrario sería como tratar de aislar de un de-

recho que se predica temporal o hasta tal día la fecha en que debe entenderse caducado.

Pero lo que podría ser de rotunda afirmación en una publicidad registral referida al Registro de la Propiedad, queda un tanto en entredicho en la institución del Registro Mercantil, donde —marginando un tanto el principio de publicidad— se admite, como luego veremos, la teoría del poder por apariencia y el principio de continuidad de la empresa. Quede claro que no es propiamente la legislación del Registro Mercantil la que parece admitir esa teoría y ese principio, pues la teoría se debe a un precepto del Código de Comercio comentado hábilmente por un autor y a la Ley de Sociedades Anónimas ampliamente interpretada por la Resolución de 24 de junio de 1968.

Los efectos jurídicos de la situación planteada son claros en principio, pues si como dice el segundo considerando de la Resolución la designación del cargo de Administrador es esencialmente temporal, y los hechos demuestran que no sólo transcurrieron tres años para renovar los cargos, sino cinco, sin que fueran reelegidos los Administradores ni confirmados en sus cargos, es difícil que juege, como dice el considerando tercero, el principio de continuidad de la empresa. Lo hecho por estos dos Administradores habría que considerarlo nulo y así parece predicarlo la nota del Registrador al denegar la inscripción del acto que se pretendía. No obstante, la Dirección dulcifica la cuestión, pues en el último considerando parece dar como simplemente anulable el acto, permitiendo que si se produce una confirmación del nombramiento de los Administradores y el mismo se inscribe en el Registro Mercantil, dando así cumplimiento al artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil, podrá tener acceso al Registro la compraventa realizada.

Estos efectos jurídicos no los entendió así el Notario autorizante de la escritura que interpuso también el recurso gubernativo, pues para él la legitimación publicada por el Registro Mercantil desde la inscripción del nombramiento (artículos 72, 78, etc., de la Ley de Sociedades Anónimas) sólo deja de surtir efectos hasta tanto conste en el mismo Registro el cese del Administrador, conforme al artículo 86 del Reglamento Hipotecario. Esto es, en beneficio de la Sociedad, se trata de hacer que el Registro publique un derecho puro cuando legal y estatutariamente está limitado. ¿Es esto procedente?

#### b) *Caducidad, forma de computarse y poder por apariencia*

La problemática que lleva consigo la temporalidad del cargo, la caducidad del nombramiento, la forma en que debe computarse los plazos para estimar esta caducidad y la posibilidad de la continuidad de funciones a través de un poder por apariencia, han sido ya abordados por MANUEL DE LA CÁMARA ("Estudios de Derecho Mercantil", vol. I, págs. 440, año 1972).

El autor citado dice que "La limitación que establece el artículo 72 de la Ley es perturbadora en la práctica y puede ser fuente de problemas. ¿Qué acontece si transcurre el plazo de cinco años sin que los Administradores hayan sido reelegidos? La cuestión reviste gravedad, pues en la práctica es sumamente frecuente que se omita, por descuido, la reelección. Parece que se trata de un nombramiento a plazo, que vencido éste cesan las potestades de las personas encargadas de la administración. El rigor de esta conclusión debe

atemperarse, y así se hace necesario entender que si la Junta general reunida después del vencimiento del plazo no designa nuevos Administradores, *de hecho* ha reelegido a los antiguos, que son indefinidamente reelegibles, según reza el artículo 72. Sería absolutamente arbitrario que la sociedad pudiese desconocer la validez y eficacia de los actos realizados por los Administradores cuyo mandato ha caducado, a pesar de que sigan ejerciendo el cargo con la aquiescencia tácita de la Junta, lo que dejaría a los terceros sin otro recurso que las normas del C. c., reguladoras de la gestión de negocios. Para evitar este injusto resultado hay que admitir decididamente la reelección de hecho o tácita de conformidad con la Resolución de 24 de junio de 1968”.

Puede verse perfectamente cómo este autor apunta la problemática que suscita la Resolución que comentamos y se anticipa a dar una solución que, según él, es correcta conforme a la Resolución de 24 de junio de 1968, pero que contradice ahora la que comentamos. El autor parte de la base de hecho de que en la práctica es “muy frecuente que se omita, por descuido” el hecho de la reelección, lo cual supone inicialmente un incumplimiento de la ley. Es claro que si en la convocatoria de la Junta no se hace constar entre los “asuntos que han de tratarse” el de la reelección, es muy difícil que el problema se plantee en la Junta y que ésta decida sobre ese punto no incluido en el “orden del día”. Si la omisión fuese intencionada con objeto de hacer entrar en funciones lo que se llama “elección tácita”, estaríamos ante un acto que rozaría lo delictivo. Y ante todo ello se me ocurre preguntar: ¿es posible que un descuido, un acto de mala fe o con intención de provocar situaciones conflictivas pueda servir para montar una reelección tácita en base de unos terceros que contratan con Administradores cuyo mandato está caducado? Se me antoja un tanto decisivo el artículo 79 de la misma Ley de Sociedades Anónimas, en la que se impone a los Administradores la diligencia de un ordenado comerciante y “de un representante leal”. ¿Es lealtad el convocar una Junta sin incluir la posible reelección de cargos? ¿Es lealtad, sabiendo que su mandato ha caducado, proceder a una enajenación de bienes sociales? ¿No es más injusto el hecho que provoca la actuación de los Administradores que el que se trata de evitar? De otra parte, queda bien claro que el considerando cuarto de la Resolución que se cita de 24 de junio de 1968 se refería a un supuesto distinto (convocatoria de Junta general por Administradores cuyo mandato parecía caducado), pues no se demostró que la caducidad fuera plenamente probada y la reelección tácita se concretaba al simple hecho de una convocatoria de Junta general para proporcionar unos medios de crear una representación perfecta y ajustada a derecho, que podría en lo sucesivo actuar con plena eficacia.

DE LA CÁMARA añade a sus argumentos un nuevo problema y es el de los plazos en los que debe computarse y conjugarse la existencia de la caducidad. El autor cita a GARRIGUES (“Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas”, II, págs. 46 y 62), quien estima que el plazo de caducidad debe contarse de Junta a Junta, desde la Junta que ratificó el nombramiento, a tenor del artículo 15 hasta la Junta ordinaria correspondiente al quinto año, aunque la fecha de reunión sea posterior al quinto aniversario de la primera Junta. El autor se manifiesta favorable a esta interpretación y entiende que no estaría

de más que en los estatutos, si se fija un plazo de duración a la vigencia de los cargos, se deje aclarado que los Administradores, no obstante el vencimiento del plazo, continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que se reúna la primera Junta general.

La opinión de tan respetables autoridades en la materia se hace muy difícil de combatir, pues en la Ley de Sociedades Anónimas nada se dice al respecto, pero entiendo que pudiera muy bien aplicarse ese artículo 60 del C. de c., en el que para el cómputo de plazos los años son de "trescientos sesenta y cinco días" y no de Junta a Junta, pues en todo caso habría que computarlos desde el nombramiento o confirmación hasta que se cumplan esos días citados en que el C. de c. reputa compuesto el año. En el caso presente los hechos demuestran que sobradamente habían transcurrido más de los tres años prefijados para la renovación de cargos y ni aun utilizando el cómputo de Junta a Junta podría lograrse esa "tácita" reelección de que hablan los autores citados.

NÚÑEZ LAGOS (R.) ("Escrituras de Apoderamiento", R. D. N., 1954) estudia el supuesto del poder por apariencia. Se trata del poder que tiene el gestor o gerente de una Sociedad o Empresa particular con arreglo al artículo 286 del Código de comercio. La fuente del poder surge de una presunción "iuris tantum" del mismo si concurren las siguientes características: que el gerente pertenezca notoriamente a una empresa o sociedad conocida (notoriedad en el cargo); que el acto o contrato recaiga sobre objeto comprendido en el giro o tráfico del establecimiento (notoriedad en el objeto social). LA CÁMARA hace una aplicación de esta doctrina en los casos de retraso de inscripción de nombramiento de Administradores y en esa prolongación de facultades hasta la celebración de la Junta. Creo que la aplicación de este artículo, con ser de gran utilidad en el tráfico mercantil, exige el requisito de la "notoriedad" que en este caso nuestro viene desvirtuado por una publicidad registral que avisa a los funcionarios intervinientes y a los otorgantes de algo que la destruye.

La Dirección General, como hemos visto, encauza el supuesto por otros derroteros concibiendo el supuesto como una *gestión de negocios ajenos* o como un caso de *ratificación*, pues a uno u otros supuestos llevan el requisito de la "confirmación" que exige el último considerando, acompañado de la inscripción en el Registro, para dar validez a los actos que se pretenden inscribir.

ENTREGA DE LEGADO.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE ENTREGA DE LEGADO DE COSA INMUEBLE, HECHA POR LOS ALBACEAS CONTADORES-PARTIDORES QUE NO HAN SIDO EXPRESAMENTE FACULTADOS POR LA TESTADORA PARA ELLO, SIENDO NECESARIA PARA SU VALIDEZ EL CONSENTIMIENTO DE LOS HEREDEROS. (Resolución de 12 de julio de 1974, *Boletín Oficial del Estado* de 19 de agosto de 1974.)

*Hechos*.—Resultando que doña Pilar García López falleció en Zaragoza el 18 de diciembre de 1967, en estado de soltera y bajo testamento abierto otorgado el 29 de marzo anterior ante el Notario de la citada ciudad, don

Francisco Palá Mediano; que dicho testamento contiene entre otras las siguientes cláusulas: "Séptima: En prueba de reconocimiento y gratitud a favores, atenciones y servicios que en vida ha recibido, dispone también los siguientes legados: a) A los Padres Escolapios de Zaragoza las tres casas propiedad de la testadora, sitas en la calle Flandro, de Zaragoza, números 1-3 y 5-7... Novena: De todos los demás bienes que como propiedad de la testadora existieren a su fallecimiento, nombra herederos universales, con franca y libre disposición, pero en la cuantía y modalidades que luego se dirá a sus primos Demetrio, Augusto y Armando López Morales, César Martínez López y a sus sobrinos José María y Asunción García Higuera, en total seis herederos, y si alguno de ellos premuriera a la testadora, se reconocerá derecho de representación a los hijos legítimos respectivos... Undécima: Nombra Albaceas contadores-partidores para todos los efectos y con todos los derechos y obligaciones anejas a dicho cargo a don Benjamín Temprano Temprano, Presbítero y Catedrático jubilado del Instituto Nacional de Enseñanza Media "Goya", de Zaragoza; a don Enrique de Gregorio Peral, Médico y vecino de Zaragoza (S. Miguel, 1), y a don Felipe Zazurca Casbas, Abogado, vecino de Zaragoza (Paseo de María Agustín, 9). Para el cumplimiento de su misión concede a dichos Albaceas el plazo de dos años o tres si en los primeros no hubieran logrado ejecutar por completo este testamento. Los Albaceas, por el orden en que han sido nombrados, elegirán para cada uno de ellos un objeto de la casa como recuerdo... Duodécima: La testadora prohíbe recurrir en modo alguno a la autoridad judicial para provocar cuestión alguna relacionada con la ejecución de este testamento, y si alguno de los herederos o legatarios lo hiciera perderá automáticamente la parte de herencia o legado que en este testamento se le asigna y su porción hereditaria o legado acrecerá a la herencia"; y que el 7 de diciembre de 1972, o sea, dentro de los tres años concedidos por la testadora, los Albaceas contadores-partidores otorgaron escritura ante el Notario recurrente para formalizar la entrega del legado hecho a los Padres Escolapios, consistente en las tres casas señaladas en la cláusula séptima del testamento;

Resultando que previa liquidación del impuesto sucesorio se presentó en el Registro, junto con otros documentos complementarios, primera copia de la anterior escritura que fue calificada con la siguiente nota: "Se deniega la inscripción solicitada, porque siendo aplicables, por insuficiencia normativa, a los contadores-partidores los preceptos del albaceazgo, al no estar expresamente facultados los referidos contadores-partidores para entregar legados de cosa inmueble, se precisa para efectuar dicha entrega el consentimiento de los herederos. El defecto se estima insubsanable, por lo que no procede anotación de suspensión, amén de que no ha sido solicitada."

