

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

LEGATARIO DE PARTE ALÍCUOTA: HECHA SU CARACTERIZACIÓN, HUYENDO DE TODO CRITERIO OBJETIVO, ATENDIDA LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE EXPRESADA EN SU TESTAMENTO, NO HAY RAZÓN PARA APLICARLE CIERTAS INCOMPATIBILIDADES ESTABLECIDAS PARA EL HEREDERO, ENTRE ELLAS LA DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL, QUE IMPIDE A ÉSTE SER CONTADOR.—**SUPUESTO DE AUTOCONTRATACIÓN:** EL HECHO DE ADJUDICARSE DICHO LEGATARIO, ACTUANDO COMO COMISARIO, BIENES DE LA HERENCIA EN FORMA DE CUOTAS PROPORCIONALES, ALEJA, POR LA CORRESPONDENCIA DE INTERESES, TODA SOSPECHA DE POSIBLE LESIÓN EN LOS PERTENECIENTES A LOS DEMÁS SUCESORES, INCLUSO RESPECTO A LA ADJUDICACIÓN QUE SE HACE EN PAGO DE DEUDAS, QUE DEBE ENTENDERSE COMO ACTO PROPIO DE PARTICIÓN, EN LOS HECHOS A FAVOR DEL ALBACEA, CON FACULTAD DE ENAJENAR, CONFORME A LA RESOLUCIÓN DE 22 DE JULIO DE 1939.—**FINALMENTE,** SIENDO LA FALLECIDA DE NACIONALIDAD ARGENTINA, DADO QUE LA SUCESIÓN EN GENERAL SE RIGE POR LA LEY DEL CAUSANTE (ART. 10 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL), Y COMO QUIERA QUE EL 7.º DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO OTORGA LA PREFERENCIA A LA LEY DEL DOMICILIO, QUE LA TESTADA TENÍA ESTABLECIDO EN TERRITORIO ESPAÑOL, PROCEDE APLICAR LA LEY ESPAÑOLA, CONFORME A LA CUAL CABRÍA ADMITIR EL NOMBRAMIENTO DE CONTADOR-PARTIDOR.

Resolución de 30 de junio de 1956 («B. O.» de 17 de agosto).

«Doña María Luisa Guerra Cortínez, natural de la República Argentina, con residencia permanente en San Sebastián durante treinta años, otorgó testamento el 26 de septiembre de 1946 ante el Notario don Rafael Navarro Díaz, en el que legó el 45 por 100 del usufructo vitalicio de sus bienes presentes y futuros a don Juan José Pradera Ortega, dispensándole de la obligación de prestar fianza y facultándole para enajenarlos, con la obligación de invertir su importe en bienes de general consideración; nombrando Albacea y Administrador de la herencia, con amplísimas facultades, al mismo don Juan José Pradera Ortega, por cuyo cargo le asignó una retribución del 10 por 100 del importe total de sus bienes hereditarios, pudiendo actuar con entera independencia de otra persona argentina nombrada con iguales facultades. Fallecida dicha señora, don Juan José Pradera Ortega, dentro del plazo del albaceazgo redactó el cuaderno particional comprensivo de las operaciones de liquidación, división y adjudicación del caudal relicto, que, juntamente con una adición, fué protocolizado el 20 de octubre de 1954, por escritura otorgada ante el Notario de San Sebastián don Rafael Navarro Díaz

Presentada en el Registro la anterior escritura, fué denegada su inscripción por los siguientes defectos: «1) Porque el Contador-Partidor que la practica, por su condición, además de legatario de un 45 por 100 del usufructo vitalicio de los bienes hereditarios, o sea, por su cualidad de legatario de parte alícuota, puede ser considerado como heredero, por lo cual no puede ser Contador; 2) Porque, dado el volumen de los bienes que el dicho Contador se adjudica a sí mismo para pago de su cuota legada y demás legados y deudas instituidos en el testamento, en relación con el total valor hereditario, pudiera considerarse el documento particional como típico de un autocontrato, aún no cuajado en nuestras Leyes ni en la jurisprudencia; 3) Porque siendo la causante de nacionalidad argentina, si en lo referente a la forma o módulo particional ha de regir su personal estatuto, la partición mediante Contador no está establecida en la Ley de su país de origen».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección confirma el auto del Presidente, y con revocación de la nota del Registrador en todas sus partes declara hallarse extendida conforme a

las prescripciones legales la escritura de protocolización de las operaciones particionales, en méritos de la doctrina siguiente :

