

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

## II. Resoluciones

A cargo de IGNACIO PAZ-ARES

### **SOCIEDAD ANONIMA: EXCLUSION DEL DERECHO DE VOTO**

Es válida la cláusula estatutaria que establece la exclusión del derecho de voto en algún asunto concreto en que pueda haber contradicción de intereses (Res. 11 mayo 1989, «BOE», 21 junio).

#### 1. ANTECEDENTES

##### *a) Supuesto de hecho*

Se constituye una sociedad anónima cuyos estatutos sujetan la transmisión intervivos de acciones a «la autorización previa de la sociedad, quién podrá negarla basándose en que el adquirente es menos conveniente para la sociedad que el socio que se propone transmitir o en cualquier causa lícita y equitativa»... A este efecto el socio comunicará su intención al consejo de administración quién convocará junta general extraordinaria. «En dicha junta no se tendrá en cuenta ni la persona del socio que se propone transmitir ni las acciones que el mismo posea, al objeto de determinar el "quorum" de constitución. Dicho socio podrá asistir a la junta con voz pero sin voto. Si el acuerdo de la junta fuere denegatorio deberá especificar las causas de la negativa y hacer una oferta de compra de tales acciones —por precio no inferior al que resulte del último balance aprobado— procediendo, caso de ser aceptada aquélla oferta por el socio interesado en la venta, el derecho de los demás socios a adquirirla y si a ninguno interesase, tal adquisición la llevará a efecto la sociedad con la consiguiente reducción de capital.»

##### *b) Calificación del registrador*

Suspendida la inscripción por cuanto el artículo 8 de los estatutos veda el ejercicio del voto a los accionistas —que pretendan transmitir sus acciones— conculcando los artículos 39.3, 48 y 59 de la Ley de Sociedades Anónimas.

#### 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

La presente cláusula no es ilegal. Nótese que no se trata ahora de resolver siquiera si cabe negar al socio el derecho de voto en los asuntos en que su interés individual está en notoria oposición con los intereses de la sociedad. La cuestión

actual es mucho más leve: si puede preverse en los estatutos la exclusión del derecho de voto en un asunto muy concreto en el que, sobre ser evidente la oposición de intereses, cualquier determinación de la sociedad sólo es posible en los estrechos cauces que permite el derecho de adquisición tipificado en los estatutos y que, si se pone en marcha, es por la expresa voluntad del socio con su voluntad de transmitir notificada a la sociedad y, por tanto, queriendo todas sus consecuencias. No puede haber obstáculo pues, para que, en estos supuestos de excepción, los estatutos prevean que entonces en la formación del acuerdo social no cuente el socio al modo que la misma Ley de Sociedades Anónomas prevé directamente para otros supuestos análogos de oposición de intereses (cfr. art. 22-III).

NOTA: La cuestión suscitada, encuadrable dentro del más genérico tema de la inderogabilidad del contenido legal mínimo inherente a la condición de socio, plantea la validez de la previsión estatutaria que excluye el derecho de voto en determinados supuestos.

El recurrente evita el planeamiento anterior alegando que la Junta —para la cual se prevé la exclusión del derecho de voto del socio vendedor— no actúa en tal ocasión como órgano social por cuanto los asuntos en ella a tratar son, en sí, indiferentes a la sociedad, si no que se trata de una junta especial, mera reunión de los restantes socios en cuanto individuos.

La dirección rechaza, certeramente, la anterior argumentación en base a que la cláusula debatida no deja lugar a dudas de que es la junta general, en cuanto órgano social, la que debe decidir sobre el propósito traslativo de los socios, pues, si se atribuye a la sociedad la concesión de la autorización, lógicamente, sólo puede verificarla por medio de sus propios órganos y, además, si el acuerdo que se adopte es de compra para la sociedad, lleva inherente la consiguiente reducción de capital.

Parece existir cierta unanimidad doctrinal en que, no obstante ser el de voto uno de los derechos esenciales del accionista, su ejercicio puede ser excluido cuando el socio se encuentra en conflicto de intereses con la sociedad. La polémica se abre en el momento en que se intenta buscar el fundamento de aquella exclusión.

Un sector doctrinal sostiene que del conjunto de nuestro ordenamiento y particularmente de la LSA resulta la imposición de un «deber de abstención» al socio que se encuentre en contraposición de intereses con la sociedad (DUQUE en *Tutela de la Minoría. Impugnación de Acuerdos Lesivos*, Valladolid, 1957, pp. 110 y ss., señala como argumento la analogía con el art. 22.3 de la LSA, la evolución legislativa hasta llegar al actual art. 67.1 de la LSA y la doctrina de la representación. VICENT CHULIA alude al principio general de buena fe en el ejercicio de los derechos, art. 7 Cc y de la exigencia de buena fe en los contratos, art. 1.258 Cc y 57 C. de c).

También se ha apuntado que es la propia junta general la que —mediante el oportuno acuerdo— puede imponer aquella exclusión del derecho de voto al accionista en conflicto [ALBORCH, *Derecho de voto del accionista* (supuestos especiales), Madrid, 1977, pp. 300].

Sin embargo, parece muy dudoso que la junta general pueda tener tal potestad y tampoco, de nuestro ordenamiento jurídico se desprende de for-

ma clara la existencia del deber de abstención. Más bien parece lo contrario si tenemos en cuenta que el anteproyecto de LSA de 1947 preveía la impugnación del acuerdo cuando la mayoría necesaria para adoptarlo se hubiese obtenido «por la concurrencia de votos que no debieron emitirse en razón de un interés, propio o ajeno, que estuviese en pugna con el interés social» (DUQUE, *op. cit.*, pp. 113 y 114) y tal precepto lo fue recogido en el texto definitivo de la LSA y que al ser la norma contenida en el artículo 22.3 de la LSA limitativa de un derecho, no debe ser ampliada por analogía (Vid., Díez Pícazo-Gullón, sistema I).

Ello no obsta para que, conforme resulta de la interpretación del artículo 67 de la LSA, si la existencia de la contraposición de intereses determina la adopción de un acuerdo que perjudique el interés social en beneficio de uno o varios accionistas aquél sea impugnabile (BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1983, pp. 222). Esta línea de no configurar legalmente el «deber de abstención» si no de posibilitar la impugnación en caso de contraposición de intereses es la que adopta modernamente el Derecho comparado, donde como afirma Vicent «se observa una tendencia a reducir el carácter imperativo de las normas» en este tema.

Por el contrario, ninguna duda ofrece el que sean los estatutos los que impongan el mencionado deber de abstención. En tal sentido se manifiesta el centro directivo al resolver la licitud de la cláusula debatida (pese a que no se refiere, directamente, al caso de una cláusula que excluya el derecho de voto para todo supuesto de contraposición de intereses). Aquí si se puede traer a colación, como lo hace la resolución que anotamos, el artículo 22.3 de la LSA para demostrar que el carácter esencial del derecho de voto tiene excepciones.

Finalmente una norma citada en los «vistos» —el art. 47.4 de la Ley General de Cooperativas— confirma la bondad de esta doctrina ya que establece: «los estatutos establecerán los supuestos en que deba abstenerse de votar el socio o el asociado en conflicto por razón del asunto objeto del acuerdo».

## **SOCIEDAD ANONIMA: AMBITO DE LAS FACULTADES DE UN ADMINISTRADOR**

El administrador facultado para hipotecar puede constituir hipoteca en garantía de deuda ajena, salvo contradicción clara con el objeto social. (Res. de 12 y 16 de mayo de 1989.)

### **1. ANTECEDENTES**

a) Don Jesús, como consejero-delegado de la entidad K, constituye hipoteca de máximo favor de una entidad de crédito en garantía de obligaciones que, con ésta, tiene contraídas la sociedad Z (R. 12 mayo «BOE» 4 julio.)

b) Una entidad de crédito concede un préstamo a don Jesús y se garantiza hipotecariamente por la sociedad K, representada en aquel acto por el propio

don Jesús, que además de por sí, interviene —como consejero-delegado— en nombre de aquélla. (R. 16 mayo, BOE», 27 junio.)

c) Entiende la Dirección General que la cuestión a resolver consiste en determinar si el consejero-delegado se halla facultado para constituir, en nombre de la sociedad una hipoteca en garantía de deudas ajenas. A tal efecto, dice, debe tenerse en cuenta:

1) Que según el artículo 20 de los estatutos sociales, que determina las facultades del órgano de administración, aparecen expresamente incluidas las de prestar las garantías, afianzamientos o avales que puedan ser necesarios para el cumplimiento del objeto social, así como las de enajenar, hipotecar y contratar, en general, sobre toda clase de bienes muebles con las personas y entidades que tenga por conveniente.