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que según el artículo 83 del Reglamento Notarial, la escritura de partición se otorgará en primer término por las personas facultadas para ello o en su defecto por los herederos; que, en consecuencia, habiendo Albaceas contadores-partidores designados para todos los efectos y con todos los derechos y obligaciones anejas a dicho cargo, con prohibición por la testadora de cualquier intervención

judicial, no puede ofrecer duda la procedencia de la inscripción solicitada; que la designación en el testamento de los nombrados como Albaceas contadores-partidores, les atribuye las más amplias facultades representativas del causante; que el concepto de Comisario, anterior al Código civil, como compendio de facultades para la ejecución testamentaria, no ha sido abolido por este Cuerpo legal al cambiar tal nombre por el de Partidor encargado de todas las operaciones sucesorias; que el mismo Código civil, en su artículo 1.057, habla en su párrafo primero de la facultad de hacer la partición, y en el párrafo segundo le llama Comisario; que la Sentencia de 24 de marzo de 1928, recogiendo la analogía, establece como similares los cargos de Comisario y Partidor; que aunque el Código civil no contiene una relación exacta de las facultades de los Albaceas contadores-partidores, lo lógico es no limitarlas, sino incluir todas aquellas que sean necesarias para cumplir su cometido; que a mayor abundamiento, la Ley de Enjuiciamiento Civil puntualiza estas operaciones al regular juicio de testamentaria, señalando en el artículo 1.092 la entrega a los interesados de aquello que les haya sido adjudicado, refiriéndose concretamente el 1.093 a los herederos y legatarios; que no hay en la doctrina jurídica discrepancia fundamental en considerar a los Albaceas contadores-partidores como mandatarios "post-mortem" del testador, con amplísimas facultades al identificarse con el propio causante que les nombró; que así lo reconocen el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 5 de julio de 1947, 25 de abril de 1963, 11 de abril de 1967 y 27 de mayo de 1968, y la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 15 de junio de 1943, que excluyen la intervención de los herederos cuya aceptación ni siquiera es necesaria para la inscripción de los negocios jurídicos sobre inmuebles, según las Sentencias de 10 de diciembre de 1897 y 3 de agosto de 1944; que el límite de las facultades de los Partidores se presenta cuando existen cuestiones que afecten a personas o intereses ajenos (ejemplo, la sociedad conyugal), pero en el presente caso no los hay; que el legatario de cosa cierta, como titular de un derecho singular, necesita que se le haga entrega de la cosa legada, que pueda conferirla directamente el testador (Sentencia de 26 de octubre de 1928) o a través de los Albaceas contadores-partidores a quienes, por su voluntad, traslada las propias facultades para la ejecución de las operaciones sucesorias; que la doctrina científica más solvente es acorde con el criterio expuesto; y que si los Albaceas hubieran entregado los bienes legados a los herederos se habría dado un inútil rodeo con escisión de las operaciones sucesorias y la posibilidad, si los herederos no entregaban lo bienes, de que se suscitase una intervención judicial prohibida expresamente por la testadora;

Resultando que el Registrador informó: Que el recurso interpuesto tiene por objeto determinar si el Albacea contador-partidor a quien no se le confirió ninguna facultad especial puede, por sí sólo sin la aquiescencia o consentimiento de los herederos, entregar legados de cosa inmueble determinada; que en nuestra patria fue tradicional que, si bien los Albaceas podían entregar las mandas hechas en testamento, era preciso que el ejercicio y uso de tal facultad se completase con el consentimiento de los herederos, a los cuales se otorgaba exclusivamente el importantísimo derecho de negarse a la entrega

total o parcial de los bienes legados, en los casos que taxativamente indicaba la Ley (Ley 1.<sup>a</sup>, título 6, partida 6); que al publicarse la Ley Hipotecaria, este principio fue proclamado en su Exposición de Motivos, garantizándose en el articulado el derecho del legatario a pedir anotación preventiva de su legado; que al promulgarse el Código civil se atenuaron los principios intervencionistas de los herederos, permitiéndose a los Albaceas la entrega de legados metálicos y autorizando al testador para concederles de forma expresa amplias facultades para el cumplimiento de su voluntad testamentaria (art. 901); que salvo este caso de representación especial y expresa, los Albaceas no pueden sobrepasar las facultades legales que les confiere el artículo 902 del Código civil y que son, por así decirlo, los derechos y efectos anejos a dicho cargo, entre los que, desde luego, no se encuentra la entrega de legado de cosa inmueble determinada; que el artículo 902 en su párrafo 2.<sup>o</sup> es bastante expresivo al considerar, a sensu contrario, facultad natural y aneja al cargo de Albacea la de satisfacer los legados en metálico con conocimiento y beneplácito del heredero; que el artículo 885 del Código civil confirma el criterio negativo al decir que corresponde en los casos de legado de cosa inmueble determinada "pedir su entrega y posesión al heredero y al Albacea cuando éste se halla autorizado para darla; que incluso teniendo dicha facultad, debió preceder a la entrega del legado la partición de los bienes de la herencia, pues, como decían las Resoluciones de 7 y 20 de abril de 1906, se impone la necesidad de efectuar previamente la liquidación hereditaria para conocer, mediante ella, si el legado puede subsistir íntegramente o si por el contrario procede reducirlo o incluso dejarlo sin efecto, ya que primero es pagar que heredar (Resoluciones de 7 de septiembre de 1881, 3 de noviembre de 1887, 19 de mayo de 1947 y 19 de noviembre de 1952, y Sentencias de 6 de noviembre de 1934, 3 de junio de 1947 y 29 de mayo de 1963); que si como Albaceas los otorgantes carecen, como se ha dicho, de facultades para entregar el legado en cuestión, como contadores-partidores su capacidad es aún menor, ya que su misión se limita a contar y partir, como resulta de la regulación legal, jurisprudencia y doctrina; que parece un poco aventurada la equiparación que hace el recurrente entre las funciones y actuación del Partidor en juicio voluntario de testamentaria y el contador-partidor testamentario dado el carácter de verdadero proceso que tiene el primero con la garantía de la continua intervención de la autoridad judicial, su rigor formal, etcétera, en oposición a la libre actuación privatística del testamentario; que de los legatarios, como partes de dicho proceso, sólo hablan los artículos 1.055 y 1.077 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero únicamente de los de parte alícuota, lo que es lógico dada la especial naturaleza de esta institución; que además nunca podrá afirmarse que, entre las facultades del Partidor concretadas en el artículo 1.077 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se encuentre la de entregar legados de cosa determinada ni tampoco pueda deducirse algo distinto del artículo 1.092 de la misma Ley; que disintiendo del recurrente, entiende que los referidos partícipes e interesados no pueden ser otros que los enumerados en los artículos 1.055 y 1.065, entre los cuales no figuran más legatarios que los de parte alícuota; que está de acuerdo con el carácter representativo del cargo de Albacea contador-partidor que es, efectivamente,

un mandatario del testador, pero con los límites y en los términos contenidos en el encargo de su mandante y los efectos determinados en la Ley (artículos 902 y 1.057 del Código civil); que el texto del artículo 902 del Código civil es muy claro, terminante y expresivo, y en cuanto al 1.057, ya se ha dicho anteriormente que sólo faculta para contar y partir; que estima no se está en presencia de un Comisario en el sentido que entiende el recurrente; que el concepto de Comisario tiene en nuestra legislación dos acepciones: una, la de contador-partidor ya analizada, y otra la de ejecutor total y pleno de un testamento con entronque histórico con los antiguos Albaceas universales y factores del testamento; que el Código civil suprimió el testamento por Comisario conservando el testamento con Comisario, pero sin facultad de confeccionarlo, que tiene sólo las atribuciones que se deducen de los artículos 1.056 y 1.057 de dicho Cuerpo legal; que el Código civil no configura específicamente las funciones del Comisario, disponiendo el artículo 901 que tendrá las facultades que expresamente le haya concedido el testador y no sean contrarias a las leyes; que el artículo 894 establece que el Albacea podrá ser universal o particular, pero igual que en el mandato, las facultades concedidas deben concretarse una por una sin que se pueda admitir como en el Derecho mercantil la figura de un mandatario general como es el factor; que discrepa del criterio del recurrente cuando alega que al no existir legitimarios no puede haber perjuicio para nadie, pues no es sólo la integridad de las legítimas la causa de invalidez de los legados, sino que existen además la indignidad y la incapacidad que benefician a los herederos sean o no legitimarios; que conforme al artículo 885 debe admitirse que la transmisión puede conferirla directamente en su testamento el causante, pero en modo alguno esta facultad puede trasladarse a un Albacea contador-partidor sin habersele otorgado especialmente; que si bien según algún tratadista cuando el contador-partidor designado Comisario adjudica bienes a los legatarios, esta adjudicación puede equivaler a la entrega, en el presente caso los Albaceas contadores-partidores no reúnen las circunstancias para que se les califique de Comisario, ni actúan como tales ni realizan la operación propia que se le encomienda que es la de partir el caudal hereditario; y que finalmente es la Comunidad hereditaria la que ostenta la titularidad del patrimonio relicto, por lo que si hubiesen sido los herederos quienes hubieran otorgado la escritura de entrega no se habría producido ninguna escisión de operaciones sucesorias como dice el recurrente, que es ahora cuando se ha originado el haberse omitido la necesaria partición previa, y sin que la prohibición de la testadora de intervención judicial pueda amparar situaciones injustas o la lenidad o mala fe de quien por ellas pudiera beneficiarse;

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 concreta que plantea este expediente es si unos albaceas contadores-partidores nombrados “con todos los derechos y obligaciones anejas a dicho cargo”, pueden hacer entrega de un legado consistente en bienes inmuebles determinados, sin el consentimiento de los herederos, y sin haber realizado operación, partición alguna”;

“Considerando que el Código civil ha dulcificado el rigor de disposiciones

anteriores a su entrada en vigor que exigían que fuese el heredero quien debiera hacer la entrega del legado, o al menos que se obtuviera su consentimiento, y permite en el artículo 901 que puedan ser los albaceas que se encuentren autorizados expresamente por el testador los que realicen este acto, e incluso aunque no se les haya conferido tal facultad, podrán, con arreglo al artículo 902, cuando se trate de legados que consistan en metálico, verificarlo ellos mismos, pero siempre con el conocimiento y beneplácito del heredero”;

“Considerando que al no poder el legatario, según el artículo 885 del Código civil, ocupar por su propia autoridad la cosa legada, ha de pedir su entrega o posesión el heredero o albacea autorizado para darla, lo que tendrá lugar, cuando el objeto sean inmuebles determinados, tal como indica el artículo 83 del Reglamento Hipotecario, mediante la escritura de entrega otorgada por el legatario y por el contador-partidor o albacea facultado para ello y, en su defecto, por el heredero o herederos”;

“Considerando que en el presente caso los albaceas contadores-partidores, con arreglo a la cláusula undécima del testamento de la causante, no aparecen expresamente facultados para la operación realizada en la escritura discutida, pues solamente se les ha conferido las de tipo general, señaladas en el artículo 902 del Código civil y que no se discuten, y al no haber comparecido los herederos a prestar su consentimiento, adolece dicho acto del defecto señalado en la nota de calificación”;

“Considerando que la circunstancia de que los albaceas tengan además la cualidad de contadores-partidores, no influye para entenderse alterada la doctrina expuesta —aparte de que en la escritura comparecen únicamente con el primer carácter—, ya que por faltar en el Código civil una regulación completa de la figura del contador-partidor, la jurisprudencia ha declarado ya, en principio, le serán aplicables las mismas normas del Albaceazgo, si bien teniendo en cuenta la propia función del cargo, que es la de contar y partir e incluso para que pudieran ostentar las del artículo 1.057 del Código civil, sería necesario una especificación más explícita que en este supuesto no ha tenido lugar”;

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apejado y la nota del Registrador”.

### *Consideraciones críticas*

La cuestión central que plantea el presente recurso es un problema de entrega de legados y persona facultada para ello, pero a su lado surgen un conjunto de temas que pueden ir desde la teoría de la adquisición de legados (artículo 885 del C. c.) hasta las facultades que para la entrega puedan tener las figuras discutidas del contador-partidor, Comisario, Administrador de la herencia, Albacea y la distinción que pueda haber entre las mismas.