«Que en el presente recurso los problemas a examinar y resolver, según los términos de la nota calificadora del Registrador, a los que hay que imprescindiblemente circunscribirse, son los siguientes : A) Si el legatario de parte alicuota en usufructo de bienes hereditarios puede ser considerado como heredero, por lo cual no podría ser Contador-Partidor ; B) Si por la adjudicación que se hace a sí mismo el Contador-Partidor para pago de su cuota legada y demás legados instituidos en el testamento, pudiera considerarse el documento particional como típico de un autocontrato ; y C) Siendo la causante de nacionalidad argentina, si la forma o módulo particional ha de ser regida por su personal estatuto.

Que examinado el problema de la distinción entre heredero y dicho legatario, en el ámbito del Derecho comparado, se observa que la mayoría de las legislaciones modernas desconocen, y por tanto no regulan esta última institución, que aparece refundida en el concepto de heredero, entendiendo por tal aquel que es llamado a suceder en la totalidad o cuota de los bienes relictos, criterio asimismo seguido por un sector de la doctrina patria, inspirado en el sistema de la «successio» del Derecho germánico, donde se asigna carácter no ya prevalente, sino exclusivo, para la diferenciación entre heredero y legatario, a la «assignatio» ; pero, como quiera que en legislaciones como la nuestra, inspiradas en el sistema romano de la sucesión «mortis causa», no cabe aplicar aquel criterio objetivo, hay que atender al sentido espiritualista que la informa, ha de estarse a la voluntad del causante, formalmente expresada en su testamento, y ha de acudirse consecuentemente al «nomen heredis» para conocer la naturaleza del llamamiento, que en el presente caso reviste carácter de institución a título singular, puesto que se trata de un legado de usufructo que implica la atribución de un «ius in re aliena», de índole temporal.

Que, dentro de la dogmática de nuestro Código civil, para que pueda ser calificado de heredero el llamado a una sucesión ha de reunir un doble requisito : a) carácter universal del llamamiento (art. 660) , y b) que tenga lugar el mismo a título de herencia y no de legado ; es decir, voluntad evidente de asignar al sucesor nombre y carácter de heredero (art. 668), de tal forma que si el primer re-

quisito no mediar, y en lugar de atribución universal el llamamiento se limita o circunscribe a cosa cierta y determinada, no habría heredero, sino legatario (art. 768), y si falta el «nomen heredis», es decir, la expresión formal en el testamento de asignar este carácter de universalidad al sucesor, estaremos en presencia de un legado que, si estriba en una cuota, será el legado de parte alícuota, de tradición en nuestro Derecho, tesis confirmada por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente en la Sentencia de 16 de octubre de 1940, corroborada por la de 11 de enero de 1950, en la que, sin dejar de valorar el criterio objetivo latente en el Derecho comparado, se reafirma el carácter espiritualista de la sucesión en nuestro sistema civil, tradicional y actual, en el cual la voluntad del causante tiene el rango de Ley de la sucesión, y a ella y a la intención evidente del testador ha de supeditarse para definir la naturaleza del derecho de los llamados a la herencia; y si, conforme a dicha voluntad y a la sistemática del Código civil, la institución es de legado, no es de razón aplicar a éste ciertas incompatibilidades, establecidas para el heredero, entre ellas la del artículo 1.057, que impide a éste ser Contador, ya que toda vez que, como comprensivo de una norma prohibitiva, ha de ser interpretado restrictivamente.