2) Que constituye el objeto social de la entidad hipotecante la compra, venta, administración, arrendamiento y explotación, bajo cualquier forma o modalidad de fincas rústicas o urbanas y la realización en las mismas de obras de infraestructura y de toda clase de trabajos de urbanización.

3) Que al consejero-delegado le han sido debidamente conferidas todas las facultades que al consejo atribuye el artículo 20 de los estatutos (salvo las legalmente indelegables).

Resulta de todo ello, que el consejero-delegado se halla expresamente facultado para constituir garantías reales (y, por tanto, hipotecas) en favor de terceros si tales actuaciones caen dentro del ámbito definido por el objeto social o son instrumento idóneo para su consecución.

## 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION GENERAL

A este respecto debe recordarse la reiterada doctrina de ese centro que para los actos denominados neutros dispone su inscripción, salvo contradicción clara con el objeto social y sin perjuicio del derecho de los interesados para discutir ante los Tribunales acerca de la validez del acto por extralimitación de las facultades de los administradores, en virtud de elementos o medios probatorios que transciendan a la calificación registral.

NOTA: Reitera, aquí el centro directivo la conocida doctrina de los actos neutros (vid. Res. 2-X-81) que se incardina dentro de una más general dirección conducente a ampliar el ámbito de actuación de los representantes sociales frente a la representación civil (1.173 Cc, 145 LH. Vid. Res. 28-X-80, 4-III-85 y 27-II-86), e incluso frente a la mercantil (arts. 261 y 269 C de C. Vid. Res 21-XI-85).

Sorprende, sin embargo, que en la segunda resolución no se haga referencia alguna al supuesto de autocontratación en que incurre el otorgante: parece haber conflicto de intereses y de los antecedentes, no resulta autorización expresa, para tal caso, de la representada (sobre este tema ver Díez PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, pp. 199 y ss., Madrid, 1979. También Res. de 1 de febrero de 1980). Seguramente, el que se soslaye este tema se debe a que la nota del Registrador se expresaba en los

siguientes términos: «...no está debidamente facultado el consejero-delegado de la sociedad, para hipotecar bienes de la misma en garantía de deudas contraídas por terceras personas...».

## **ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO SOBRE BIENES QUE FUERON GANANCIALES**

No procede la práctica de la anotación preventiva de embargo, acordada en juicio ejecutivo seguido sólo contra el marido, que recae sobre bienes —anteriormente gananciales— que figuran inscritos a nombre de la esposa por adjudicación en la liquidación de la sociedad conyugal (Res. 29 de mayo 1989, «BOE», 11 julio).

### **1. SUPUESTO DE HECHO**

En 1987 se inicia un procedimiento ejecutivo contra don R, en base a una cambial librada el 1-10-86. Con fecha 5 de mayo de 1987, se dicta sentencia de remate mandando seguir adelante la ejecución y el 7 de junio de 1988 se libra mandamiento de embargo dirigido al Registrador en el que se hace constar que se ha comunicado a la esposa del demandado la existencia del procedimiento y el embargo.

Los bienes embargados habían sido adjudicados a la citada esposa en virtud de una escritura autorizada el 4 de noviembre de 1986 que fue inscrita el día 27 del mismo mes y año.

### **2. DOCTRINA DE LA DIRECCION**

Al ser anterior la inscripción a favor de la esposa (noviembre-86) que el embargo acordado (1987) en juicio seguido sólo contra el mandato, los principios de tracto sucesivo (art. 20 LH) y, en particular lo dispuesto en los artículos 38.3 de la Ley Horizontal y 140.1 Reglamento Hipotecario impiden que pueda hacerse constar en el Registro ninguna restricción del dominio inscrito adoptada en procedimiento del que no es parte el titular registral.

## **COMPRAVENTA CON CONDICION RESOLUTORIA**

I. Es inscribible una escritura de compraventa de varias fincas con precio aplazado y garantizado con condición resolutoria explícita, pese a que no se determina el correspondiente a cada una de ellas, por haber transcurrido, al acceder al Registro, el plazo de vigencia que, convencionalmente, se asignó a la indicada condición.

II. Es irrelevante e improcedente la registración de una condición resolutoria explícita extinguida de modo que no podrá ya subordinarse la inscripción en favor del comprador al reflejo registral simultáneo de aquélla. (Res. de 20 de abril de 1989, «BOE» 19 de junio.)

## 1. ANTECEDENTES

Mediante escritura autorizada el 23 de enero de 1978, los hermanos D. vendían dos locales comerciales y la sociedad D. cuatro pisos y una parcela de terreno, al señor J.

Dicha venta se hizo por un precio global, no distribuido entre las diferentes fincas vendidas, de 1.500.000 pesetas para los dos locales y 4.500.000 pesetas para los cuatro pisos y la parcela.

El precio total alcanzaba 6.000.000 de pesetas y quedaba aplazado en su totalidad por un término máximo de seis años y representado por seis letras de cambio, por un importe —cada una— de 1.000.000 de pesetas, que libraron todos los vendedores y aceptó el comprador.

En la escritura, además de determinar que en cada letra corresponden 50.000 pesetas a cada uno de los cinco hermanos vendedores y 750.000 pesetas a la sociedad D., se establecía que la falta de pago de cualesquiera de las citadas cambiales —debidamente identificadas— daría lugar a la resolución de la compraventa y que «dicha condición resolutoria quedaría extinguida automáticamente, por caducidad, al cumplirse siete años desde la fecha de la escritura, y el comprador podría obtener su cancelación con solo presentar en el Registro de la propiedad su mismo título de compra, acompañado de las seis letras originales anteriormente reseñadas, salvo el caso de que en el propio Registro apareciese algún asiento coantrictorio vigente a la sazón, dando los componentes de la parte vendedora en este acto su expreso consentimiento para que pueda practicarse tal cancelación en los términos dichos».

Nueve años más tarde se presenta en el Registro copia de esta escritura, que acompañaba a un mandamiento judicial cuyo objeto era la anotación preventiva de los bienes embargados reclamados en aquélla. El Registrador suspendió la inscripción porque, de conformidad con el artículo 11 Ley Hipotecaria no se determinaba la parte del precio correspondiente a cada finca, habida cuenta de la garantía establecida.

## 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

### *a) Conexión causal entre la transmisión dominical y la garantía establecida*

La interdependencia y conexión causal entre la transmisión dominical a favor del comprador y la garantía estipulada en beneficio del vendedor puede explicar que la no inscripción de ésta por falta de distribución del precio, trascienda al tratamiento registral de aquélla, al objeto de impedir que por la fuerza de los pronunciamientos registrales pueda romperse el equilibrio registral: una hipotética nueva transmisión realizada por el comprador, inscrita, haría inoperante la garantía real acordada.

*b) Posibilidad de fijar convencionalmente el término de vigencia de la condición resolutoria*

No ofrece duda alguna la validez del plazo de vigencia fijado convencionalmente, toda vez que se trata de una garantía libremente añadida por los contratantes al negocio principal, con el reconocimiento legal —arts. 1.255 y 1.504 Cc— y que por su propia esencia y funcionamiento reclama una duración limitada.

*c) Irrelevancia e improcedencia de inscribir una condición resolutoria extinguida*

Transcurrido el término de vigencia de la condición resolutoria, aún cuando se hubiera subsanado la falta de distribución, no puede ya subordinarse al reflejo registral de aquélla la inscripción a favor del comprador, pues su inscripción no es solo absolutamente irrelevante, sino incluso improcedente.

Es irrelevante por cuanto extinguida dicha garantía no podrá intentarse ya resolución alguna en los mismos términos que aquélla posibilitaba y porque, aun en el caso de que se hubiese operado la resolución durante su vigencia, al no haber sido presentada en el Registro y venir determinada la prioridad registral por el momento de presentación del título resolutorio, es indiferente que ahora se inscriba o no la citada condición.

Es improcedente debido a la exigencia de claridad y exactitud registral —que determina el expurgo, incluso de oficio, de cuanto carezca de transcendencia real—, la naturaleza de la institución registral, encaminada a la publicidad de las situaciones jurídicas vigentes, etc.