Salvo el desarrollo legislativo que la figura del albacea tiene en el Código civil, el resto de las figuras sigue planteando serios problemas, aun y a pesar de los portentosos estudios hechos sobre ellas. El hecho de que todo

no está aún dicho sobre la materia es la cuestión que aquí nos plantea la Resolución que comentamos y que —dicho sea anticipadamente— permite una nueva afinidad entre albaceas y contadores-partidores. Igualmente en los programas de oposición “entre Notarios” se registra con auténtica insistencia la temática sobre las figuras, siendo en el último vigente la del Administrador de la herencia la que ahora le ha tocado en suerte, lo cual da pie para pensar que en la práctica notarial aun los criterios necesitan unificar prácticas, para que la “voluntad testamentaria”, configurada notarialmente, quede plenamente clara y no suscite a través de su manifestación problemas de dudosa interpretación.

Como abordar aquí todos los temas expuestos sería excederse en los límites de problemas que se plantean, creo que el comentario de esta Resolución puede admitir el desarrollo de dos cuestiones fundamentales: a) Distinción entre los albaceas y contadores-partidores. b) La facultad de entrega de legados.

a) *Distinción entre las figuras de albaceas y contadores-partidores*

Uno de los mejores trabajos que abordan precisamente la distinción dicha es el que hizo SÁENZ DE SANTA MARÍA TINTURE (I.) (“Notas sobre los albaceas y contadores-partidores”. A. D. C. 1953, págs. 385 y ss.) y que nos va a servir de base para este intento. La finalidad de la ejecución testamentaria puede llevarse a cabo a través de dos figuras que, basadas en la fiducia o confianza, regula específicamente el C. c. De una parte el cargo de albacea que recoge el C. c. en los artículos 892 y siguientes y la figura del contador-partidor del artículo 1.057 del mismo. A pesar de que ambas figuras están separadas dentro de la regulación legal, la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General, las ha equiparado. Sirvan de ejemplo las Resoluciones de 5 de febrero de 1908, confirmada por otra de 1917, que dicen que el cargo de contador no es esencialmente diferente al de albacea. En igual sentido pueden citarse las Sentencias de 23 de octubre de 1923 y la de 7 de enero de 1942, en las que se llega a una total equiparación. Siguiendo esa misma idea, es importante citar la Sentencia de 5 de julio de 1974, en la se dice que cuando a los albaceas “universales” se les confiere la facultad de hacer la partición “no por ello ostentan dos cargos, sino solamente el de albacea, en el que caben, conforme al artículo 1.901 del C. c. cuantas facultades sean conducentes al cumplimiento de las disposiciones testamentarias no sean contrarias a las leyes, y aun en el caso de que el testador encomiende la simple facultad de la partición a personas distintas, el cargo de éstas no constituye función esencialmente diferente de la de los albaceas, distinguiéndose sólo por la especialidad del trabajo que se les encomienda”.

Parte de la doctrina —concretamente TAULET (E.) al comentar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Rv. Cr. Dr. Inmb. 1932, pág. 629)— pretendió dar consistencia y autonomía propia a otro cargo distinto de aquellos dos basándose en la terminología que emplea el Código civil en el artículo 1.057, hablándose así de “comisario”. Las Sentencias de 24 de marzo de 1928 y 3 de diciembre de 1931, que apoyan la construcción, no son obstáculo para

que CASTÁN y SÁENZ DE SANTAMARÍA TINTURE rechacen tal figura, pues la palabra comisario se emplea en dos artículos del C. c. con diverso sentido: en el 670 como el antiguo "facedor" del testamento, hoy suprimido, y en el 1.057 se equipara a contador-partidor con la simple facultad de hacer la partición, sin facultad de ordenar el testamento. Tanto el 1.056 como el 1.057 están pensando en el sentido de que "se permita hacer la partición de la herencia", ya que el segundo se remite al primero ("Lo dispuesto en este artículo y en el anterior...").

A su vez, queda como cuarta figura en discordia la del Administrador de la herencia que regula el artículo 1.020 del C. c. y desarrollan los 1.026 y siguientes, aparte de la L.E.C. (arts. 968, 1.007, 1.009, 1.068 y 1.069, etc.), pero que no juega en el supuesto de hecho, pues sólo cuando al cargo de Administrador se le agregue el de albacea podrá surgir el problema de la entrega de legados. Estudian la figura —como se sabe— GITRAMA ("La administración de la herencia en el Derecho español". Edit. Rev. Dr. Privado. Madrid, 1950) y dedica a la misma un capítulo en su obra PUIG BRUTAU ("Fundamentos de Derecho civil". Tomo V, vol. I, págs. 419 y ss.).

Si hemos esbozado estas figuras es para intentar situar la que provoca dudas de interpretación de la cláusula de la cual surge, pues se dice en el testamento "Nombra *albaceas* contadores-partidores para todos los efectos y con todos los derechos y obligaciones anejos a dicho cargo a...". La literalidad de los términos empleados parecen dar la razón a la Dirección General por cuanto la testadora nombra albaceas y les añade las posibles facultades de "hacer la partición" que parecen ser las únicas que corresponden al contador-partidor. Aparte de eso, cuando se desarrolla la cláusula hablando de "derechos y obligaciones", se la refiere "al cargo" y no a los *cargos*. Es decir, parece ser que sólo hay un cargo y no dos, pero un cargo —el de albacea— con las facultades legales y las que puedan corresponder a los contadores-partidores. No creo que hubiese sido posible la fórmula inversa de nombrar contadores-partidores agregándoles las facultades de los albaceas, pues la tipicidad de esta figura atrae sobre sí la primacía, en virtud de lo que dispone el artículo 901 del C. c.

En el informe del Notario recurrente y autorizante de la escritura de entrega de legado pretende dar consistencia a la figura del "comisario" que ya hemos visto ha tenido algún defensor doctrinal aislado, pero que no ha tomado carta de naturaleza en nuestro Derecho común. El Notario no se atreve a utilizar la categoría de albacea "universal", pues sobre su conocimiento pesaba la Sentencia de 5 de julio de 1947 ya antes citada. Quizá mayor peligro encerraba la alusión a los artículos 1.092 y 1.093 de la L.E.C. que regulan el juicio voluntario de testamentaria y permiten la adjudicación a herederos y legatarios de lo que les corresponda, pero aparte de que la situación es distinta, pues la participación judicial es subsidiaria, no debe olvidarse que en la "simple facultad de hacer la partición" no se comprende la entrega de legados según los esquemas que la jurisprudencia ha mantenido para desarrollar dicha frase. Aparte de ello, y ahí reside una incógnita que deja abierta la Dirección, en el presente caso en la escritura de entrega de legados "comparécen únicamente con el primer carácter" (albaceas). ¿Qué

hubiera pasado si comparecen como contadores-partidores? En el presente caso era imposible, pues hemos quedado que se les nombra albaceas y se les prolongan sus facultades con las que pueden corresponder a los contadores-partidores.

Esta frase —a diferencia de la conclusión final a la que llega la Dirección— permite poner reparos a la doctrina que analógicamente identifica las figuras de albaceas y contadores. Ya SANTA MARÍA TINTURE lo había adelantado en el trabajo antes citado, pues aparte de que el cargo de contador no puede ser desempeñado por un coheredero (artículo 1.057) y no cabe la delegación por ser personalísimo y no entrar en juego el artículo 909 del C. c., resulta, según el citado autor, que entre ambas figuras existe la diferencia sustancial de la “índole del trabajo especial que se les encomienda”, pues el contador-partidor es la de hacer la partición y al albacea todo lo demás conducente a la ejecución testamentaria, menos contar y partir. Por ello, concluye, cuando en una persona se acumulan las funciones de contador y albacea, no sólo existe un albacea, sino un albacea y un contador-partidor.

ALBALADEJO (M.) (“El albaceazgo en el Derecho español”. Madrid, 1969) entiende que “si el albacea es un ejecutor testamentario nombrado por el causante, el contador-partidor que éste designa para ejecutar el testamento en la parte relativa a la división del caudal no es sino un albacea con la misión concreta de contar y partir”. Cita las Resoluciones de 13 abril y 30 de marzo de 1954, aparte la Sentencia de 11 abril de 1967. No obstante, reconoce que el albacea universal tiene todas las facultades que requiere una amplia confianza del testador tanto en orden a la ejecución del testamento como a la administración del caudal y representación de la herencia. Entre administrador y albacea hay las diferencias de que uno vela por el cumplimiento del testamento y el otro por el cuidado y gestión de los bienes hereditarios.

#### b) *La facultad de entrega de legados*

Mientras en el Derecho romano se distinguía entre delación y adquisición de legados, adquiriéndose por la primera el derecho al legado y por la segunda el derecho legado, en el Derecho moderno, abolido ya el principio de que todas las disposiciones testamentarias dependan de la eficacia de la institución de heredero, al desaparecer el riesgo motivador de la distinción, desaparece el desdoblamiento en la adquisición del legado entre adición del derecho al legado y adquisición del derecho legado. La adquisición del derecho legado tiene lugar en el mismo momento en que se produce la delación. Adquisición y delación coinciden por tanto. En el mismo momento en que el legatario es llamado al legado, queda investido del derecho legado.

El sistema español viene recogido en el artículo 881 al disponer la adquisición “ipso iure” del derecho al legado desde la muerte del testador. El brevísimo proceso en el que se desarrolla el fenómeno sucesorio del legado, culmina y llega a su fin con la entrega del mismo. Es general en el Derecho moderno su necesidad, que ya tiene sus antecedentes en el Derecho romano, donde el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, sino que debe pedir

al heredero que le haga entrega de ella. El mismo régimen es el del Código civil, como claramente se deduce del artículo 885: "El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla."

La entrega, aunque frecuentemente se la confunda con ella, no es la tradición, pues carece de la eficacia transmisiva del dominio que aquella lleva consigo aparejada. Lo que de verdad se discute es el fundamento de esta entrega, visto que no puede ser el de completar una adquisición que ya con anterioridad a ella era perfecta. Suele encontrarse tal fundamento en la "posesión que naturalmente corresponde al heredero sobre los bienes hereditarios, adquirida *"ipso iure"* por la fuerza del artículo 440 del C. c. Aun admitiendo esta explicación, es preciso añadir otra, pues no hay que olvidar la necesidad de garantizar el interés que tiene el heredero en conservar la cosa legada en tanto no haya comprobado la validez del legado, y si es un legitimario, en ver si no es necesaria una reducción del legado para salvar sus derechos legitimarios (tesis sostenida por GANGI). Dentro de nuestro derecho la tesis la sostiene ROCA SASTRE ("*Estudios de Derecho Privado*") al entender que el requisito está basado en razones de garantía para el heredero, pues éste ha de comprobar si el haber líquido de la herencia permite satisfacer íntegramente el legado o por el contrario se impone su reducción o su ineficacia total incluso. Esta es la verdadera "*ratio legis*" del precepto y del requisito de la entrega del legado. Lo confirma además el propio artículo 1.025 del C. c., que prohíbe a los legatarios demandar el pago de sus legados mientras no transcurra el plazo para la formación del inventario o venza el término para deliberar.

Las dos personas que se encuentren legitimadas para cumplir ese requisito son el heredero o herederos y el albacea cuando esté expresamente autorizado para ello, conforme hemos visto, determina el artículo 885 del C. c. Al reformarse el Reglamento Hipotecario por Decreto de 17 de marzo de 1959, en el párrafo 2 del artículo 83, se dice: "Los inmuebles determinadamente legados se inscribirán en virtud de escritura otorgada por el legatario y *por el contador-partidor o albacea facultado* para hacer la entrega o en su defecto por el heredero o herederos..."

A la luz de esta redacción, la interpretación doctrinal fue favorable a su literalidad, ya que en ella se distinguía al contador-partidor, de una parte, y al "albacea facultado". ROCA SASTRE ("*Suplemento al Derecho hipotecario*", Bosch, Barcelona, 1960, págs. 56 y ss.) decía que "El citado artículo 83 del Reglamento Hipotecario, en cuanto permite que el contador-partidor verifique la entrega de legados de bienes inmuebles sin necesidad de estar autorizado para ello por el causante, implica una reforma del artículo 885 del Código civil, pues éste sólo permite que la entrega la haga el albacea que se halle autorizado para darla por el testador o que la efectúe el heredero o herederos. No obstante, esta reforma es evidentemente práctica..." En su última edición viene a mantener una postura similar, aunque con ciertas aclaraciones y recomendando que cuando se designe contador-partidor se le faculte para la entrega de legados. En el mismo sentido se pronunció LA RICA ("*Comentarios*

a la reforma del Reglamento Hipotecario”, Madrid, 1959, pág. 82) al entender que el contador-partidor puede como acto propio de la partición hacer la adjudicación del legado, sin necesidad de intervención de los herederos.