Que, en cuanto al segundo de los defectos, no cabe apreciar un verdadero supuesto de autocontratación, porque la testamentaría llevada a efecto por el Contador-Partidor, mediante el inventario y avalúo, fijación de deudas y haberes y las congruentes adjudicaciones en pago y para pago de unas y otros, son actos todos ellos, según opinión unánime de la doctrina, propios de la partición, que tiene los efectos y alcance que a las de su clase les atribuye el art. 1.057 del Código civil, sin que les sea aplicable la teoría del autocontrato, toda vez que, según declara la Resolución de este Centro de 27 de febrero de 1922, sólo están sujetas a los principios del régimen contractual las operaciones testamentarias practicadas por los herederos al amparo del art. 1.058 del mismo Cuerpo legal; y aun, dado que por hallarse el Contador interesado en la partición, se vislumbra una actividad similar a la del que ejecuta el autocontrato, éste, en el caso concreto que nos ocupa, sería admisible, puesto que la designación del legatario de cuota como Albacea Contador-Partidor viene adornada de tan amplias facultades, que es innegable que va implícita la autorización expresa de la causante para realizar todas

las operaciones que no rebasan y hasta son ineludibles en la misión del Comisario, el cual, a mayor abundamiento, al adjudicar los bienes de la herencia en forma de cuotas proporcionales, aleja, por la correspondencia de intereses, toda sospecha de posible lesión en los pertenecientes a los demás sucesores, incluso respecto a la adjudicación que se hace en pago de deudas, que debe entenderse como acto propio de partición, en los hechos a favor del Albacea con facultad de enajenar, según tiene declarado este Centro en Resolución de 22 de julio de 1939.

Respecto del tercer defecto consignado por el Registrador en su nota, que el art. 10 del Código civil español dispone que la sucesión en general se regirá por la ley del causante, y dado que los criterios seguidos por el Derecho Internacional Privado para determinar la Ley nacional aplicable son diversos, como quiera que el artículo 7.º del Código civil argentino otorga la preferencia a la Ley del domicilio, que la causante tenía establecido en territorio español, procede aplicar la Ley española, conforme a la cual cabría admitir el nombramiento de Contador-Partidor».

* * *

Cúmplenos ante todo resaltar la novedad de contemplar cómo un Director, dueño de sus recursos y técnica, se enfrenta con la propuesta de la Sección correspondiente y, disintiendo de ella, «sin desconocer ni menos subestimar el alcance y profundidad de los razonamientos de la misma, que evidencian el sazonado estudio que del problema hizo»—expresa con justicia—, tras rebatir la decisión de aquélla, dicta la que hemos copiado más arriba.

Y aunque, como colegirá el lector, unos y otros argumentos—los de la Sección y los de nuestro ilustrísimo Jefe—anteceden a los considerandos transcritos, para darles a aquéllos más relevancia y a manera de comentario—por otra parte nunca más autorizado y auténtico—, hemos juzgado oportuno transcribirlos en este lugar donde se esbozan nuestras humildes glosas

He aquí el informe de la Sección :