*d) Solicitud de no registración. Terceros tenedores de letra de cambio y condición resolutoria*

Por lo demás, al no haber perjuicio alguno para terceros por la no inscripción de esa garantía ya extinguida (en ningún caso esta condición de terceros, corresponde a los tenedores de las letras dado que la garantía se establece en beneficio de la obligación causal y no de la cambiaria y no consta la transmisión de aquélla al acreedor cambiario) nada impide que el comprador o sus causahabientes puedan solicitar ahora que no se produzca esa registración del mismo modo que si la garantía se hubiese inscrito oportunamente, podría aquél solicitar su cancelación con sólo presentar el título de compraventa del que resulta su extinción (arts. 40-b) y 82-2.º de la Ley Hipotecaria y 174-1.º del Reglamento Hipotecario).

*e) Apreciación de oficio de la caducidad*

No puede estimarse la alegación de Registración en el sentido de que no le corresponde apreciar la extinción de la condición resolutoria pactada por cuanto de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, salvo especificación en contrario, la calificación se extiende a todo el contenido documental y de él, juntamente con la fecha de su presentación, resulta la extinción actual de aquella garantía.

## PROPIEDAD HORIZONTAL. PATIOS DESTINADOS A ZONA VERDE

Es inscribible la escritura de división de un elemento privativo (aparcamiento) de la que resultan nuevas fincas, una de las cuales es un patio destinado a zona verde. (Res. de 31 marzo 1989, «BOE» 4 de mayo.)

### 1. ANTECEDENTES

Los hermanos don José y don Miguel, devinieron titulares de la entidad — integrante de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal— número 1: «apartamento en planta sótano con acceso por una rampa. Mide el aparcamiento propiamente dicho unos 13 m<sup>2</sup> útiles y unos 160 m<sup>2</sup> de zona verde».

Posteriormente ambos titulares, haciendo uso de una de las normas contenidas en el título constitutivo que les autorizaba, procedieron a dividir la entidad antes referida, resultando, por una parte, la finca número 1 de 13 metros útiles y, por otra, la finca número 1-A, patio destinado a zona verde con una superficie de 160 m<sup>2</sup> y con acceso por una rampa.

### 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

#### a) *Diferentes elementos comunes*

Integran el edificio, a efectos de la Ley de Propiedad Horizontal, además de la construcción principal y el solar, las construcciones y terrenos anejos. Estos últimos, los terrenos anejos (patios interiores y exteriores, jardines, etc.), son, como regla general, elementos comunes; más, no se trata de elementos esencialmente comunes, como los muros o cimentaciones, pues cabe que adquieran carácter privativo por disponerlo así el título constitutivo o por acuerdo posterior modificativo de aquél.

#### b) *Concepto de elemento privativo*

Cabe, en consecuencia, concebir como propiedad separada del edificio en régimen de propiedad horizontal no solo la que tenga por objeto, total o parcialmente, uno de los pisos o locales superpuestos verticalmente, sino también la que recaiga sobre cualquier otro espacio o local siempre que —además de ser susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública— esté integrado en el edificio, entendido éste como unidad inmobiliaria económica, arquitectónica y urbanística en que la edificación constituya el elemento principal.

#### c) *Efectos del principio de legitimación*

En el presente supuesto, no obstante el carácter excepcional de la hipótesis planteada, pues del Registro resulta que un patio, pese a estar destinado a zona

verde, es parte integrante de un local que es objeto de propiedad separada en régimen de propiedad horizontal, el principio de legitimación obliga a presumir, a todos los efectos legales, que el titular registral tiene sobre ese patio todas las facultades dominicales, siempre que sea compatibles con las limitaciones derivadas de la integración del terreno en el edificio sujeto a propiedad horizontal y, en especial, con el destino a zona verde.

Entre aquellas facultades se encuentra la de explotar el terreno y si bien el obligado destino a zona verde mengua en grado sumo los aprovechamientos posibles, no lo hace de forma total, pues del mismo Registro resulta que tal terreno es elemento integrante de un local objeto de propiedad separada.

## **SOCIEDAD ANONIMA: INTERPRETACION DEL OBJETO SOCIAL**

Es inscribible una escritura de Sociedad Anónima cuyos estatutos incluyen dentro del objeto social la «custodia de bienes» pues de la interpretación de aquéllos conforme a los artículos 1.281 y siguientes del Código civil resulta que no deben comprenderse las actividades de policía privada que determinarían la necesidad de adecuarse a una legislación específica. (Res. 11 de mayo 1989, «BOE», 21 de junio).

### **1. ANTECEDENTES**

Se otorga una escritura de constitución de Sociedad Anónima cuyos estatutos en su artículo 2.º establecen lo que sigue: «Constituye su objeto: Toda clase de actividades inmobiliarias como la promoción, tenencia y venta de solares, parcelas, edificios, viviendas y locales; la administración y arrendamiento de toda clase de bienes inmuebles. Así como los servicios de administración, custodia, gestión y venta; explotación y tasación de bienes, por cuenta propia y de terceros.

Dentro de este objeto social se comprende toda clase de operaciones y actividades que sean antecedentes, derivadas, complementarias o afines de las anteriormente enumeradas y que con ellas se relacionen, directa o indirectamente.

Podrá, además, ejercer la Sociedad, cualesquiera otras operaciones de lícito comercio que acuerde la Junta General».

El Registrador mercantil suspende la inscripción alegando que al incluir en su objeto la custodia de bienes debe adecuarse al Real Decreto 880/1981, de 8 de mayo, que regula la prestación privada de servicios de seguridad.

### **2. DOCTRINA DE LA DIRECCION**

*Es aplicable a la interpretación de los estatutos las normas que rigen la interpretación de los contratos.*

La interpretación de los estatutos, salvadas las especialidades que imponen su eficacia respecto de terceros, ha de someterse a las reglas hermenéuticas contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil. Por ello, teniendo en

cuenta que de la cláusula examinada resulta inequívocamente que los socios quisieron contraer el objeto social única y exclusivamente a las actividades inmobiliarias (el resto de las previsiones estatutarias es mera especificación como pone de manifiesto el adverbio «como» que las precede) (art. 1.281 Cc) y que las actividades de vigilancia de bienes a que se refiere el citado Real Decreto quedan excluidas de las que, según los usos, caben reputar típicas de las Compañías inmobiliarias (1.287 Cc) debe concluirse —conforme a lo previsto en el art. 1.283 Cc— que con independencia de la generalidad y extensión de la palabra «gestión» incluida en el precepto estatutario no cabe entender comprendidas en el objeto social los servicios de policía privada, pues, al exceder de las actividades instrumentales de custodia propias del comercio inmobiliario, deben considerarse distintas de aquéllas sobre las que los interesados se propusieran contratar.

## **SOCIEDADES ANONIMAS: CONSEJO DE ADMINISTRACION**

No es admisible la cláusula que establece el arbitraje como forma de dirimir los empates en el seno del Consejo de Administración. (Res. 27 abril 1989, «BOE» 27 mayo.)

### **1. ANTECEDENTES**

La Sociedad X, elevó a escritura pública diferentes acuerdos sociales adoptados en junta universal, entre los que figuraba la modificación del artículo 34 de sus estatutos, cuyo último párrafo quedó con la siguiente redacción:

«... El Presidente o quien haga sus veces no tendrá voto de calidad, teniendo necesariamente que acudir a una solución arbitral, conforme a la Ley de Arbitraje vigente, para deshacer los empates.»

Presentada la escritura meritada en el Registro Mercantil fue calificada así: «Denegada la inscripción de la cláusula contenida en el último inciso del artículo 34 de los Estatutos, por contravenir lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas».

### **2. DOCTRINA DE LA DIRECCION**

#### **a) *El empate en una reunión del Consejo de Administración no origina un conflicto litigioso.***

Para juzgar la validez de esta cláusula estatutaria ha de tenerse en cuenta que cuando se produce un empate en una votación de los miembros del consejo de administración, aunque queda impedida la formación de la voluntad del órgano, no se produce contienda o conflicto litigioso que corresponda resolver a los Tribunales.

#### **b) *Función y cometido de la institución del arbitraje.***

No procede, por tanto, la aplicación de la institución del arbitraje, que está ideada para sustituir en los litigios la actuación de los órganos judiciales. Por

lo demás, pretender dirimir los conflictos intracorporativos que están detrás de los empates recurriendo al arbitraje puede vulnerar principios básicos del orden público por cuanto no corresponde a la autonomía privada definir el papel de los jueces y tribunales ampliando las funciones que le están encomendadas constitucional y legalmente (art. 117, 4.º Const.). Ello es así porque la actuación conjunta de los artículos 9, 10, 27-4.º, 28 y 31 de la Ley de Arbitraje de 1953, invocada en la cláusula en examen, podría dar lugar a la introducción de los órganos jurisdiccionales en cometidos ajenos a su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como es el de coadyuvar o suplir en actuaciones procesales los mecanismos de actuación de las personas jurídicas. Razonamientos análogos podrían hacerse en relación con la hoy vigente Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988.