Aparte la falta de sentido jurídico que significa afirmación de tal categoría, como la de entender derogado o modificado un precepto del Código civil por un Decreto que altera la redacción de un artículo de un Reglamento, creo que ni un autor ni otro pensaron en el caso en que el testador nombre albacea y le añada como facultades especiales las que corresponden al contador-partidor, pues entonces resulta que como albacea necesita “autorización”, pero como contador-partidor no, lo cual tendría que resolverse pensando en que si dentro de las facultades del contador-partidor está la de la entrega del legado de bienes inmuebles, es evidente que ha quedado “autorizado tácitamente” para ello. Esta hubiese sido una buena argumentación para defender la interposición del recurso e incluso una salida de la Dirección General para dar la razón al recurrente. No se ha hecho así, pues la fuerza en la que la Dirección carga todo el argumento es que al hacerse la entrega se actuaba como “albacea”..., dejando, como hemos apuntado antes en interrogante, la posibilidad de una actuación como contador-partidor.

PUIG BRUTAU (obra antes citada) niega que el contador-partidor tenga facultades para hacer entrega de objetos hereditarios, pues su finalidad es la de contar y partir. El mismo ROCA SASTRE (“Derecho Hipotecario”, 1968, tomo III, pág. 936) bien claramente dice que “El contador-partidor se halla facultado solamente para contar y partir la herencia, por lo que la facultad de hacer entrega de los legados es extraña a esta función, por carecer de funciones ejecutivas”.

Nuestra opinión en el presente caso es que de ninguna forma la redacción de la cláusula puede permitir más amplitud de facultades que las que legalmente corresponden al albacea y las que se agregan por el hecho de nombrarle contador-partidor. No hay que olvidar nunca que aquí —como en el mandato— las facultades que se concedan tienen que ser otorgadas “expresamente” (artículo 901 y 902 del C. c.), sin que una fórmula de carácter tan general como la que utiliza la cláusula permita deducir que entre “los derechos y obligaciones anejos a dicho cargo” están incluidas facultades que expresamente no se le conceden. El Notario autorizante del testamento, conocedor de la legalidad vigente, pudo prever “expresamente” esta facultad de entrega de legados y al no hacerlo dejó abierta la puerta de la discusión.

El hecho de agregar al cargo de albaceas el de “contador-partidor” y estar éste, en principio, facultado conforme al artículo 83 del Reglamento hipotecario para la entrega, no creo que sea argumento suficiente, pues sería preciso —como hemos apuntado— acudir a una autorización “tácita”, cuando como hemos visto el C. c. exige que se haga “expresamente”. La redacción misma del artículo 83 del R. H. lo justifica, pues de haber querido decir lo que sostiene ROCA y LA RICA, hubiera dicho “El albacea facultado para la entrega de legados o nombrado contador-partidor...”. No ha sido así y al anteponer el contador-partidor al albacea no puede entenderse que haya querido hacer de peor condición al albacea con facultades definidas y con posibilidad de am-

pliarlas, cuando al contador-partidor se le asigna sólo la facultad de contar y partir y la entrega de legados nunca ha sido comprendida dentro de esta función, aunque deba cumplirse en el momento de la partición.

**PROHIBICIÓN DE DISPONER.**—NO ES IMPRESCINDIBLE EL AUTO DE ADJUDICACIÓN DE FINCAS A FAVOR DEL ESTADO CUANDO LAS MISMAS SE HALLAN SUJETAS A UNA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR IMPUESTA POR EL TESTADOR EN UN ACTO DE ÚLTIMA VOLUNTAD. (Resolución de 5 de septiembre de 1974, *Boletín Oficial del Estado* de 12 de septiembre de 1974.)

*Hechos.*—Resultando que en el Registro de la Propiedad de Cocentaina figuraban inscritas con prohibición de enajenar dos fincas rústicas —secanos de viñas y olivos al término municipal de Muro de Alcoy—, señaladas con los números 2.846 y 3.758; que seguido procedimiento judicial contra el actual titular de las mismas J. José Ramírez Alonso, en el Juzgado número 6 de Valencia, causa 321/1967, la Audiencia Territorial de dicha capital, con fecha 29 de marzo de 1972, dictó Auto por el que se adjudicaban al Estado las dos citadas fincas; y que, comunicado tal Auto a la Delegación de Hacienda de Alicante, Sección del Patrimonio, fue recabado informe a la Abogacía del Estado que lo emitió en el sentido de ser título bastante para pedir la inscripción, por lo que fueron plenamente identificadas y tasadas las fincas para completar la oportuna documentación;

Resultando que presentado en el Registro escrito del Delegado de Hacienda de Alicante acompañado del Auto de adjudicación a favor del Estado de los mencionados bienes, junto con la documentación complementaria, puso el Registrador la siguiente nota: “Denegada la inscripción de las fincas comprendidas en el presente título por hallarse sujetas, según consta en el Registro de la Propiedad, a una prohibición de enajenar y tener que pasar al fallecimiento del ejecutado a favor de otras personas”;

Resultando que el Delegado de Hacienda de Alicante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el primer problema que ha de estudiarse en este recurso es el de alcance de las prohibiciones de enajenar en relación con la adjudicación al Estado de fincas inscritas con dicha limitación; que las prohibiciones de disponer están bastante huérfanas de regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico que sólo las dedica un precepto: el artículo 26 de la Ley Hipotecaria que permite su acceso al Registro cuando se establezcan en transmisiones a título gratuito, siempre que la legislación vigente reconozca su validez; que las prohibiciones pactadas convencionalmente responden a un criterio distinto, por lo que sus efectos son meramente obligacionales, de forma que no anulen los actos dispositivos contrarios a las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad consiguiente por incumplimiento contractual, de la parte infractora; que el caso del recurso es diferente, pues en él no existe una enajenación contraria a una prohibición de enajenar, sino la adjudicación al Estado por impago de costas judiciales, lo que motivó la consiguiente ejecución forzosa y al no tener éxito las subastas, se procedió a la adjudicación de los bienes al Estado, lo que ni siquiera cons-

tituye una enajenación en el sentido técnico de la misma; que en rigor se trata de una adjudicación en pago, figura similar, pero no igual a la enajenación; que en todo caso se trataría de una enajenación forzosa en la que la voluntad del interesado se sustituye por la del Juez, pero no como una venta, sino como una adjudicación; que así planteado el problema surge la duda de si las prohibiciones de disponer sólo entrarán en juego cuando se refieran a enajenaciones voluntarias; que sobre la cuestión apuntada parece en principio que la prohibición de disponer es un freno a la libre enajenación por el propietario, por lo que en las enajenaciones forzosas no se infringen las prohibiciones referidas; que, sin embargo, la Dirección de los Registros, en Resoluciones de 30 de diciembre de 1964 y 21 de abril de 1949, ha sentado el criterio de que las mencionadas prohibiciones podrían eludirse o quedar burladas mediante procedimientos o convenios simulados entre las partes; que si bien esto es cierto, no lo es menos que tampoco sería justo privar en absoluto de responsabilidad patrimonial a los bienes sujetos a prohibiciones de disponer, ya que por este camino bastaría transmitir bienes con la apuntada limitación para que jamás pudieran ser ejecutados, viniendo así a eximir de responsabilidad a su titular; que por ello se deben distinguir tres supuestos: 1.º Actos voluntarios contrarios a la prohibición, que no hay duda serán plenamente nulos. 2.º Enajenaciones forzosas en que pudiera existir fraude o simulación, que será anulables con objeto de evitar que la prohibición quede burlada, y 3.º Enajenaciones forzosas en que no exista ningún indicio racional de simulación o fraude; que deben ser plenamente válidas; que el presente caso debe encajarse en el tercer supuesto, por lo que la adjudicación al Estado ha de considerarse plenamente válida e inscribible en el Registro, sin que pueda oponerse a la misma la prohibición de enajenar; que las prohibiciones de disponer, al tratarse de limitaciones al derecho de propiedad que impiden el libre tráfico de los bienes, deben interpretarse restrictivamente sin que puedan constituir impedimentos absolutos que dejen sin efecto elementales principios como es de la responsabilidad patrimonial ilimitada establecida en el artículo 1.911 del Código civil; que no puede entenderse, por tanto, que los bienes sujetos a la prohibición de disponer constituyan un patrimonio separado; y que los bienes a que se viene refiriendo fueron objeto de anotación preventiva de embargo en el mismo Registro donde ahora se niega la inscripción y a pesar de ser dicha traba un trámite previo y necesario a la enajenación forzosa, el Registrador no puso ningún obstáculo al mismo, sino que la anotación tuvo lugar;

Resultando que el Registrador informó: que a pesar del brillante razonamiento del Delegado de Hacienda no comparte su criterio por tratarse de una prohibición impuesta testamentariamente en favor de un nieto y otros familiares del primer titular y el artículo 26 de la Ley Hipotecaria establece que estas limitaciones a título gratuito "serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez"; que la prohibición indicada reúne los requisitos legales establecidos, pues no implica prohibición perpetua de enajenar, ni temporal fuera de los límites autorizados; que los derechos amparados por la prohibición de disponer, por ser legales y hallarse inscritos, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se

declare su inexactitud, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria; que la jurisprudencia hipotecaria contenida en diversas resoluciones de la Dirección General que cita, es favorable al criterio del informante y que, el Presidente de la Audiencia, en otro recurso similar referente a bienes procedentes de la misma testamentaria, de fecha 26 de agosto de 1968, desestimó la pretensión del recurrente confirmando la nota denegatoria sin que el Auto que dictó fuese apelado por el rematante de los bienes que los adquirió también en pública subasta;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por dicho funcionario y el recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos;

*Doctrina.*—“Considerando que en este recurso la cuestión a dilucidar se centra en si es o no inscribible un testimonio judicial del Auto dictado por la Audiencia Territorial de Valencia, por el que se adjudican al Estado dos inmuebles pertenecientes al procesado cuando de los asientos del Registro aparece que este último tenía limitada su facultad dispositiva al no poder enajenar las mencionadas fincas que habían de hacer tránsito a su fallecimiento a la persona o personas instituidas por el causante en su testamento”;

“Considerando que el artículo 26 de la Ley Hipotecaria permite que tengan acceso al Registro las prohibiciones de enajenar impuestas por el testador en acto de última voluntad, siempre que la legislación vigente reconozca su validez, lo que sucede en el presente caso, en que la limitación se encuentra fundada en el artículo 781 del Código civil, y al estar este asiento bajo la salvaguardia de los Tribunales —artículo 1 de la Ley de Hipotecaria—, produce todos sus efectos, y en consecuencia obstaculiza el ingreso del documento calificado, hasta tanto desaparezca la prohibición o se declare en su caso su invalidez”;

“Considerando que lo anterior no se opone al principio general de responsabilidad patrimonial universal establecido en el artículo 1.911 del Código civil, según el cual el deudor responde con todos sus bienes de las obligaciones que haya contraído, que ha de ser respetado, pero ello no obsta para que al atribuir el dominio pleno de ambas fincas al Estado en virtud de las subastas realizadas se hayan traspasado los límites del derecho subjetivo del obligado, así como de su poder de disposición con olvido de los posibles derechos que terceras personas ostentan sobre los referidos inmueble”.

“Considerando, por último, que no ha habido una conducta contradictoria por parte del funcionario calificador, al dar primeramente acceso en el Registro a la anotación preventiva de embargo sobre los inmuebles y después rechazar la inscripción de los mismos a favor del Estado, puesto que la anotación practicada por su finalidad cautelar va encaminada a garantizar el derecho de los acreedores y terceras mediante la conservación y traba de los bienes del deudor, pero no tiene fuerza para privar de efectos a una prohibición temporal que para transmitir el dominio pesa sobre las fincas discutidas”.