a) Que el primer defecto señalado por el Registrador en su

nota requiere previamente examinar la naturaleza jurídica del legado del usufructo de una parte alícuota de los bienes relictos ordenada por el causante ; b) Que la mayor parte de las legislaciones modernas determinan la distinción entre heredero y legatario, según el criterio objetivo, mientras que el Código civil español funda la cualidad de heredero sobre un llamamiento con esta designación específica a la totalidad o cuota parte de los bienes hereditarios, por lo que cuando falta alguno de estos requisitos surgen figuras como la del heredero «ex re certa», declarado legatario por el art. 768, y el legado de parte alícuota, cuya naturaleza, muy discutida por los civilistas, tiene intrínseca semejanza con la del heredero, si bien cuando recae sobre el usufructo implica la atribución de un «ius in re aliena» de carácter temporal, que puede estimarse constitutivo de una sucesión a título particular ; c) Que el Contador-Partidor nombrado para distribuir los bienes hereditarios, conforme a lo dispuesto en el art. 1.057 del Código civil, ha de reunir la confianza del testador y ciertas dotes de independencia e imparcialidad para poder cumplir con arreglo a la Ley su cometido, por lo que parece indudable que quien con la triple cualidad Albacea, Contador-Partidor y legatario de parte alícuota proceda a distribuir los bienes de la herencia ha de hallarse en conflictos de intereses análogos a los que el Código civil ha tratado de evitar al prohibir, en el art. 1.057, que el heredero pueda ser Contador, aparte de que la posición del legatario de parte alícuota cuya actuación ha promovido este recurso, en cierto sentido puede estimarse análoga a la del cónyuge viudo, usufructuario asimismo de parte del caudal hereditario y a quien la jurisprudencia ha declarado reiteradamente incompatible para desempeñar este cargo, por todo lo cual, si el legatario de parte alícuota debe estimarse comprendido en el espíritu del art. 1.057 del Código civil, teleológicamente interpretado, es forzoso reconocer que no está literalmente incluido en la prohibición legal ; d) Que la figura del autocontrato, en la que una persona con la representación de otras, por su sola decisión, celebra entre ellas o consigo misma un negocio jurídico, es admitida con recelo en el Derecho comparado por los peligros que puede entrañar para la seguridad del comercio jurídico, dada la posibilidad de conflictos y perjuicios nacidos de la colisión de intereses, y únicamente se autoriza en supuestos excepcionales en los que no exista tal oposi-

ción, o cuando, contemplada, se hubieren conferido al representante facultades explícitas para llevar a cabo el acto, y sólo en esta forma la jurisprudencia de este Centro, a partir de la Resolución de 22 de diciembre de 1922, declaró admitido el autocontrato cuando la causa jurídica o la correspondencia de intereses alejen toda sospecha de lesión entre las partes; e) Que la testadora, que designó Albacea a don Juan José Pradera, en la cláusula 10.ª del testamento, dispuso que fuese Contador-Partidor sólo «si por cualquier contingencia no previsible» tuviere que llevar a efecto trabajos particionales, y no justificándose en el cuaderno particional que se hayan presentado tales contingencias, el Albacea Contador se hace pago de su legado de usufructo, y además se adjudica bienes en y para pago de deudas de gastos de última enfermedad, entierro, funeral, testamentaría y legados y se atribuye otros en pleno dominio para satisfacerse la retribución que como Albacea le corresponde, en la cuantía del 10 por 100 del caudal inventariado, acordado por la testadora, es decir, lleva a cabo ciertos actos que no son de naturaleza particional, ni se enderezan a poner fin a la indivisión, ni se fundan sobre las facultades declarativas, con efectos retroactivos, que al Contador competen, sino que son actos de enajenación que podría realizar el Albacea de no haberlos verificado en su favor, por lo cual es evidente que intervino como juez y parte en el conflicto de intereses a que da lugar la distribución del patrimonio relicto, y su actuación constituye un supuesto de autocontratación, no autorizado; f) Que si se estima la partición hereditaria acto unilateral con efectos contractuales, su validez exige la concesión al mandatario de facultades expresas para actuar como contraparte en el convenio, y si se califica de decisión arbitral o de natural resultado de un nombramiento común, sus exigencias no pueden reputarse cumplidas por la aprobación del documento hecha por todos los legatarios, porque los actos que comprende fueron realizados sin intervención alguna de los herederos, cuyo acuerdo en forma legal, si se tratara de un verdadero compromiso, sería indispensable, y porque los arts 1.057 y 1.449 del Código civil, en este supuesto, son un obstáculo infranqueable para su eficacia; g) Que respecto del tercer defecto consignado por el Registrador en su nota, el art. 10.º del Código civil español dispone que la sucesión en general se regirá por la Ley del causante, y dado que los criterios seguidos por el Derecho

JURISPRUDENCIA DE LA DIRECCION

Internacional Privado para determinar la Ley nacional aplicable son diversos, como quiera que el art. 7.º del Código civil argentino otorga la preferencia a la Ley del domicilio, que la causante tenía establecido en territorio español, procede aplicar la Ley española, conforme a la cual cabría admitir el nombramiento de Contador-Partidor; por todo lo cual propuso que, con renovación parcial del auto apelado, procedía confirmar el segundo defecto de la nota del Registrador.