NOTA: La doctrina establecida por la resolución que acaba de extraerse, sin duda alguna, acertada, suscita algunos comentarios colaterales. El primero es que, si bien queda excluida la posibilidad de recurrir al arbitraje (puesto que éste solamente puede tener por objeto litigios o pleitos: v. L. DIEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, pp. 75-81), nada impide que pueda echarse mano de la figura del *arbitrio de un tercero* para dirimir empates del órgano administrativo de la sociedad anónima. En este sentido resulta certero el segundo considerando de la resolución que comentamos: «Admitido que para ser nombrado administrador no se requiere la cualidad de accionista, no puede haber obstáculo para que un tercero sea llamado a decidir en hipótesis especiales en las que en la medida en que completa el proceso formativo de la voluntad social viene a desempeñar funciones de administrador». El segundo comentario —también colateral— que suscita la resolución guarda relación con el mismo problema en el ámbito de las juntas generales. En este ámbito, se ha dicho, el recurso al arbitraje en los casos de «empate crónico» y consiguiente parálisis funcional del órgano debe admitirse a fin de evitar que se produzca la disolución de la sociedad por imposibilidad de realizar el fin social: artículos 150.2.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 30.2.º LSRL (J. M. MUÑOZ PLANAS, *Estudios homejane a Uria*, Madrid, 1978, pp. 490-492; C. PAZ-ARES, ADC 36 (1983), p. 1074; etc.). Esta opinión podría criticarse aduciendo los mismos argumentos esgrimidos por la resolución examinada: objeto de arbitraje sólo pueden ser los conflictos *jurídicos* o pleitos, nunca las desavenencias que impiden la mayoría. De la idoneidad del recurso al arbitrio de un tercero en este caso podría también dudarse afirmando que de esta manera se dejaría en manos de un no socio la decisión de asuntos que competen a la asamblea de socios (así G. SENEN DE LA FUENTE, *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, Madrid, 1965, pp. 20-21, aunque este planteamiento nos parece criticable). A nuestro juicio, sin embargo, nos parece correcta la opinión primeramente expuesta, y ello porque en este caso, a diferencia de lo que sucede con los empates en el seno del consejo, el arbitraje no tiene por objeto dirimir el empate y lograr un acuerdo, sino resolver sobre la situación de antagonismo que paraliza la sociedad y establecer cauces de salida; exclusión de los socios que infringen

sus deberes de lealtad (art. 31 LSRL en relación con el art. 218,7.º C de C y aplicación analógica de esta disciplina a las sociedades anónimas cerradas; y sobre ello C. PAZ-ARES, ADC 36 (1983), pp. 1074-1075); establecimiento de la obligación de vender las participaciones a un grupo de socios cuando el otro grupo ha realizado una oferta de compra (el artículo 7 Cc impide que alguien pueda solicitar la disolución de la sociedad por parálisis de la junta cuando ha mediado una oferta de compra); o, en fin, cuando no quepa una solución de salvamento, determinar que efectivamente se ha producido la parálisis de la sociedad y declarar (ya que no es posible obtener el correspondiente acuerdo: art. 152, párrafo 2.º LSA) su disolución mediante laudo (obsérvese que en este caso el laudo no sustituye la voluntad social, puesto que en estos casos el acuerdo de disolución de la junta general no constituye una declaración de voluntad, sino una declaración de ciencia —la verificación de que se ha producido una causa legal de disolución— que como tal puede reemplazarse por la decisión de un árbitro o de un Juez (v., por todos, J. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, pp. 571-572). Este razonamiento no puede reproducirse en relación con el órgano administrativo, puesto que si éste se paraliza, corresponde a la junta general poner remedio a la situación (vid. STS de 3 de julio de 1967).

## SEGREGACION DE PARTE DE UNA EDIFICACION URBANA

No es inscribible si no se acredita que la porción segregada goza respecto del resto de finca matriz de la suficiente autonomía físico-económica que permita configurarla como objeto de un derecho dominical independiente del que recae sobre aquél. (Res. 3 abril, 1989, «BOE» 4 mayo.)

### 1. ANTECEDENTES

Don Rafael, titular registral de una edificación urbana sita en la calle San José, números 89, 90 y 92 de una sola planta, con tres portales de acceso y tres viviendas, de las cuales dos se hallan integradas por dos partidos cada una, segregó el partido de la derecha de la casa número 88, que se describe como una vivienda unifamiliar de una sola planta y azotea. En la misma escritura, constituía una servidumbre recíproca de paso sobre el portal y escalera de acceso a las azoteas comunes a los dos partidos que se independizaban por la segregación, pues en la superficie de que consta cada uno de aquéllos se incluía la mitad del ancho del portal y escalera citados. Tal servidumbre, se establecía, habría de extenderse a las posibles edificaciones que libremente pudiera construir cada propietario sobre su predio. Finalmente vendía la finca segregada a don Antonio.

El registrador denegó la inscripción de aquél instrumento público alegando que en él se documenta una situación jurídica semejante a la propiedad horizontal sin constituirla, pese a que posteriormente se procede a dividir horizontalmente el edificio a que se refiere dicha situación, contrariando así el carácter imperativo

inherente a las normas que regulan la propiedad horizontal así como los principios hipotecarios de especialidad y determinación.

## 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

### *a) Pluralidad de situaciones fácticas semejantes a la propiedad horizontal*

La multiplicidad de situaciones fácticas posibles en esta materia determina la no imposición de construcciones jurídicas específicas, sino al contrario, el reconocimiento a los particulares de la libertad de elección del medio jurídico más idóneo al caso concreto en función de sus peculiares características y de los fines perseguidos.

No obstante esta libertad de configuración habrá de respetar las exigencias estructurales del sistema y los límites derivados de la trascendencia «erga omnes» del «status jurídico» de los bienes.

### *b) Carácter imperativo del régimen jurídico de la propiedad horizontal*

En consecuencia para elegir el medio jurídico más adecuado habrá que partir de las características físicas de la situación contemplada pues, si bien para la individualización como fincas distintas no es obstáculo el que haya algún elemento común a todas ellas, no cabe considerar como fincas independientes las que física y económicamente sigan siendo partes inseparables de un único edificio, ni eludir, así, el sistema imperativo establecido para regular la propiedad horizontal.

En el caso debatido no resulta debidamente acreditado que la porción a segregarse goce, respecto del todo, de la autonomía físico-económica necesaria para ser configurada como una finca nueva, independiente y susceptible de un derecho dominical totalmente desligado del recayente sobre el resto de la finca matriz. Por tanto, no procede practicar la inscripción solicitada, sino se acredita que, de conformidad con los considerandos anteriores, es posible la segregación, como entidad registral independiente, de la porción descrita.

NOTA: Se reitera en la presente Resolución la doctrina contenida en la de 26 de junio de 1987: La independencia jurídica de las fincas va indisolublemente unida a su independencia físico-económica. Esta exige que no se permite una *total* separación jurídica de las fincas que sigan siendo partes integrantes de un todo (edificio) y, por tanto, la sujeción de aquéllas al régimen de la propiedad horizontal, normativa que no se puede eludir cuando se dan los presupuestos básicos en que la Ley prevé su aplicación.

## **RESERVA LINEAL: RENUNCIA**

No tiene virtualidad cancelatoria la escritura de renuncia a los derechos reservables que, en vida del reservista, hace uno de los posibles reservatarios —aunque

sea el mejor derecho— ya que si premuere al reservista pueden ser otros los llamados como reservatarios efectivos (Res. 9 marzo, 1989, «BOE», 3-4-89.)

## 1. ANTECEDENTES

En una escritura de formalización de operaciones particionales otorgada por don Eleuterio y su hija doña Rosalía, se adjudica al primero —en pago de sus derechos sucesorios en la herencia de su finada hija María— una cuarta parte indivisa de una casa que la causante había adquirido de su, también difunta, madre. Tal adjudicación se hizo con el carácter de reservable y con aquél carácter se inscribió en el Registro.

Posteriormente doña Rosalía otorgó una escritura en la que, a falta de otros interesados con mejor derecho a los bienes reservables, renunció a cualquier derecho, titularidad o facultad que pudieran corresponderle ya al amparo del artículo 811, ya por razón del segundo matrimonio de su padre, sobre la cuarta parte indivisa de la finca referida que quedaba, así, liberada de toda su sujeción reservatoria. Finalmente se solicitaba la cancelación en el Registro de la constancia de la cualidad de reservable de dicho bien.