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

*Consideraciones críticas*

El presente caso resuelto por la Resolución anterior ofrece al intérprete un campo de precisiones doctrinales para ver si el supuesto responde a una verdadera prohibición de disponer y señalar las consecuencias que como efectos han de producirse una vez reflejada en el Registro. Entiendo que esto debe desarrollarse de esta forma ante el brillante alegado del Delegado de Hacienda que interpone el recurso, la contestación más escueta del Registrador y el contenido de alguno de los considerandos de la Resolución. Ante ello creo que debe distinguirse:

a) *Concepto de la prohibición de disponer*

En el estudio especial que dentro de nuestra obra ("Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral") hacíamos de las prohibiciones de disponer aventuramos una definición que nos parecía correcta, pero que, como luego veremos, no se acepta unánimemente. Decíamos que por prohibiciones de disponer entendíamos "aquellas limitaciones no institucionales, expresas y excepcionales, en general temporales, que recayendo sobre el *ius disponendi* eliminan la legitimación para disponer, sin atribución de un derecho subjetivo a otra persona".

En el fondo esta "aventura" definitoria venía apoyada nada menos que por opiniones anteriores mantenidas por don JERÓNIMO GONZÁLEZ ("Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil, 1948, tomo I, pág. 480) y MOXO RUANO ("Propiedad limitada: prohibiciones de disponer", Col. Notarial de Barcelona, 1956, pág. 22), quienes insistían mucho en que la prohibición de disponer no suponía "atribución de un derecho subjetivo a persona determinada" y cuya insistencia venía ratificada por la Resolución de 20 de diciembre de 1929, que las calificaba como restricciones impuestas por personas capacitadas para ello, que limitan las facultades de un titular sin atribución del correlativo derecho a otra persona". Confirma esta doctrina la que se mantiene en las Resoluciones de 23 de marzo de 1936 y 13 de diciembre de 1951.

Esta construcción a nuestro juicio ofrecía la gran posibilidad de facilitar la distinción entre la prohibición y otras que tenían cierta relación como la sustitución fideicomisaria, la opción, el tanteo, las cláusulas de exclusiva de venta o compra, etc. Pero —aparte de algún otro autor— es preciso señalar recientemente un criterio contrario y es el mantenido por nuestro compañero ALVAREZ BEJGA (M.) ("Efectos civiles y registrales de las prohibiciones de enajenar", Conf. del Seminario de Derecho Hipotecario de Albacete, pronunciada el día 24 de abril de 1974), quien niega que sea característica común de las prohibiciones de disponer "la no atribución de un derecho subjetivo a persona alguna", pues aparte de que en estas prohibiciones siempre existen una o varias personas favorecidas por ellas, algunas prohibiciones legales y todas las procesales de carácter objetivo, que son objeto de anotación preventiva, se establecen en beneficio exclusivo de la persona favorecida con la prohibición, creándose, en consecuencia, un auténtico derecho subjetivo, de tal manera que solamente ella puede instar la anulación del acto dispositivo.

En el campo de nuestro refranero se suele decir que "rectificar es de sabios", pero no hay que olvidar que en el campo jurídico existe vigente la "teoría de los actos propios", que impiden ir contra ellos. A la vuelta de unos años hay que reafirmarse en la definición dada. ALVAREZ BEJGA confunde totalmente la esencia de la prohibición de disponer con la prohibición de disponer que se deriva como efecto de ciertas situaciones. Y para no dar a este comentario el sentido de "réplica", quiero hacer entrar en escena a otro compañero. Me estoy refiriendo a MANUEL AMORÓS GUARDIOLA ("Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente", A. D. C., en comentario a la Sentencia de 12 noviembre de 1963, año 1965, páginas 953 y ss.), quien decía que "no cabe hablar de prohibición de la facultad de dispositiva de un derecho indisponible. Respecto a éste, su propia naturaleza y su configuración legal lo excluirían del tráfico jurídico. De esta manera, por ejemplo, no cabe decir que el heredero fiduciario en una sustitución fideicomisaria está sujeto a una prohibición de enajenar, porque la inalienabilidad deriva de la naturaleza de su situación jurídica. Lo mismo podríamos decir, con carácter general, de las llamadas prohibiciones legales de disponer: adquisición de la propiedad por el arrendatario, adquisición de herencia por los herederos del ausente, bienes de interés artístico, etc. El derecho adquirido resulta total o parcialmente indisponible por su propia naturaleza y por imperativo legal. No se trata de prohibiciones de disponer en sentido técnico. Su limitación rebasa el cauce de la mera prohibición. Por eso producen eficacia frente a terceros por sí mismas, por mandato legal, y no tienen acceso al Registro".

Esta disección doctrinal irreproachable puede también predicarse de las anotaciones de prohibición de disponer de carácter procesal, cuya esencia no es la de establecerse "en beneficio exclusivo de la persona favorecida por la prohibición", sino que en los casos en que éstas proceden (artículos 764, 1.030, 1.097 y 1.428 de la LEC) son de carácter objetivo, derivándose subsidiariamente de dicha anotación los derechos que el autor alega.

Lo dicho hasta ahora tiene una crucial importancia en el hecho que motiva el presente recurso. ¿Existía una prohibición de disponer o se trataba de una inalienabilidad propia de la situación creada? Creo que éste es el previo problema para solucionar posteriormente el de los efectos. A este respecto el criterio orientador está representado por el segundo considerando de la Resolución, en el cual, a pesar de hablarse de "prohibición de disponer", se añade posteriormente que "la limitación se encuentra fundada en el artículo 781 del Código civil". La relación de hechos no dan pie para otras especulaciones y sólo cabe guiarse por ese considerando y el primero de la Resolución, que dice "cuando de los asientos del Registro aparece que este último tenía limitada su facultad dispositiva al no poder enajenar las mencionadas fincas que habían de hacer tránsito a su fallecimiento a la persona o personas instituidas por el causante en su testamento".

Hubiera sido muy de desear una mayor claridad en la exposición de los hechos que nos permitiera saber si estábamos ante una verdadera prohibición de disponer una sustitución fideicomisaria o una sustitución de esta clase reforzada por una prohibición de disponer. Nos queda como apoyo para defender

la existencia de una prohibición el informe del Registrador, en el cual claramente se está haciendo referencia al párrafo segundo del artículo 785 del Código civil, que trata precisamente de las prohibiciones de disponer a diferencia del 781 que parece regular la llamada sustitución fideicomisaria.

El que se hubiera calificado de una u otra forma creo que hubiera puesto ciertas variantes, como luego veremos, en la admisión o no de actos de transmisión, pero fundamentalmente en la razón del cierre registral, ya que el fiduciario es un propietario temporal que no puede disponer de los bienes fideicomitados en perjuicio de la restitución, a no ser que el testador haya dispuesto otra cosa. En suma, como diría LA CÁMARA (M.) ("Partición, división y enajenación de los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria". Revista Derecho Procesal, 1948, págs. 639 y ss.), "la sujeción de los bienes a la restitución es la verdadera causa de esa limitación temporal de la facultad dispositiva en cuanto exceda de esa sujeción".

b) *Efectos que se producen*

Toda prohibición de disponer válida, inscrita en el Registro de la Propiedad conforme a la regla 3.ª del artículo 26 de la Ley Hipotecaria, provoca el cierre del Registro a toda clase de actos dispositivos que se produzcan durante la vigencia de la misma. Este efecto fundamental viene recogido en forma reiterativa por una diversidad de Resoluciones de la Dirección General, de las que pueden servir de ejemplo las de 15 de enero de 1952, ratificada por otra de 16 de julio de 1973, en las que se rechaza la posibilidad de inscribir el dominio a favor de un tercero sobre la base de un expediente de dominio iniciado para reanudar el tracto sucesivo. La Resolución de 13 de julio de 1933 que declaró que los actos de enajenación realizados por los Juzgados, cuando no contengan especiales y expresos pronunciamientos contra las prohibiciones de disponer, no purifican el dominio transmitido de las condiciones impuestas, rigiendo para el Juez, ya obre en representación del deudor, ya en virtud del imperio que la Ley le atribuye, el principio de que no puede transmitir al adquirente más derechos que los que el demandado tenga inscritos. Igualmente las de 23 de julio de 1924 y 22 de junio de 1943.

La amplitud del término "disponer" hizo comprensiva la prohibición de hipotecar, como así lo recogían las Resoluciones de 11 de agosto de 1916 y 18 enero de 1936, aunque últimamente este criterio no ha prevalecido, ya que las Resoluciones de 18 abril de 1952 y 19 enero de 1963 admiten la inscripción de aquellas hipotecas pactadas con la prohibición de ejecutarse hasta tanto venza el plazo en que debe entenderse finalizada la prohibición de enajenar.

Sin embargo, la Resolución que más se acerca a los términos literales de la que comentamos es la de 21 de abril de 1949, en la cual se decía que la prohibición de disponer impedirá la enajenación judicial de los bienes a que afecte, pues la responsabilidad universal a que se refiere el artículo 1.911 del Código civil no basta para impedir sus efectos, ya que la voluntad subrogatoria de la autoridad judicial en el proceso de ejecución no puede traspasar los límites del derecho subjetivo del obligado, ni su poder de disposición. Como vemos,

es prácticamente el actual considerando tercero de la Resolución que ahora comentamos.

En este caso habría que matizar un poco, pues como bien apuntaba el informe del Delegado de Hacienda, el cierre del Registro parece predicarse en forma absoluta frente a los actos "voluntarios" del titular registral, pero no a los que vienen impuestos por razones de interés público o social. Realmente este punto fue abordado con su maestría habitual por LA RICA (R.) ("Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario", Innovaciones, 1948, pág. 122), quien decía que "en cuanto a los actos dispositivos posteriores a la anotación decretada por Autoridades judiciales o administrativas y no dimanante, por tanto, de la voluntad del titular, nada dice el Reglamento para resolver las dudas suscitadas sobre el particular. La Resolución de 7 de julio de 1900 entendió que la anotación de prohibición de enajenar solamente impedía inscribir los actos dispositivos "voluntarios", pero no los forzosos decretados por la Autoridad, y ello fundado en que la prohibición equivalía a una especie de incapacidad del titular afectado. Entendió lo contrario, en cambio, la Resolución de 11 de enero de 1893, que cerró el paso a todo acto posterior de enajenación, aunque fuese otorgado por Autoridad judicial, y en esta dirección se han inclinado diversas Resoluciones posteriores y la mayoría de los autores. Sin embargo, a mi juicio, es forzoso hacer una distinción: hay que buscar el origen del acto forzoso de enajenación, el interés que con él se sirve. Si se trata de un "interés privado", como, por ejemplo, en caso de venta realizada por un Juzgado a consecuencia de un procedimiento ejecutivo instado por un acreedor, es evidente que la anotación cierra el paso a la inscripción de esa enajenación, pues el permitirlo equivaldría a hacer ilusoria la prohibición de enajenar anotada. Mas si se trata de un "interés público", como, por ejemplo, en los casos de expropiación forzosa por utilidad pública o social, entiendo que debe ceder el interés privado representado por la anotación preventiva, y la enajenación podrá inscribirse, pese a la prohibición, máxime si se tiene en cuenta que la indemnización podrá servir de garantía al derecho del anotante. Claro que para ello será preciso que se acredite el depósito del importe de la indemnización a responder de los resultados del procedimiento en que se haya decretado la anotación".

Prescindiendo aquí del posible caso de simulación de crédito y ejecución procesal, es evidente que frente al interés "privado" debe ceder lo que se ha dado en llamar "interés público o social". Lo importante es saber cuándo existe este último, para que prevalezca sobre el primero. La vía de apremio en la que el Estado se mueve para el cobro de sus contribuciones e impuestos está limitada por las situaciones que la titularidad dominical impone, y así muchas veces se exige la notificación del embargo no sólo al deudor, sino al cónyuge, a los terceros poseedores y a los acreedores hipotecarios (artículo 120, 3.º, Estatuto de Recaudación) y otras veces se admite la tercería de dominio (artículos 179 y siguientes del citado Reglamento). Lo mismo sucede en el caso de impagos de tasas judiciales, conforme a los artículos 421 y ss. de la LEC.