A éstas, y previas las merecidas palabras de elogio antes transcritas, objeto el Director lo siguiente:

A) Admitida por la Sección y compartida por el que suscribe la distinción entre las figuras del legatario de parte alícuota y heredero, no resulta lógico sentar que la prohibición para ser Contador que establece el art. 1.057 del Código civil, literalmente referida al heredero, deba ser extendida al legatario, porque tal precepto es indudable que entraña una norma de carácter prohibitivo que impone necesariamente una interpretación restrictiva, como todas las de su naturaleza; lo contrario sería extender su alcance y aplicación más allá de su textual expresión.

B) No es dable estimar la identidad o similitud entre las situaciones del cónyuge viudo respecto de su usufructo legal y la del legatario de cuota de este mismo derecho, ni por su origen (aquél derivado de la Ley y éste de la expresa voluntad del testador), ni por su cuantía (variable la del primero según las circunstancias y predeterminada la del segundo), ni por su tratamiento en orden a su efectividad, ya que las diversas formas de pago del usufructo concedido al cónyuge viudo hace que, para no pocos autores, revista el carácter de un acreedor de la herencia; la prohibición para ser Contador, que reiteradamente la jurisprudencia ha proclamado, respecto del cónyuge viudo, tiene su fundamento lógico, derivado de una incompatibilidad de intereses «ab initio» entre el mismo y los herederos: la Ley requiere inexcusablemente la intervención del cónyuge viudo en la liquidación de la sociedad de gananciales, de la que deriva la fijación del caudal partible, y, consecuentemente a ella han de seguir las adjudicaciones en pago de la porción que en la disuelta sociedad le correspondiere al viudo, lo que le asignaría, si él las verificara, el doble juego de juez y parte, base y funda-

mento de la aludida prohibición, circunstancias éstas que no se dan en el presente caso, en el que el legatario se limita, precisado el haber a distribuir, a aplicar su porción usufructuaria sobre los bienes en la cuantía exacta, ya predeterminada por el causante.

C) Todos los actos tendentes y precisos a la efectiva ejecución de la voluntad de la testadora, hasta dejar satisfechas las deudas, y en poder de cada heredero o legatario llamado su haber, son actos de partición: tal lo han entendido unánimemente la doctrina y la jurisprudencia. Y este Centro directivo, en Resolución de 22 de julio de 1939, ha llegado a afirmar que es inscribible la partición en la que se habían formado hijuelas para pago de deudas extendidas a favor de Albaceas con facultad para enajenar, supuesto coincidente con uno de los extremos del presente caso. Siendo así, no puede asignarse a la distribución verificada por el Contador-Partidor, a la vez Albacea, con facultad de enajenación, naturaleza de autocontratación.

D) Y respecto a la expresión de la testadora, «si por cualquier contingencia no previsible los Albaceas designados tuvieran que llevar a efecto trabajos particionales, quedan nombrados Contadores-Partidores de la herencia», debe entenderse que tal contingencia había de ser apreciada por ellos mismos, ejecutores de la voluntad de la causante, cuando surja, ya que otra interpretación nos llevaría a un terreno de difícil solución, dado que el número y matiz de tales contingencias sería imposible de presumir; su prueba adolecería de la propia dificultad y su consecuencia sería el incumplimiento e ineffectividad de la voluntad de la testadora: si ésta les facultaba sin restricción para vender, es presumible que la partición entraría en juego en todos los supuestos en que tal facultad no creyeran conveniente utilizarla, y debe estimarse que en este caso, o en otros similares, será siempre de interpretación de los Albaceas a los que, reiteradamente, les hace objeto la testadora de la máxima confianza, otorgándoles cuantas facultades son y puedan en el futuro ser precisas a la realización de su voluntad, expresada en el testamento; no cabe, por último, olvidar que, de conformidad con las normas legales, la decisión de esta Superioridad, en orden a la resolución del recurso, ha de ser congruente con la nota de calificación impugnada, y, por lo tanto, si en el primero de los defectos se limita el