Presentada en el Registro copia de aquella escritura en unión de certificaciones del Registro civil acreditativas de ser la renunciante la única reservataria en tal momento, el registrador denegó la práctica del asiento solicitado en base a que tal renuncia aislada, al no acreditarse la muerte del reservista, no puede provocar la cancelación interesada.

## 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

La cuestión planteada debe ser resuelta en sentido negativo, pues la que hoy es reservataria de mejor derecho, no es la única interesada en la reserva, y puede ocurrir que por premorir la renunciante al reservista resulten ser otros los llamados como reservatarios efectivos y éstos no pueden ser afectados por tal renuncia tal y como se desprende de la sentencia de 24 de febrero de 1960 y Resolución de 19 de febrero de 1929.

NOTA: En el caso extractado, el debate se centra en torno al alcance y eficacia de la renuncia a los bienes reservables hecha «pendente reserva». El centro directivo fundamenta su solución en la consideración de que la muerte del reservista es el momento jurídicamente relevante para enjuiciar las consecuencias de la renuncia, pues es el tiempo en que, con carácter definitivo, quedan determinados los reservatarios.

Sin embargo, el artículo 970 —siguiendo las pautas de nuestro Derecho Histórico (LACRUZ, *Derecho de sucesiones II*, Barcelona, 1973 y VALLET, *Panorama... I y comentarios al Cc*, Edersa, tomo XIII)— parece reconocer plena eficacia a la renuncia hecha en vida del reservista por todos los hijos, reservatarios (vgr. «cesará la obligación de reservar»). Así lo entendió la Resolución de 25-3-1925: «la finalidad de orden interno familiar perseguida por la reserva tradicional del cónyuge binubo, se da por alcanzada

cuando los hijos del matrimonio causa de la misma, como representantes de toda las ramas o líneas descendentes que puedan invocar la protección de la Ley para no verse privadas de los bienes del antecesor común, autorizan la libre enajenación de las mismas y completan o purifican la propiedad condicional del cónyuge superviviente». ¿Podemos deducir de lo expuesto que el régimen jurídico de la reserva lineal no se integra con el contenido del artículo 970 Cc? A nuestro juicio la respuesta ha de ser negativa. La sucesión extraordinaria que ordena, por una parte, el artículo 811 Cc y, por otra, los artículos 968 y ss., Cc, se sirven de una misma técnica: la reserva. Y si bien es cierto que su diferente finalidad configura y diversifica aquella en diferentes aspectos (CLAVERIA, ADC 1980 IV) entendemos que tal diferenciación no se produce en el tema de la renuncia.

En efecto, los reservatarios llamados por el artículo 968 Cc lo son por derecho propio y no son otros que aquéllos descendientes del primer matrimonio sin mediación de persona capaz al tiempo de originarse la reserva (otros posibles reservatarios lo serían por «representación»). Por ello la renuncia de aquéllos vivos (929 Cc) o no vivos (923, 924 Cc) al tiempo de morir los reservistas afecta, lógicamente, a sus descendientes. Esta era la línea marcada por el Derecho común (Lacruz) y de ahí los términos en que se expresa la Resolución citada con la vista puesta en el artículo 970 Cc.

Es decir, tratándose de la reserva ordinaria, como en el momento en que surge la obligación de reservar se conocen *todas las personas* que «como representantes de todas las ramas pueden invocar la protección de la Ley», su renuncia produce efectos ipso facto.

La misma doctrina sería aplicable a la reserva lineal siempre que al tiempo de surgir aquélla, todos los posibles reservatarios renunciasen. La renuncia será efectiva y extinguirá la reserva desde entonces.

Sin embargo, esto es más difícil que ocurra en sede de reserva troncal, pues al estar genéricamente llamados todos los parientes dentro del tercer grado —todos ellos, preferentes o no por derecho propio— es claro que la renuncia de reservatario de mejor derecho (equiparable, en el supuesto anterior a los descendientes del primer matrimonio sin mediación de persona capaz), aunque admitamos que vincularía a sus descendientes (en este sentido se manifiesta Lacruz y, para algunos supuestos, también Vallet. En contra, la STS de 24 de febrero de 1990, citada por la presente Resolución) no afectaría a los demás reservatarios y, por tanto, no tendría «pendiente reserva» virtualidad extintiva. Ahora, los reservatarios de mejor derecho no «representan» a todos los que puedan invocar la protección reservatoria, pues existen otros que, si bien de forma subordinada, son igualmente llamados por derecho propio.

Por ello, no es que la distancia finalidad de los dos tipos e reservas impida la aplicación del artículo 970 a la reserva troncal, sino el distinto haz de llamados directamente en una y en otra (y quizá también el apuntado distinto carácter con que se hace aquel llamamiento al posible reservatario) lo que hace improbable, que no imposible, el que la renuncia a la reserva troncal pueda ser inmediatamente liberatoria para el reservista aun antes de su muerte.

## PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO (ART. 131 LH)

Es título hábil para causar la inscripción a favor del cesionario del acreedor rematante el testimonio del auto de adjudicación. (Res. 25-IV-89, «BOE», 3 junio.)

### 1. ANTECEDENTES

En el curso de un procedimiento judicial sumario se celebró tercera subasta, sin sujeción a tipo, en la que al no mejorar el deudor la postura ni presentar persona que lo verificase procedía aprobar el remate a favor del acreedor, quién intervino como postor a calidad de ceder a terceros, por lo que se dictó, por el secretario judicial, propuesta de auto de adjudicación del remate a favor de un tercero cesionario con el visto bueno del Magistrado.

Presentado el testimonio del auto de adjudicación en el Registro fue suspendida su inscripción por observarse, entre otros, el siguiente defecto: «Falta de la escritura pública necesaria para poder inscribir la cesión a favor de un tercero por parte del acreedor adjudicatario de la finca en el procedimiento del artículo 131, por analogía con lo dispuesto en los artículos 1.154 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 224 del Reglamento Hipotecario».

### 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

El centro directivo considera inscribible el testimonio del auto de adjudicación, en el marco de procedimiento judicial sumario, en cualquier caso, en base a lo que sigue:

1.º Quedan fuera del ámbito notarial las situaciones que acontecen y se perfeccionan dentro de la esfera judicial.

2.º Que la Regla 17 del artículo 131 LH establece, sin hacer precisión adicional alguna, que el testimonio del auto de adjudicación es título suficiente para la registración de la mutación jurídico-real operada en aquel procedimiento. Por ello, aquel debe considerarse como el adecuado cualesquiera que hubiesen sido las vicisitudes habidas, sin que se produzca vacío legal alguno que permita la aplicación subsidiaria de otros preceptos dictados para otros procedimientos de ejecución (arts. 1.154 LEC y 224 RH).

3.º También prevé, expresamente, el artículo 131 LH la posibilidad de formular posturas a calidad de ceder el remate, regulándose tal cesión como una incidencia más del procedimiento a verificar ante el Juzgado.

## SOCIEDADES ANONIMAS: RETRIBUCION DE LOS ADMINISTRADORES

El artículo 74 LSA impone la necesaria fijación en los Estatutos de la retribución de los administradores, si la tuvieran, y tal exigencia no queda cumplida sino cuando las previsiones estatutarias son claras y determinadas.

Si aquella retribución consiste en una participación en las ganancias, es necesario que conste con toda certeza en los estatutos la medida de tal retribución, es decir, el tanto por ciento en que se cifra, y ser claramente determinable su base de aplicación, pudiendo o no señalarse límite máximo de percepción. En caso contrario, la inseguridad en la fijación podrá redundar en perjuicio, tanto de los accionistas, como de los propios administradores, que podrán ver reducidos sus emolumentos por la simple voluntad de la Junta. (Res. 26-IV-89, «BOE», 19 junio).

## CANCELACION PARCIAL DE HIPOTECA

No es inscribible una escritura en la que el acreedor hipotecario, por sí solo, cancela parcialmente una hipoteca que recae por entero sobre varias fincas —por división horizontal de la originariamente gravada— liberando de responsabilidad a una de ellas. (Res. 27 de marzo 1989, «BOE», 21 de abril.)

### 1. ANTECEDENTES

Se constituye hipoteca sobre un edificio de planta baja y sótano con el pacto de que aquella se extenderá a las construcciones que sobre dicha finca se levantasen. Con posterioridad el edificio fue derruido construyéndose sobre el solar una edificación de nueva planta que se constituyó en régimen de propiedad horizontal.