Las excepciones que normalmente se establecen en favor de la "expropiación forzosa" y las que señala ALVAREZ BEJIGA en materia de Reparcelaciones (Reglamento de 7 de abril 1966, artículo 31) y Concentración Parcelaria (artículo 30 de la Ley y hoy 198 de la Reforma y Desarrollo Agrario de 12 enero 1973), aparte de algunas otras, exigen en forma indispensable "la previa declaración de utilidad pública o social del fin al que hayan de afectarse" los bienes objeto de estos supuestos. El requisito de la previa declaración de utilidad pública o interés público o razón social.

El hecho de que se hubiese anotado preventivamente antes el embargo es un argumento que utiliza el Delegado de Hacienda para hacer patente la contradicción entre su admisión y la denegación que luego se produce en torno a la inscripción de adjudicación de la finca a favor del estado. LA RICA, obra citada, sobre la base de ciertas Resoluciones de la Dirección General de los Registros, viene a decir que el cierre del Registro afecta a los asientos de inscripción o anotación de actos dispositivo, pero no a asientos de otra clase que no exijan el ejercicio de facultades dispositivo. La anotación de prohibición de enajenar no puede obstar a la práctica de otras anotaciones posteriores, de embargo, por ejemplo. El obtener anotación de prohibición de enajenar no modifica el rango del derecho del anotante, es decir, no le da preferencia sobre otros acreedores, sino en la medida en que determina el artículo 1.923 del Código civil. Así lo establece claramente el artículo 44 de la Ley. Tan racional doctrina fue expresamente declarada por la Resolución de 7 de enero de 1928 sobre mandamientos de embargo de créditos hipotecarios ya anotados, con otro embargo y prohibición absoluta de enajenación.

Lo que sucede es que esta doctrina de la anotación preventiva de prohibición de enajenar no resulta plenamente aplicable a la inscripción de prohibición, pues aquí no entra en juego el artículo 1.923 del Código civil, ni el 44 de la Ley Hipotecaria. Entiendo que en este punto tenía razón el Delegado de Hacienda, al alegar "conducta contradictoria" por parte del funcionario calificador, pues si bien acepto lo que dice la Dirección General en orden a que la anotación practicada por su finalidad cautelar va encaminada a garantizar el derecho de los acreedores y terceros mediante la conservación y traba de los bienes del deudor, pero no tiene fuerza para privar de efectos a una prohibición temporal para transmitir el dominio sobre las fincas discutidas, es también cierto que la anotación preventiva de embargo lleva consigo la potenciabilidad de una enajenación, al igual que la hipoteca, y ello ha hecho que la Dirección General en los casos de "suspensión de pagos" admita la anotación, pero con la restricción de que en el mandamiento se haga constar que "se suspenderá la ejecución hasta que termine la tramitación del referido expediente" (Resolución de 22 de noviembre de 1973, comentada en este Anuario de Derecho Civil, y que ratifican las de 14, 15 y 16 de diciembre de 1971.) ¿Por qué ahora se aplica doctrina distinta? ¿Por qué en este caso no se exige que la anotación preventiva de embargo quede afecta a la limitación de que no podrá ejecutarse hasta que se produzca la desaparición de la prohibición de disponer? Entiendo, como entendí en el caso de suspensión de pagos, que lo procedente hubiese sido efectuar una anotación preventiva de suspensión de la de embargo hasta tanto se solucione la situación registral dispositivo.

Nos queda pendiente, por último, la problemática de la construcción del caso como sustitución fideicomisaria. Traigo a este respecto el gran comentario que DÍEZ PICAZO (L.) ("Estudios sobre jurisprudencia civil", tomo II, Madrid, 1969) hace sobre el tema y al filo de la Sentencia de 20 de octubre de 1954 y en la que recoge prácticamente toda la doctrina de la Dirección General a este respecto, citando y desglosando las de 10 de septiembre de 1918, 21 de octubre de 1924, que se muestran contrarias a la enajenación del fiduciario, las de 5 mayo de 1931, 16 noviembre 1933, 22 de febrero de 1934, 16 septiembre 1929 y 22 junio 1943, que parecen admitir la enajenación, pero que posteriormente se vuelve en contra con las de 22 de diciembre 1950, 2 de junio de 1956, 7 mayo de 1960 y 13 de enero de 1965. Aparte de este estudio y de la doctrina dominante, concluye destacando estas resoluciones: 1.º El fiduciario puede, por sí solo, enajenar los bienes fideicomitados, pero es impugnabile a instancia del fideicomisario. 2.º Es válida la enajenación llevada a cabo por el fiduciario con el consentimiento de todos los fideicomisarios. 3.º La enajenación llevada a cabo con el consentimiento de algunos, pero no de todos los fideicomisarios, sólo es impugnabile por los que no consentan. 4.º En las sustituciones condicionales la autorización judicial al amparo del 164 del C. c. no suple el obstáculo de la falta de consentimiento. 5.º La autorización judicial obtenida por el juego conjunto de los artículos 804, 185 y 186 del C. c., pues no hay similitud entre la sustitución fideicomisaria y la institución de heredero bajo condición suspensiva y se presupone una herencia en administración y una facultad de enajenar, lo cual es distinto de la facultad de enajenar atribuida al fiduciario.

Como vemos de estas conclusiones, la situación que podía haberse creado es distinta y en todo caso creemos que hubiera sido válida, pero sujeta a condición resolutoria la enajenación realizada. Ello hubiera permitido su acceso al Registro. No debemos olvidar que la Dirección dice en su segundo considerando que el documento calificado hubiera podido ingresar cuando "desaparezca la prohibición o se declare en su caso su invalidez".

**TANTEO Y RETRACTO CONVENCIONAL.—PROCEDE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY HIPOTECARIA, Y EN CONSECUENCIA HABRÁ DE CANCELARSE, DADO SU CARÁCTER DE DERECHO PERSONAL, EL TANTEO Y RETRACTO DISCUTIDO QUE APARECE TRANSCRITO EN UN ASIENTO DE INSCRIPCIÓN. (Resolución de 19 de septiembre de 1974, *Boletín Oficial del Estado* de 26 de septiembre de 1974.)**

*Hechos.*—Resultando que por escritura autorizada por el citado Notario el 6 de diciembre de 1971, los cónyuges don Thomas Harris y doña Eilee Harris, vendieron al matrimonio constituido por don James Parker Dudge y doña Mary Middleton un solar de 1.160 metros cuadrados lindante con "Terrenos Canarios, S. A., de que procedía, con entrada al oeste o izquierda por una calle señalada por la letra A de la urbanización a que pertenecía, sita en la península de Jandía del término municipal de Pareja de la isla de Fuerteventura, plaza del Esquinazo, sobre cuyo solar habían edificado un apartamento-vivienda de 113 metros cuadrados de superficie, 90 de ellos cubiertos

y el resto dedicado a terrazas; que el solar originario estaba sujeto a determinadas cargas de interés turístico y en su inscripción figuraba también un pacto por diez años que establecía en favor de "Terrenos Canarios, S. A.", los siguientes derechos: "a) En caso de que el comprador pretendiese vender la finca por él adquirida, deberá comunicarlo fehacientemente a la entidad vendedora que en el plazo de treinta días podrá adquirirla en el precio y condiciones ofrecidas por aquél para la venta, que en dicho plazo no podrá efectuarse a terceros. Cumplidos los treinta días sin que "Terrenos Canarios, S. A.", ejercite su derecho, el comprador podrá vender la finca libremente. b) Si el comprador vendiese la finca sin comunicarlo fehacientemente a "Terrenos Canarios, S. A.", ésta tendrá derecho a retracto para adquirirla subrogándose en lugar del comprador, abonando a éste el precio satisfecho y gastos ocasionados. Las partes contratantes se obligan a imponer las mismas condiciones, servidumbres, limitaciones y obligaciones establecidas en esta escritura, de todo futuro comprador de la totalidad o parte de cualesquiera de sus fincas respectivas"; y que el señor Harris declaró al Notario autorizante y así consta en la escritura que según carta certificada, número 460, de fecha 18 de noviembre de 1970, "sellada previa comprobación del Jefe de Correos, notificó a "Terrenos Canarios, S. A.", la indicada venta al señor Pudge y "Terrenos Canarios, S. A.", consintió en la expresada enajenación";

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Presentado el precedente documento en este Registro en unión de otros complementarios, se suspende la inscripción del mismo por no acreditarse fehacientemente que se realizó la notificación a la entidad titular del derecho de tanteo. Es defecto subsanable y no se toma anotación preventiva por no haberse solicitado".

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la finca cuestionada estaba afecta por razón de su procedencia a un derecho de adquisición preferente en su doble fase de preadquisición y postadquisición, a favor de la compañía mercantil "Terrenos Canarios, S. A.", cuyo texto figura en la escritura calificada; que al tiempo de realizarse la operación se presentó por el vendedor un documento privado de renuncia firmado por don Douglas Villians Coonor, Administrador de "Terrenos Canarios, S. A.", al no ser posible una renuncia en documento público por encontrarse fuera de España el indicado señor, pero cuya firma fue cotejada notarialmente con otras de la misma procedencia, lo que se consideró suficiente, no ya para anular el personal derecho de tanteo, cancelable de oficio, sino también para dejar sin efecto el posible posterior retracto; que presentado el documento en el Registro fue calificado en la forma conocida; que ante tal calificación procede distinguir a efectos del cierre registral las siguientes figuras jurídicas: a) La prohibición de disponer que no es un derecho real y que sólo tiene acceso al Registro y produce su cierre cuando se establece en testamento o se agrega a una donación, pues los demás derechos, salvo el retracto arrendaticio, sólo faculta para el resarcimiento de daños y perjuicios en caso de incumplimiento; b) retractos legales que no cierran el Registro y sólo condicionan la adquisición real al ejercicio del derecho potestativo del retrayente; c) opción condicionada que

es un derecho personal que aunque se admite como inscribible, al no poderse transmitir sin consentimiento del cedente, no cierra el Registro y sólo suspende la fe pública registral por causas que consten en los correspondientes asientos; d) retracto convencional o pacto de retro, que es un derecho potestativo ejercitable en plazo determinado para recuperar la cosa vendida y que nunca cierra el Registro —Sentencia de 6 de mayo de 1972—, aunque pueda enajenarse y gravarse de donde resulta su posibilidad de inscripción; que el derecho de tanteo es una figura distinta de las anteriores, de naturaleza puramente personal, admitido por el principio de libertad de pactos contenido en el artículo 1.255 del Código civil, desarrollado por la doctrina jurídica, pero sin que exista precepto hipotecario que pueda fundamentar su acceso al Registro; que este derecho no condiciona la facultad de disponer ni la prohíbe ni limita, sino que sólo otorga una facultad de pre-adquisición o post-adquisición en caso de venta; que se trata por consiguiente de un pacto obligacional que condiciona la adquisición del tercero y que no debe tener acceso al Registro —artículo 51, párrafo 6.º del Reglamento Hipotecario— sin que quepa incluirlo en el genérico *numerus apertus* del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, por lo que no debe producir los efectos de prohibición de enajenar ni cerrar el Registro (Resolución de 4 de enero de 1927); que el Centro Directivo, en la Resolución de 20 de septiembre de 1966, propugna el cierre del Registro a los derechos de naturaleza personal, o sea, la exclusión o expulsión de los mismos, apoyándose en la de 29 de marzo de 1955 y artículo 2.º de la Ley Hipotecaria; que la nota del Registrador perjudica gravemente a los adquirentes que, por ser extranjeros, están sometidos a la condición de inscripción constitutiva bajo pena de nulidad absoluta y negación de acciones civiles dimanantes de un documento no inscrito (Decreto-Ley de 22 de marzo de 1962 y Ley y Reglamento sobre Zonas Polémicas y estratégicas); y que no resulta lógico calificar el pacto de tanteo, que es un derecho personal y aplicarles los efectos radicales de las prohibiciones de disponer;