Registrador a una simple manifestación de estimar identificados los conceptos o instituciones de heredero y legatario, hecha la adecuada diferenciación se hace innecesaria toda ulterior consecuencia más allá de los extremos apreciados y definidos por el funcionario que calificó. Respecto al análisis y ponderación de las contingencias necesarias para dar paso a la figura del Contador, requeridas a juicio de la Sección por la causante en su testamento, no parece oportuno entrar en su meditación y congruente decisión, dado que no han sido señalados como defecto en la nota extendida en el documento calificado, y por las razones antes dichas, no debieran tener encaje en la presente Resolución.

* * *

¿Se nos perdonará que a las brillantes alegaciones por una y otra parte expuestas agreguemos unas reflexiones nuestras?

Recoge admirablemente el Centro directivo (léase Director general, más concretamente), en los considerandos segundo y tercero copiados, la divergencia doctrinal sobre el llamado legado parciario que divide en nuestra Patria modernamente a los más prestigiosos autores, como BONET RAMÓN, por ejemplo, que califica su admisión de «endeble construcción» (Comentario en «Revista de Derecho Privado» a la Sentencia de 16 de octubre de 1940), y NÚÑEZ LAGOS, que afirma que dicha admisión no supone una innovación «ex-novo» del Derecho civil, ni menos del Derecho sucesorio, sino la formulación o expresión con ciertas talas y reajustes de nuestra tradición jurídica *mortis causa*, que consagraba en *Las Partidas* y en el *Ordenamiento de Alcalá* el mismo criterio subjetivo del Derecho romano (prólogo a la obra de Mario Armero, «Testamentos y particiones»).

Aunque el Código civil—como dice JUAN VALLET DE GOYTISOLO, al estudiar el problema en sus magníficos «Apuntes de Derecho sucesorio»—sólo alude al legado de parte alícuota en el art. 655, en forma incidental y harto desafortunada, los preceptos del art. 1.038 de la Ley Procesal civil, y 42, núm. 7, de la Ley Hipotecaria, y 146 y 152 de su Reglamento, así como la doctrina de las Sentencias de 16 de octubre de 1940 y 2 de enero de 1950, alejan toda duda. Su recepción es plena. Y como remache o contera pueden aducirse, de cimos nosotros, esta misma Resolución y la Sentencia de 11 de fe-

brero de 1956, la cual, al expresar «que el legado hecho sólo contempla el usufructo de una parte del patrimonio», coincide con aquella, aparte el criterio espiritualista que a una y otra informa, en que en los casos respectivos la institución es a título singular, dado que el usufructo implica la atribución de un *ius in re aliena*, de índole temporal.

Ahora bien, dice el Centro directivo, que siendo la institución de legado, no es de razón aplicar a éste ciertas incompatibilidades, establecidas para el heredero, entre ellas las del art. 1.057 del Código civil, que impide a éste ser Contador, ya que, como comprensivo de una norma prohibitiva, ha de ser interpretado restrictivamente.

Ha perfilado la doctrina la característica conceptual del legado de cuota que a partir de la Ley 20 de Toro y primera, título XIX, del *Ordenamiento de Alcalá*, lo separan de la configuración que tuviera en el Derecho romano clásico.

El legatario de cuota no sucede en las relaciones jurídicas del causante. Este le atribuye una cuota del activo líquido. Pero esta cuota de activo—escribe certeramente VALLET—no es atribuida como un mero crédito contra los herederos. Igual como en el legado de cosa cierta se atribuye de modo inmediato. Aunque a diferencia suya, en forma indeterminada en cuanto al objeto definitivo en el que debe cristalizar. Por ello, en cada uno de los bienes de la herencia le corresponde al legatario parciario un derecho indeterminado, indiviso y abstracto, de naturaleza semejante al que corresponde a los herederos.