El acreedor hipotecario, mediante la oportuna escritura pública, procedió a cancelar parcialmente el referido gravamen liberando del mismo a una de las entidades privativas integrantes del nuevo edificio (núm. 42, piso ático, puerta 2.ª) y reduciendo el crédito hipotecario en la proporción de la cuota (0,79 %) correspondiente al elemento liberado en el valor del conjunto del inmueble.

El Registrador suspendió la práctica de la cancelación parcial solicitada por el defecto subsanable de faltar el consentimiento de los demás titulares de las fincas hipotecadas, «sin que el acreedor pueda determinar por su sola voluntad, la finca liberada por no haberse distribuido previamente la responsabilidad hipotecaria que hubiera exigido tal consentimiento de los titulares afectados».

### 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

#### *a) Hipoteca solidaria: Pluralidad de relaciones jurídicas (interna y externa)*

Cuando un mismo gravamen recae por entero sobre varias fincas, no solo se producen relaciones entre el titular del gravamen y cada uno de los dueños de las fincas afectadas, sino también entre los distintos dueños de éstas.

*b) La hipoteca no solo garantiza al acreedor, sino también al deudor que paga. Subrogación.*

En virtud de tales relaciones, si uno paga la cantidad íntegra garantizada, solo podrá reclamar de los demás la parte que a cada uno le correspondiera satisfacer (jugando también aquí la previsión del art. 1.844, 2 Cc) pero conserva, para ello, las mismas garantías con que contaba el acreedor principal (arts. 1.145, 1.844, 1.087, 1.839 y 1.212 Cc). De aquí se desprende que, si bien el acreedor puede renunciar a sus derechos sobre cualesquiera de las fincas, tal renuncia no puede implicar —en relación a esa finca— la cancelación de un derecho real que, como quedó dicho, confiere facultades, además de al acreedor, a los restantes dueños.

*c) Necesidad del consentimiento de los demás titulares de fincas afectadas por la hipoteca solidaria*

Por lo dicho, y para evitar que por el juego de la solidaridad resultante de los artículos 122 y 123 LH pueda concentrarse el gravamen de forma arbitraria o desproporcionada sobre alguna finca, es por lo que para la cancelación parcial de hipoteca con liberación de alguna finca se precisa, además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que una vez constituida la hipoteca adquirieron fincas procedentes de la división de la primitiva.

*d) Significado jurídico del establecimiento de «cuotas en el régimen de la propiedad horizontal»*

La asignación de cuotas conforme al régimen de la propiedad horizontal, sirve para delimitar *a todos los efectos* la participación en las cargas. Por ello, si el acreedor hubiese consentido en la distribución de responsabilidad hipotecaria entre los diferentes elementos privativos conforme a aquellas cuotas, ningún obstáculo habría para la práctica de la cancelación solicitada. En otro caso, la cuota de cada piso solo determina en la relación interna un límite mínimo de responsabilidad. De ahí que no baste el consentimiento que ahora presta el acreedor para, por sí solo, liberar esa finca.

## **BIENES GANANCIALES. COMPRAVENTA JUDICIAL**

Es inscribible la compraventa judicial que recae sobre un bien ganancial otorgada por el Juez, a consecuencia de un juicio ejecutivo seguido sólo contra un cónyuge, sin necesidad del consentimiento del otro consorte siempre que a éste le hubiese sido notificada la existencia del embargo. (Res. 11 mayo 1989, «BOE», 3 de agosto.)

## 1. ANTECEDENTES

### a) *Supuesto de hecho*

En un juicio ejecutivo seguido contra el señor A, se procedió al embargo de una finca perteneciente al demandado y a su esposa con carácter ganancial. Seguidos los trámites de la vía de apremio, se adjudicó aquella finca en subasta a la Entidad H, otorgando el Juez la oportuna escritura pública de compraventa «en representación y por rebeldía del demandado».

### b) *Calificación registral*

Se suspende la inscripción porque siendo ganancial la finca, conforme al artículo 1.377 Cc, es preciso para su transmisión el consentimiento voluntario o suplido de ambos consortes, siendo, por tanto, necesario que el Magistrado actúe en representación de los dos y no sólo del esposo.

## 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

1. Cuando el Juez otorga de oficio una escritura en cumplimiento de lo previsto en el artículo 1.514 LEC no actúa propiamente en representación del deudor o del dueño de la finca, sino en ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuyos resultados se imponen a los dueños con, sin o contra su voluntad.

2. Ciertamente, el Registrador, en aplicación de sus facultades calificadoras debe decir, entre otras cuestiones si se cumplen las exigencias del principio de tracto sucesivo. Pero, como aquí se califica a una enajenación forzosa, que se realiza sin necesidad del consentimiento del titular registral lo que debe verificar es si consta que las actuaciones judiciales quedaron debidamente entabladas contra el titular registral.

Tratándose del embargo de un bien ganancial por deuda que se reclama sólo al marido, si la esposa fue debidamente notificada de aquél, tuvo ya la oportunidad legalmente prevista de defenderse en relación con el embargo, ateniéndose, en otro caso, a las consecuencias del mismo, las cuales, en el desenvolvimiento natural del procedimiento, conducen a la enajenación por un acto de autoridad; es decir, sin necesidad esencial de que los dueños presten en ese momento su consentimiento.

## **ATRIBUCION VOLUNTARIA DE CARACTER GANANCIAL**

Es inscribible el convenio conyugal que atribuye carácter ganancial a una edificación verificada en suelo privativo con dinero ganancial. (Res. 10-III-1989, «BOE», 13 abril.) (Similar caso y doctrina en el R. 14-IV-89, «BOE», 15-V.)

## 1. ANTECEDENTES

Los copropietarios de un solar indiviso declaran haber construido sobre el mismo, a expensas de su respectiva sociedad conyugal, una edificación que dividen horizontalmente, procediendo a continuación a la adjudicación de las fincas resultantes, en pago de sus respectivas cuotas en el condominio que disuelven.

En la misma escritura, uno de los comuneros —que había adquirido su participación en el solar por título de donación— pactaba con su esposa «al amparo de los arts. 1.355 y 1.323 Cc que la construcción de obra nueva que se ha declarado y el conjunto de la finca resultante, incluso por tanto, el solar, en la proporción imputable a la sociedad conyugal formada por ambos, tendrá carácter ganancial de su matrimonio, y, además, a tenor del art. 93 del RH, solicita su inscripción con tal carácter».

El Registrador deniega la inscripción con el solicitado carácter ganancial, «de conformidad con el art. 1.359 Cc», y lo inscribe a favor del cónyuge copropietario, en concepto de bien privativo.

## 2. DOCTRINA DE LA DIRECCION

### *a) Discordancia entre el asiento solicitado y el practicado. Independencia negociál y unidad documental*

Se alega infracción procedimental, pues el Registrador incribió como privativa la finca que se solicitaba constatase en el Registro como ganancial sin mediar la conformidad del titular del derecho perjudicado por la inscripción (el otro cónyuge). Tal afirmación no puede ser mantenida pues la independencia jurídica —no obstante la unidad documental— entre la declaración de obra nueva, división horizontal y disolución de comunidad y el acuerdo conyugal de uno de los condóminos sobre el carácter de su respectiva adjudicación conlleva que la perfección de aquéllos no se subordine a la validez de éste, de modo que aun cuando se le negase relevancia jurídica sería eficaz la disolución del condominio y consiguientes adjudicaciones con el carácter que tuviesen las cuotas originarias y por tanto, al amparo del artículo 434 RH quedaría posibilitada la inscripción discutida.

### *b) Atribución de carácter ganancial*

— Sentido del artículo 1.359 Cc.

El artículo 1.359 Cc no prejuzga ni es su cometido hacerlo sobre la facultad de los cónyuges para provocar el desplazamiento de la finca edificada desde el patrimonio privativo de uno de ellos hacia el ganancial.

— Desplazamiento patrimonial entre cónyuges: Posibilidad y requisitos.

Posibilidad: El acuerdo de ganancialización de la presente hipótesis, si bien no encaja en el supuesto normativo contemplado por el artículo 1.355 Cc —que lo constriñe a los bienes adquiridos a título oneroso, haya o no indeterminación sobre la naturaleza de la contraprestación al tiempo de la adquisición— no por ello ha de negársele validez y eficacia, toda vez que los amplios términos del

artículo 1.323 Cc posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y por ello entre sus patrimonios privativos y consorciales.