Resultando que el Registrador informó: Que el documento privado de renuncia firmado por don Douglas V. Coonor no es sino una simple carta en que dicho señor renuncia al derecho de compra en nombre de la Sociedad "Terrenos Canarios, S. A.", pero sin acreditar su personalidad, facultades, etc., y como además no tiene carácter público resulta totalmente insuficiente para inscribir la venta; que, por otra parte, es curioso comprobar la disparidad de fechas entre la legitimación de la firma y las que cruzan el sello de legalizaciones; que el Notario achaca en su escrito al informante confundir el derecho de tanteo con otras figuras jurídicas, entre ellas las prohibiciones de disponer; que sabe perfectamente que el tanteo no implica una prohibición de disponer, sino que por el contrario es un derecho de adquisición preferente cuyo efecto principal no es privar al dueño de la posibilidad de enajenar una cosa, sino únicamente condicionar los actos de disposición que se realicen al cumplimiento de la previa notificación al titular del mencionado derecho; que una vez cumplido este requisito se podrá disponer de la cosa, bien a favor del titular del derecho o bien a favor de otro adquirente; que nunca ha pensado que la controvertida cláusula de la escritura sea un retracto legal arrendaticio, de características bien distintas; que es muy cierto que los retractos

legales no cierran el Registro, pero esto no hace el caso discutido, pues el retracto requiere que se haya realizado ya la transmisión, mientras que el tanteo se realiza y ejercita precisamente antes de que la transmisión tenga lugar; que, por consiguiente, los efectos registrales de ambos derechos, tanteo y retracto, son radicalmente distintos; que igualmente son distintos los efectos del tanteo y los del derecho de opción, por lo que su tratamiento registral es también diferente; que en cuanto al retracto convencional se remite a las consideraciones anteriores; que respecto al criterio del recurrente de estimar al tanteo como un derecho personal, si bien no aparece expresamente regulado como real por la legislación hipotecaria su consideración de tal es perfectamente posible dado el sistema de *numerus apertus* en cuanto a la admisión de los derechos reales inscribibles consignado en los artículos 2 de la Ley y 7 del Reglamento Hipotecario, habiendo sido precisados su naturaleza y efectos por la doctrina jurídica y la jurisprudencia que reconoce su existencia como derecho real en múltiples sentencias y resoluciones; que la Resolución de 20 de septiembre de 1966 reconoce incluso la posibilidad de constituir un derecho de tanteo de naturaleza real en las transmisiones gratuitas y permutas; que, por su parte, la doctrina científica perfila claramente las diferencias entre los derechos de tanteo y retracto precisando que una vez inscrito el derecho de tanteo "el Registrador no podrá admitir la enajenación realizada sin justificar el aviso previo al titular de aquel derecho o que en su caso ha transcurrido el plazo estipulado desde él"; que incluso el Notario reconoce el carácter real del derecho controvertido al reseñarlo dentro del apartado de cargas de la escritura calificada y recoger la declaración del señor Harris de haber notificado la transmisión a "Terrenos Canarios, S. A."; que en cuanto a los efectos del derecho de tanteo una vez inscrito, aparte del general de estar bajo la salvaguardia de los Tribunales conforme determina el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, la Resolución de 8 de abril de 1914 declara que producirá el cierre del Registro en cuanto a las enajenaciones respecto a las cuales tenga eficacia si éstas se han realizado sin haber sido notificadas al titular de aquel derecho o no ha transcurrido el tiempo estipulado para el ejercicio del mismo; que, por otra parte, admitir la inscripción del derecho de tanteo y negarle su principal efecto de cierre del Registro constituiría una incongruencia y no tendría finalidad alguna; que si una notificación notarial carece de eficacia si no consta fehacientemente la recepción de la misma, menos valor puede tener la mera declaración de un compareciente basada en una carta privada de un tercero que no acredita su personalidad y facultades;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos;

*Doctrina.*—“Considerando que el presente recurso gubernativo tiene por objeto el dilucidar si para la inscripción de la escritura de compraventa calificada es necesaria la previa notificación fehaciente al titular de un denominado derecho de tanteo pactado como cláusula complementaria en otra escritura de venta anterior, o si por el contrario no es necesaria dicha notificación, dada la renuncia contenida en el documento que se acompaña al título presentado

o, en último término, por el carácter obligacional del pacto transcrito, tal como sostiene el Notario recurrente”;

“Considerando en primer lugar que no puede tener el carácter de notificación fehaciente la manifestación hecha por el transmitente en la escritura de venta de haber notificado al titular del derecho a través de carta certificada, pues esta declaración no tiene más valor que la de haberse prestado ante un funcionario público, pero sin que la fe notarial pueda cubrir totalmente el acto al no haberse realizado de conformidad con el artículo 202 del Reglamento Notarial y bajo las circunstancias que en situación parecida señaló la Resolución de 1 abril de 1965”.

“Considerando que igualmente no ha de tomarse en consideración a efectos registrales —cualquiera que pudiera ser su valor si los interesados acuden a los Tribunales para ventilar y contender acerca de su validez— de la carta que se acompañó a la escritura calificada, por la que la Sociedad notificada renuncia a los derechos de tanteo y retracto que pudieran corresponderle, y que aparece firmada por persona que dice ser su Presidente y cuya firma está legitimada notarialmente, ya que en este caso la fe notarial sólo se extiende a la autenticidad de la firma, pero no a datos tan importantes y fundamentales para la calificación, como el de si tal persona se halla ejerciendo el cargo que se atribuye o, en su caso, si se encontraba facultada para realizar el acto de renuncia que en el documento se contiene”.

“Considerando que en su consecuencia todo el problema se centra en la naturaleza obligacional o real del pacto contenido en la primitiva escritura con una duración de diez años, y que se transcribió en los libros registrales”;

“Considerando que como reiteradamente tiene declarado este Centro Directivo, al estar fundado el sistema inmobiliario español, conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria exclusivamente en la inscripción de los títulos que contengan actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, y rechazarse en consecuencia todos aquellos actos que tienen carácter personal, una de las fundamentales misiones de los Registradores de la Propiedad —ciertamente no sencilla por las dificultades que en la práctica se presentan para realizar la distinción— es la de velar el cumplimiento de las normas legales sobre esta materia y evitar que puedan entrar en el Registro derechos, cargas y gravámenes que carezcan de trascendencia real”;

“Considerando que el criterio de *numerus apertus* en materia de derechos reales que aparece recogido en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, no autoriza, como ya indicó la Resolución de 20 de septiembre de 1966, para ampliar el campo de esta clase de derechos hasta el extremo de que a todo pacto se le pueda atribuir carácter real, pues para ello sería necesario que contuviese los requisitos típicos de los derechos de esta clase, y por eso ha de extremarse el cuidado para evitar que al amparo de este criterio de libertad se eluda la aplicación del artículo 2 de la Ley Hipotecaria o quede sin cumplir lo establecido en los artículos 29 y 98 de la misma Ley que expulsa de los libros registrales todas aquellas obligaciones que tengan un marcado carácter personal”.

“Considerando que en el presente supuesto —un derecho de tanteo y en su caso de retracto a favor del transmitente pactado en contrato oneroso durante un plazo de diez años, que fue inscrito en su día en los libros del Registro— no aparecen claramente delimitados los perfiles de una figura de naturaleza real e incluso la limitación establecida roza con el principio general sancionado en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, por lo que de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la Ley y 355 de su Reglamento habría de ser cancelado a instancia de parte interesada, cuestión no planteada en éste recurso”;

“Considerando que hasta tanto en que formalmente no se dé cumplimiento a lo anteriormente indicado, existe un obstáculo derivado de los libros del Registro al producir todos sus efectos el asiento practicado, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria”.

“Esta Dirección General ha acordado que procede en la forma señalada confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador”.

### *Consideraciones críticas*

En este comentario crítico se hace muy difícil relacionar los informes del Notario recurrente, del Registrador interesado y de las conclusiones que saca la Dirección General, pues todos ellos discurren por unos cauces un tanto distanciados de los esquemas que habitualmente tiene la doctrina prefijados. Es evidente que la postura notarial tenía que ser la de negar eficacia real a los pronunciamientos del Registro, cosa que viene a ratificar la poca diligencia del funcionario autorizante al no haber sabido prever los requisitos y las circunstancias que harían convertir un simple derecho personal en uno de plena eficacia real. De otra parte, el Registrador calificador, para justificar la entrada que dio al pacto que él creyó real, defiende y sostiene el pronunciamiento registral a toda costa, incluso aduce ese genérico principio de “la salvaguardia de los Tribunales” que, a mi entender, sólo debe entrar en juego cuando de derechos publicables se trate. Precisemos.

Lo curioso del caso no son los informes de uno y otro funcionario, pues ellos responden a esquemas habituales, sino la reacción que tiene la Dirección al solucionar en el último considerando un problema que parecía claro y sin problemas. En esta última decisión doctrinal se rompen los moldes hasta ahora establecidos y se proclama una idea discutidísima en orden a la publicidad registral tal y como hemos concebido tradicionalmente el Registro. De “*Jege ferenda*” puede ser una idea avanzada e incluso fructífera en resultados; pues, según se dice, todo lo que consta en el Registro produce efectos frente a terceros hasta tanto no se cancele reglamentaria o legalmente. Es decir, ese *balón* que a veces se le cuela al Registrador en su calificación y que lo hace constar registralmente, éntretanto no se cancele, sigue produciendo los *goles* de su eficacia. La incisión en los moldes o esquemas que uno tiene trazados, viene reflejada en la parte final de la Resolución, en la que partiendo de la posibilidad de estimar aplicables los artículos 98 y 355 de la Ley y Reglamento, respectivamente, por tratarse de derechos personales, diga que “hasta tanto en que formalmente no se dé cumplimiento a lo anteriormente indicado, existe

un obstáculo derivado de los libros del Registro, al producir todos sus efectos el asiento practicado, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria". En mi modesta aportación al Derecho Hipotecario debo considerar esta doctrina *excesiva* para las pretensiones que tradicionalmente el Registro pretende cubrir, pero con mucho porvenir si la amplitud conceptual de la publicidad queremos complementarla con esos derechos "híbridos" cuya configuración de reales o personales se decide —como en otros casos— a "última hora".

Disecionada de esta forma la Resolución, es preciso descender a detalles y distinguir en su comentario dos grandes partes: la primera, referida a las renunciaciones y notificaciones fehacientes; la segunda, destinada a precisar el carácter real o personal de la estipulación y sacar la conclusión adecuada. Conforme a ellos, distinguiremos:

a) *Renunciaciones y notificaciones fehacientes*

Precisamente este tema es el arranque del recurso, pues no hay que olvidar que el Registrador en su nota entiende que la notificación, que era requisito previo para poder realizar la enajenación, no tenía el carácter de fehaciente.

Por supuesto que no es lo mismo el hecho de la manifestación realizada ante Notario, hecho que queda cubierto por la fe notarial, que la notificación fehaciente o la demostración de que se ha hecho. El Notario se limita a dar fe, en el primer caso, que los interesados le manifiestan que han hecho la notificación, pero ahí queda reducida la fehaciencia. No creo que sea necesario profundizar más en este punto que es claramente distinto del supuesto que prevé el Reglamento Notarial en su artículo 202 en su redacción de 22 de julio de 1967, al regular las notificaciones por carta certificada. La Dirección General para reforzar la solución favorable a la calificación cita a este respecto la Resolución de 1 de abril de 1965, en la cual y en uno de sus considerandos se desmenuza la forma fehaciente de la notificación por carta, diciendo que "por cuyo mecanismo queda constancia fehaciente del texto literal de la misiva, de la introducción de la carta en el sobre, de su entrega al funcionario de correos y de la expedición del correspondiente recibo de imposición y, posteriormente, por la recepción del acuse de recibo, se confirma la entrega de la carta en el domicilio del interesado por el cartero, el cual no sólo está autorizado, sino obligado en el ejercicio de su misión, a realizar la entrega conforme a la norma del artículo 149 del antiguo Reglamento de Correos, así como del vigente, cuyo cumplimiento presupone que la célula o copia llegó al destino indicado, ya que los *certificados* que expide la Oficina de Correos son documentos que dan certeza".

Conceptualmente quedaron claras las distintas formas de notificación que reguló el 202 del Reglamento Notarial y que estudiaron en forma magistral GONZÁLEZ ENRIQUEZ ("Notas sobre la reforma del Reglamento Notarial establecida por el Decreto de 22 de julio de 1967", Rev. Dr. Notarial, 1969) y AVILA ALVAREZ ("Comentarios a la reforma reglamentaria de 22 de julio de 1967", en Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, octubre 1967).