Requisitos: Tales desplazamientos habrán de producirse por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto —entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada en sus propios elementos y características—, y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (arts. 609, 1.255 y 1.274 Cc) y subsidiariamente, por la normativa general del Código civil. Por tanto, la errónea alegación del artículo 1.359 no permite sin más rechazar la inscripción solicitada. Cuestión distinta es la de decidir si en el acuerdo debatido concurren todos los elementos determinantes de la validez y efectividad de la aportación pretendida, más la necesaria concreción del recurso a las cuestiones directamente relacionadas con la nota de calificación no permite abordar su análisis en el ahora entablado.

NOTA: Tres preceptos básicos para la ordenación de la Sociedad legal de gananciales se dan cita en el contenido de esta Resolución, cuyo breve comentario acometemos analizando diferenciadamente cada uno de aquéllos.

a) Artículo 1.359.

La presente Resolución, sin agotar el tema, enseña un camino por el que debe discurrir la interpretación del artículo 1.359. No pretende, dice, prejuzgar sobre la facultad de los cónyuges para provocar desplazamientos patrimoniales. Tampoco, a nuestro juicio, parece que sea su cometido, a diferencia de otros preceptos tales como el 1.346, 1347 Cc, etc., determinar que bienes son privativos o gananciales; su verdadero sentido radica en —como señala el centro directivo— «rectificar el criterio del antiguo artículo 1.404 Cc». Supone ello, en consecuencia, reiterar, en sede legal de gananciales, los principios básicos de la accesión (*accessorium sequitur principale* y *superficies solo cedit*) tan solo modalizados por la singularidad de las reglas establecidas para el cálculo del reembolso (RAMS ALBESA, ADC 1985-II). Su fin es declarar que la naturaleza privativa o ganancial que tenga un bien no se ve alterada por las plantaciones, edificaciones o mejoras (TORRALBA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II Tecnos, 1984).

Los desplazamientos patrimoniales entre cónyuges, a la luz del artículo 1.359, no presentan especialidad aún en el supuesto de que tengan por objeto una finca edificada. El artículo 1.359 no altera, en medida alguna, la facultad reconocida en el artículo 1.323. Pueden los cónyuges «provocar el desplazamiento de la finca edificada desde el patrimonio privativo de uno de ellos en favor del consorcial» o, también, operar la previa transmisión de la finca a la masa ganancial antes de que la incorporación tenga lugar para que la finca resultante devenga automáticamente ganancial. (En este último supuesto, y en contra de lo que algún autor parece entender —vid. OLIVARES JAMES, *Anales A. M. del Notariado*, tomo XXV, p. 312—, no se invierte la accesión, sino que se despliegan los efectos propios de aquel instituto: mediante el citado negocio traslativo se comunica la titularidad de un bien privativo —a través de su adscripción a la masa consorcial— al otro cónyuge, quien, como tal cotitular, recibirá y adquirirá el incremento o modificación que aquél bien experimente a consecuencia de la incorporación).

Cuestión distinta de lo anterior, y más compleja, consiste en determinar si la conteste voluntad conyugal puede alterar *directamente* los efectos de la accesión, esto es, si cabe la derogación convencional del artículo 1.359. Pensemos en la siguiente hipótesis: los cónyuges, para alterar los resultados de la accesión, convienen que si realizan una edificación con fondos gananciales sobre bien privativo, el suelo accederá a lo incorporado, de modo que el bien resultante deventrará automáticamente ganancial. ¿Quid iuris?

Anteriormente aludíamos a que el artículo 1.359 Cc desarrollaba, puntualizaba, con ocasión de regular la sociedad de gananciales, el postulado «superficies sólo cedit» recogido en los artículos 358 y ss. Cc. Por ello, contestar al interrogante planteado exige ponderar todo nuestro régimen jurídico de la accesión.

Partiendo de la aludida visión global del tema planteado, nos parece que la respuesta no puede ser unitaria, sino que conviene distinguir diferentes niveles de actuación de la autonomía privada, a la hora de alterar aquel principio, que provocan un diverso grado de eficacia:

a) Modalización de la accesión; no se derogan los resultados de la accesión, ni se evitan sus efectos, pero se canalizan aquéllos en aras de intereses y finalidades concretas (ej. propiedad horizontal constituida «ab initio» por varios comuneros, prefijando los elementos privativos que «accederán» a cada uno evitando así la comunidad sobre todo lo edificado. (Vid. Res. 25-IV-88 y GARRIDO PALMA, *¿Superficies solo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie*. R. D. N. 1969, pp 111 y ss.).

b) Paralización de los efectos de la accesión, manteniendo separada la titularidad del vuelo y del suelo. (Ej. derecho de superficie. Véase Ley 432 de la Compilación Navarra y ALONSO PÉREZ, *Comentarios al Cc*. Edersa, Tomo V, vol. 1.º, p. 234).

c) Inversión de los efectos de la accesión. Supondría que la autonomía de la voluntad altera los términos del principio «superficies solo cedit» de modo que el incorporante adquiere el dominio del suelo.

Este último nivel de actuación de la autonomía de la voluntad es el que juzgamos ineficaz (en otro caso tendríamos que admitir la competencia de la autonomía privada para crear nuevos modos de adquirir distintos de los que la ley prevé). Como dice Peña, la accesión supone una modificación del dominio y no una adquisición de un dominio que no se tiene. Por tanto, el incorporante nunca puede adquirir el dominio del suelo por accesión, sino por el acto o contrato traslativo —cualquiera que fuese la forma en que la autonomía de la voluntad le moldease— seguido de la tradición (ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, p. 238). La anterior aseveración viene confirmada por el artículo 361: no hay inversión de la accesión pues, la adquisición del incorporante no se produce «ex lege» (por accesión) sino por una suerte de venta (forzosa) que unilateralmente exige el dueño del suelo (al que se paga la indemnización). (Vid. ALONSO PÉREZ, *op. loc. cit.* y STS de 24-I-86).

A la vista de las consideraciones que preceden parece prudente responder negativamente a la cuestión planteada, pues ni en los artículos 1.323 y 1.355 del Código civil ni en ningún otro precepto encontramos base normativa alguna que permita excepcionar la aplicación de la doctrina expuesta a los desplazamientos patrimoniales entre cónyuges (dejamos a salvo las eventuales matizaciones, que

sería conveniente introducir en alguna posible hipótesis en el concepto de «transmisión patrimonial» no fuere totalmente adecuado para calificar el cambio de adscripción de un bien entre las distintas masas, ganancial y privativa, de los consortes).

Por último, quisiéramos plantear la incidencia que podría tener una estipulación capitular que declarase gananciales todos aquellos bienes que hubiesen soportado una incorporación sufragada con fondos comunes. ¿Sería eficaz? ¿Constituiría un supuesto de accesión invertida? Al desempeñar los pactos capitulares el papel de norma delegada (LACRUZ, *Elementos V*, p. 281), en principio, habría que sostener el carácter vinculante de aquella estipulación, tanto para los consortes como para los terceros, en tanto se cumplan los requisitos de publicidad. Pero en tal hipótesis no se produciría la inversión de la accesión, sino que la incorporación vendría a constituir el supuesto de hecho ante el que actúa una norma determinativa de la naturaleza, ganancial o privativa, de los bienes de los consortes, sin perjuicio de los correspondientes reembolsos (Vgr. arts. 1.347-4, 1.357 Cc, etc.).

#### b) Artículo 1.323.

La resolución que anotamos reconoce que, al amparo del artículo 1.323 Cc, son posibles toda suerte de «desplazamientos patrimoniales entre cónyuges y por ende entre sus patrimonios privativos y el consorcial». Todo tipo de bienes, sean gananciales (Vid. Avila), o privativos, son susceptibles de desplazamiento entre cónyuges.

Los términos en que se expresa este artículo son amplios y, por ello, nos interesa, aquí, llamar la atención sobre los vehículos jurídicos en base a los cuales se pueden articular aquellos desplazamientos. El artículo 1.323, como afirma Díez-Picazo, es una norma de libertad que se comprende como reacción frente a las anteriores normas limitativas. Se limita a reconocer aquella posibilidad de que los cónyuges pueden contratar entre sí, de igual forma que pueden hacerlo con un tercero (CABANILLAS, ADC 38-III, pp. 540-544 y ss.), cuya declaración expresa sería innecesaria de no ser por el motivo apuntado (anterior legislación prohibitiva: arts. 1.344, 1.452 y 1.677 Cc) y, en ese reconocimiento se agota su eficacia. No valora, ni mucho menos «facilita» los elementos que deben integrar el mecanismo traslativo, porque como vimos, es otra su misión.