Claro está que esta notificación fehaciente dependía en su eficacia de la posible renuncia que los posibles beneficiarios de los derechos de tanteo y retracto hicieran de los mismos. Sería o no necesaria dicha notificación según se hubiese producido o no la renuncia. Parece ser que se produjo dicha renuncia, pero la forma de acreditar la misma es la que no está en la línea exigida para provocar los efectos registrales que se desean. Presentan una carta de renuncia firmada por un extranjero en nombre de la Sociedad "Terrenos Canarios, S. A.", pero sin que se acredite su personalidad, facultades, etcétera, teniendo únicamente la firma legitimada. La exigencia de documentación pública (artículo 3 de la Ley Hipotecaria) es requisito imprescindible —salvo en ciertos casos— para la práctica de los asientos registrales. Esta doctrina tiene las excepciones referidas a los documentos *complementarios* que deben acompañar al documento inscribible o que pueden ser exigidos por el Registrador para una mejor calificación, pero que no son de aplicar el presente caso, pues aunque el documento en el que había de constar la renuncia de un derecho, podía calificarse de complementario o más bien de antecedente necesario para inscribir la venta, al contener la renuncia de un derecho inscrito y su consiguiente cancelación, exigía necesariamente prestar un consentimiento en cualquiera de los tres moldes que prevé el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Aquí se trataba únicamente de una carta en la que se había legitimado la firma, lo cual, como acertadamente dice la Dirección, no supone más que la *autenticidad de la firma*, que es lo único que cubre la fe notarial. Leyendo con cierto detenimiento los artículos 33 y 34 del Reglamento Hipotecario, se ve claramente la diferencia apuntada por la Dirección.

Si el documento en el cual consta la renuncia no se entiende suficiente para destruir la eficacia de la notificación previa a efectos de ejercitar el tanteo y esta notificación, a su vez, se entiende que no es fehaciente, la calificación tenía que ser la que fue, dejando a salvo —como lo hace la Dirección— los derechos de los interesados para hacer valer sus derechos ante la jurisdicción ordinaria y demostrar judicialmente la validez de la renuncia y la innecesidad de la previa notificación.

La cosa, sin embargo, se complica al aducir el Notario que ni el derecho de tanteo, ni el de retracto (sobre cuya aplicación y diferencias con otras figuras se extiende en su informe, quizá con más afanes de lucimiento que de efectividad) tienen carácter real, tratándose de un pacto obligacional que no debe tener acceso al Registro. La habilidad de la contestación a cargo del Registrador calificador es aducir la "salvaguardia de los Tribunales" para proteger lo inscrito, sin hacer mención de los temibles artículos 98 de la Ley y 355 del Reglamento Hipotecario. El Notario recurrente tampoco remata su recurso con la cita de esos artículos. Desplazado el tema al carácter real o personal de los derechos, comentemos el mismo.

#### b) *Carácter real o personal de los tanteos y retractos pactados*

La discusión entre el sistema del "*numerus clausus*" y el "*numerus apertus*" fue siempre favorable al último de los citados a la vista de los muchos artículos de nuestra legislación en que se podía apoyar la tesis (artículos 2 de

la L. H. y 7 del Reglamento, amén de los 392, 467, 523 y 594 del C. c.). De ahí que, en frase de NÚÑEZ LAGOS ("Registro de la Propiedad español", R. C. D. I., 1949), pueda decirse que la legislación hipotecaria sigue el sistema del *numerus apertus* y su contenido elástico preside la regulación de cada uno de los derechos reales.

Claro está que este sistema queda reducido en su posible amplitud por una pretendida cautela en la aplicación del principio y por la fuerza doctrinal de algunas opiniones. GONZÁLEZ PALOMINO ("La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria", R. G. L. y J., 1945) decía que con *numerus apertus* y todo, resulta que dentro de nuestro derecho todo se reduce a dominio, derechos limitativos, de adquisición y de garantía y la voluntad de los particulares se reduce a la determinación del objeto, condiciones, garantías y de los límites..., y es que falta poder e imaginación para inventar derechos reales.

SERRANO Y SERRANO ("El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo", 1934) y otros autores (COSSIO, BERAUD, etc.) han opinado también en contra del sistema del *numerus apertus*, aun y a pesar de que el Tribunal Supremo ha posibilitado la construcción *erga omnes* de aquellos derechos que se establezcan con carácter absoluto (S. T. S. 25 de julio 1945 y 27 junio de 1955).

De esta forma llegamos a la doctrina de la Dirección General de los Registros en la que puede citarse la Resolución de 4 de enero 1927, que negó trascendencia real a derechos de tanteo y retracto pactados convencionalmente. En las Resoluciones de 11 abril 1930, 13 mayo 1936, 23 febrero de 1943, 27 de marzo de 1947, 7 julio 1949, así como en la de 31 de mayo de 1951, se establece como regla genérica la de que la doctrina del *numerus apertus* no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica con el carácter y los efectos de un derecho real.

Sin embargo, frente a este criterio, surge posteriormente la posibilidad que ofrece la Resolución de 20 de septiembre de 1966, que versa precisamente sobre un caso de estipulación constitutiva de un derecho de "adquisición preferente", y en la que, después de repetir la idea de que "no es dable ampliar el campo de los derechos de cosas hasta el punto de atribuir naturaleza real a toda convención en la que no se contengan los requisitos típicos de los derechos de tal clase, y evitar que se pueda, al amparo de esa libertad, eludir la aplicación de preceptos fundamentales como los artículos 2, 29 y 98 de la Ley Hipotecaria", se añade que en el caso discutido se reunían los siguientes requisitos para dar consistencia registral al derecho pactado: a) Concesión de un derecho "erga omnes" de adquirir la parcela, sin crear un derecho de crédito. b) El precio se determinará por terceras personas. c) Fijación de un plazo. d) Determinación del límite del artículo 781 del C. c. y e) Se facilita el cese de la indivisión creada o la reconstitución de la primitiva finca.

Estas bases, junto con las que ya estableció la Resolución de 7 julio 1949, a la que se remiten las recientes —ya comentadas en este ANUARIO DE DERECHO CIVIL— de 19 de julio de 1973 y 10 octubre de 1973, podrían prefijar unas pautas en la inicial calificación registral y determinar claramente cuando estamos ante un derecho real o frente a uno personal. Pero hay que volver de nuevo a la gran dificultad que supone esta selección, pues como bien dice

la Dirección, "Al desempeñar los Registradores esta función, tropiezan con graves dificultades prácticas, pues, salvo en los casos en que los caracteres típicos del derecho real se presentan con nitidez, no deja de ser frecuente la existencia de relaciones jurídicas en que unas veces aparecen entremezcladas cláusulas de naturaleza real y obligacional; en otras se trata de figuras de tipo intermedio que ofrecen los caracteres de ambas, y hay también unas últimas en las que el derecho real no se presenta en forma pura, sino modalizado a través de un contenido más amplio...".

No es extraño, por ello, que LA RICA ("Comentarios al Reglamento Hipotecario", 1948) dijera que "Este principio de cierre registral al derecho personal es fácil de establecer teóricamente, y aun imponerlo con la energía de un precepto legal; pero resulta en la práctica bastante complicado a veces, pues existen zonas intermedias en las que lo personal se filtra sutilmente a través de lo real. Además, dice dicho autor, no hay que olvidar dos consideraciones: una, que el legislador puede construir como derechos reales o con efectos reales derechos sancionados por la doctrina como personales (tal es el caso del artículo 14 del Reglamento Hipotecario), y otra que los contratantes pueden dar trascendencia real a muchas convenciones puramente personales o de simple obligación por la vía indirecta de la condición resolutoria (artículo 37 L. H. y R. 6 julio 1949).

Lo curioso del caso es que planteado en el recurso o por lo menos solucionado en la Resolución, el problema de la naturaleza real o personal de los derechos que figuran en el Registro inscritos, se rechaza su carácter real por "no aparecer claramente delimitados los perfiles de una figura de naturaleza real e incluso la limitación establecida roza con el principio general sancionado en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria". La manifestación genérica de la falta de *delimitación de perfiles* es una buena fórmula, pero no conduce a nada. Así como en otras ocasiones la Dirección se ha atrevido a señalar cauces por los que habrían de transcurrir la futura constitución de derechos reales, ahora elude el caso y con esa fórmula poco comprometedora sale del paso. Ante la fórmula empleada por el Notario y refleja posteriormente en el Registro, ¿cabé añadir algún requisito más? Quizá fuera problema de matices o de términos en los que se hable del carácter *absoluto*, la *eficacia erga omne*, la *transmisibilidad o no del derecho*, etc., pero nunca de *intenciones* constitutivas de un derecho real. ¿De verdad eso es tan trascendente? Niego, por supuesto, que en estos casos se infrinja o se roce la doctrina del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, estando en este caso al lado de la exposición doctrinal del Notario recurrente. Intentar una diferenciación de figuras me parece excesivo en estos estrechos límites, pero es claro que un tanteo o un retracto no significan *prohibición de disponer*, sino condicionamiento de la disposición.

La conclusión de la Dirección es clara: estamos ante derechos personales a los que habría que aplicar la doctrina de los artículos 98 y 355 de la Ley y Reglamento Hipotecarios, pero como la cuestión no ha sido planteada, el asiento en que constan dichos derechos debe surtir sus efectos mientras esté, conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria, bajo la salvaguardia de los Tribunales. Las conclusiones que cabe sacar de esta doctrina son todas ellas

muy provechosas, pero destruyen, por así decirlo, la esencia de lo que tradicionalmente concebimos por Registro de la Propiedad. Veamos:

1. La función calificadora del Registrador, aparte de ser el "control que el Estado pone para respetar el principio de legalidad", tiene como misión específica el *seleccionar* del título presentado lo que es real de lo que es personal, rechazando la inscripción de aquellas cláusulas que entren en este último carácter.

Con esta Resolución tanto da que el Registrador se esfuerce o no para descubrir lo real y distinguirlo de lo obligacional, pues constatado en el Registro el derecho, aun siendo personal, seguirá surtiendo sus efectos hasta que sea cancelado, si es que se pide.

2. Conforme a esta Resolución, hay que estimar "no aplicable" circunstancialmente la doctrina del artículo 98 de la L. H., pues aun estimando que lo inscrito *es personal*, esto deberá tener la *consideración de gravamen* hasta tanto se cancele, cosa que si no se pide en el recurso puede perdurar, pues el contenido del asiento queda bajo *la salvaguardia de los Tribunales*.

3. La conclusión anterior impide entrar en funciones el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, ya que deja a la libre iniciativa del Registrador la posible cancelación (*podrá procederse*, dice el artículo) cuando practique cualquier asiento. En el caso contemplado pudo inscribir el Registrador la venta o enajenación, cancelando los derechos de tanteo y retracto, pero estimó que eran verdaderos derechos reales y los dejó incólumes, lo cual supuso que seguirían produciendo sus efectos. Aunque no hubiese calificado de reales dichos derechos, su actuación hubiese sido correcta al amparo de lo que nos dice la Resolución, pues aun estimando personales dichos derechos la facultad de cancelar que se le concede al no ser utilizada dio el mismo resultado que el supuesto anterior.

4. La línea progresiva que significa esta doctrina es de tener en cuenta para solventar la difícil problemática de la diferenciación entre derechos reales y personales. Se ha llegado a la superación del *lado pasivo* del derecho real. Sea real o sea personal, si el derecho se inscribe surte todos sus efectos hasta tanto no se cancele y si no lo cancelan los interesados con su consentimiento, ni el Registrador al amparo de lo dispuesto en el 355 del Reglamento Hipotecario, tendrá que ser el Juez el que levante el principio de *la salvaguardia de los Tribunales* y ordene la cancelación.

El derecho real —y hago juego contradictorio con la frase— no se inscribe por ser real, sino que es real porque se inscribe. Ya no es preciso señalar requisitos, circunstancias, elementos y trascendencias para que el derecho sea estimado como real: basta con inscribirlo para que tenga proyección *erga omnes*, mientras no se cancele. De ahí a un sistema de transcripción no hay más que un paso.

¿Pueden serenamente ser mantenidas todas estas conclusiones? Yo creo que es muy difícil. Me resisto a creer que la Dirección que vela por la pureza del sistema, la unificación de la práctica y la creación de una doctrina ajustada al espíritu de la Ley haya querido llegar tan lejos. Quizá, también, pudo suceder que por tratar de solucionar un caso concreto en el que había razones de equidad, no midiese las consecuencias a que podía llegar su solución equitativa.