La validez y eficacia de los desplazamientos patrimoniales entre cónyuges requiere la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos que nuestro Derecho exige para que la transmisión se produzca. Ahora bien, cuando un negocio jurídico pretenda acceder al Registro precisa no sólo que hayan concurrido en el proceso de formación de aquél todos los elementos necesarios para su validez y eficacia (integridad material), sino también que la existencia y regularidad de aquéllos resulte del título inscribible (integridad formal). Los precisos efectos que la Ley confiere al acto inscrito y que se basa en el control de legalidad previo a la inscripción —artículo 18 Ley Hipotecaria— pueden fundamentar tal requisito, que en ningún caso mengua la posibilidad de que las partes se sirvan ante la instancia judicial, de cualquier otro tipo de prueba (art. 1.215 Cc).

Tal exigencia —que el título inscribible sea vehículo de expresión de todos los componentes negociales— desaparece únicamente en aquellos casos en que la propia Ley permite la formulación abreviada del negocio jurídico (ej. art. 1.355

Cc, al que más adelante nos referiremos). Y el artículo 1.323 del Código civil en ningún caso faculta o ampara esa expresión abreviada en los convenios celebrados por los consortes; de ahí que la resolución, una vez que declara que el acuerdo conyugal que nos ocupa puede encajar en el ámbito normativo del precepto antes citado, afirma que «cuestión distinta es la de decidir si en el acuerdo debatido concurren todos los elementos determinantes de la validez y efectividad de la aportación pretendida» en clara alusión a la exigencia a que antes nos referimos. En consecuencia, los contratos y transmisiones patrimoniales entre cónyuges están sujetos a las reglas generales establecidas por el Código y, en su caso, por la Ley Hipotecaria; incidiendo en esa idea, reiterada en el Centro Directivo que aquellos desplazamientos deben producirse «por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto» (nos causa, sin embargo, cierta extrañeza los dos que cita: «aportación a una comunidad de bienes no personalizada» —¿querrá decir venta, permuta, donación, etc., a determinados comuneros?— y «negocio de comunicación de bienes» —¿no es éste el resultado que producen determinados negocios?—. Vid. a este respecto las magistrales páginas escritas por Miquel, particularmente 33 y ss., en comentarios al Código civil, de Edersa, tomo V, vol. II).

c) Artículo 1.355.

También alude el centro directivo, si bien de forma incidental, al precepto que rotula este apartado cuyo análisis ha suscitado vida polémica doctrinal (sobre el tema Vid. CAMARA, *La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia*, «BIAGN», separata, núm. 9, 1986, pp. 16 y ss., y *La sociedad de gananciales y el Registro de la propiedad*, ADC 39, II, p. 368 y ss.; GAVIDIA, *La atribución voluntaria de ganancialidad*, Madrid, 1986. RIVERA PONT, *La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 de Cc*, «RCDI», núm. 559, p. 1413 y ss.; TORRALBA, *Comentarios...*, pp. 310 y ss.; JIMÉNEZ DUART, «AAMM», Tomo XXVIII, pp. 292 y ss (en nota); MARTÍNEZ SANCHIS, «AAMN», Tomo XXVI, pp. 400 y ss.; ECHEVARRÍA, *Estudios homenaje a Vallet*, Vol. I, pp. 257 y ss., etc.).

Prendemos únicamente reflejar algún comentario que, al respecto, nos sugiere el supuesto que nos ocupa.

El precepto citado supone un reconocimiento a la autonomía de la voluntad conyugal para poder derogar el principio de la subrogación real (Jiménez Duart, Cámara). El cauce para tal derogación es un negocio jurídico que provoca unos efectos traslativos: el bien que había de ser privativo obtiene carácter ganancial (aunque la titularidad formal corresponda a un solo cónyuge, la titularidad material —la pertenencia— es común). Es claro que el negocio produce el efecto de comunicar el bien a la titularidad material de ambos cónyuges y por ello conlleva una atribución patrimonial. (En contra GAVIDIA, *op. cit.*, pp. 83 y ss. Sobre la distinción entre titularidad y pertenencia. Vid., Giménez Duart, obra antes citada). Por otra parte, el convenio conyugal a que se refiere el precepto que comentamos no es un simple negocio de fijación (pues, como dice Gavidia, «no hay fijación sino innovación para el futuro, cambio de una situación cierta por otra también cierta pero distinta» ni tampoco una simple declaración de ciencia, sino una verdadera convención negocial que provoca un desplazamiento patrimonial, una traslación. Por ello, la situación de los terceros debe ser distinta a la

que perfila el artículo 1.324: aquí, porque hay un negocio jurídico, los terceros no pueden meramente desconocerlo, sino que han de impugnarlo.

El Centro directivo parece reconocer aquella eficacia traslativa, por cuanto rechaza en el presente caso la aplicación del artículo 1.355, no porque se pretenda un desplazamiento patrimonial con aquel acuerdo conyugal, sino porque falta el requisito o presupuesto de que la adquisición sea «onerosa» (otro tema es que la disolución de comunidad, que cita la resolución como título adquisitivo, pueda o no ser calificada de onerosa; probablemente porque se trata de un negocio que aun teniendo efectos dispositivos no comporta, al menos «ex novo», una atribución patrimonial escapa a aquella calificación. Vid., Pantaleón, pp. 1370 y ss., Comentarios II, Tecnos, 1984; Miquel, pp. 495, *op. cit.*, y Prada «AAMN», Tomo XVI, pp. 305 y ss.).

También muestra inclinaciones por la naturaleza negocial del acuerdo referido por el artículo 1.355, por cuanto que el convenio formalizado por los cónyuges en el supuesto de hecho presente —y sin prejuzgar sobre si concurren o no todos los requisitos necesarios para su eficacia— lo considera amparado dentro del artículo 1.323 (que se refiere a contratos) y entiende que no encaja en el ámbito del 1.355, no por su naturaleza contractual, que la propia resolución reconoce; sino por faltar el presupuesto antes aludido.

Sin embargo, soslaya la resolución aludir a un presupuesto que a este entender también evitaría, en este caso, la aplicación del artículo 1.355: la necesidad de que esa adquisición onerosa se proyecte sobre un tercero (GAVIDIA, *op. cit.*, p. 111). Tal requisito conlleva, además, que el acuerdo de ganancialización, sea coetáneo o anterior a la adquisición, pues, si aquélla (la adquisición) no se modaliza, el bien entraría definitivamente en el patrimonio del cónyuge titular de la contraprestación, necesitándose —a posteriori— nuevo contrato con virtualidad traslativa que desplace el bien desde el patrimonio privativo del cónyuge adquirente al ganancial. Si ello no ocurriese así, no se produciría el efecto esencial que posibilita ese artículo: la «recta vía» entre el patrimonio del tercer transmitente y el ganancial, originándose así una simplificación legal del mecanismo de la transmisión, pues aquel acuerdo conyugal comunica al cónyuge del titular de la contraprestación la virtualidad traslativa inherente al negocio celebrado con el tercero.

Refiriéndonos, ahora, a su estructura, es importante constatar que el acuerdo conyugal citado es jurídicamente independiente del negocio que se celebra con el tercero (Vid. el anterior y primer apartado de Doctrina de la dirección) y por ello la causa de aquél a diferencia de la de éste puede ser además de onerosa (art. 1.358) gratuita. Y conforme sea su causa, engendrará aquel negocio las obligaciones pertinentes (¿qué sentido tendría si no el art. 1.358, si como sostiene el Registrador —Res. 14-IV-89— siguiendo a Gavidia, el convenio conyugal no creara obligaciones?).

Por otra parte, aquella simplificación negocial permitida por el artículo 1.355 del Código civil (que supone la posibilidad de formular abreviadamente el convenio consorcial que se superpone —ya se celebre con anterioridad, ya simultáneamente— al negocio que justifica la adquisición onerosa a un tercero, de forma que no es menester que en el título inscribible conste, sino la conteste voluntad conyugal de ganancialización) nos introduce en un sistema de abstracción procesal —nunca material— de la causa. Ello provocará, sin duda alguna,

que en ocasiones sea difícil precisar la naturaleza, onerosa o gratuita, del elemento causal (sobre la problemática de si la causa se presume onerosa o gratuita vid. JIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pp. 294 y ss.), con las consecuencias que ello comporta, pues constituye el citado requisito negocial el punto a través del cual verifica el ordenamiento el control del negocio (piénsese, por ejemplo, en la distinta trascendencia de la forma según el diverso tipo de causa).