Son, en una palabra, unos *participes* en el patrimonio relicto (no *pars hereditatis*, sino *pars bonorum*); como consecuencia, entendemos que no podrán los herederos cancelar sin su concurso las garantías reales que protejan a los créditos, ni válida la partición en que no hayan intervenido en las operaciones de avalúo, liquidación y división de la masa hereditaria, y aun de la formación del lote que se le adjudique.

Es más: un sector de la doctrina—MANRESA, VALVERDE, MORELL—estimó que los legados parciarios, por estar supeditados a la entidad del caudal, tienen la desventaja de que les son preferentes los remuneratorios y los demás legados que se determinan en el art. 887 del Código civil.

Por tanto, si es *participe* de la herencia con desenvolvimiento

parejo al heredero, con beneficio de inventario y con la agravante, además, de tener su derecho como legatario relegado al de otros legatarios, ¿su actuación como Contador no les asigna *ese juego doble de juez y parte* (palabras del mismo Director en su réplica a la Sección al discriminar el usufructo viudal de el del legatario parciario), *base y fundamento* en que se apoya la doctrina—ESCOBAR DE LA RIVA, ROCA, SAENZ DE SANTAMARÍA—para estimar que no pueden actuar como Contadores-Partidores?

Muy parecidamente a la discusión doctrinal sobre el legado parciario es la originada en torno a la llamada *autocontratación*, cuyo solo nombre—según dijimos en otra ocasión, nota a la Resolución de 26 de septiembre de 1951—algún autor patrio calificara de «desdichado». No es de extrañar, pues, las distintas posiciones mantenidas al respecto por la Sección y nuestro ilustrísimo Jefe. Para nosotros, como expusimos en la citada nota, es indudable que se ha extendido su órbita a extremos que con referencia a su denominación no tienen otra semejanza que la analogía o equivalencia (ver dicha Resolución y nota en pág. 942, año 1951, de esta Revista).

¿Pero debe considerarse acto similar el realizado por el legatario de parte alícuota, Contador-Albacea de la Resolución que nos ocupa, al contemplado por la de 22 de julio de 1939?

¿Pueden equipararse «las amplísimas facultades» que, como Albacea y Administrador, la testadora concedió al señor Pradera, a las otorgadas por el causante a los Contadores que designó, según se especifica en aquella otra Resolución, «para que se incautasen de los bienes de la herencia y vendiesen libremente cuantos sean necesarios para solventar sus deudas»? ¿*Quid* entonces de lo preceptuado en el art. 901 del Código civil y de la función del Albacea de carácter representacional y, por tanto, ligado siempre a su estricto cometido de no traspasar la voluntad del representado por declaraciones o actos, conforme a la técnica del apoderamiento?, en palabras de la Resolución de 23 de enero de 1943.

Según se lee en la propuesta de la Sección, llegó el señor Pradera «a atribuirse bienes en pleno dominio para satisfacerse la retribución que como Albacea le corresponde», o sea—decimos—, a pagarse créditos como acreedor de la herencia. La interpretación que se dé a este acto de partición o enajenación es el nudo de la cuestión.

Según ROCA—Edi. V «Derecho Hipotecario»—, el Comisario no

tiene facultad para pagar. Al adjudicar en pago—añade—, se enajena, y, por tanto, deben cumplirse los requisitos de la enajenación, o sea, debe ser consentida por los herederos.

Y entiende que igual criterio debe imperar si la adjudicación en pago se efectúa a favor de acreedor que reúna la cualidad de heredero.

Considera fundamental en esta materia la Resolución de 20 de septiembre de 1933, en la que se discriminan las adjudicaciones «que se hacen en pago y para pago de deudas», así como también se distingue, «atendiendo a los elementos personales de la relación, si las deudas han sido contraídas por el *causante* o por los *herederos*, y si la adjudicación se hace a éstos, a los *acreedores* o a *terceras personas*, con requisitos civiles y efectos hipotecarios diversos».

Sin embargo, cuanto antecede no nos impide reconocer la brillantez del penúltimo de los considerandos, en el que tras de refutarse la aplicación al caso de la teoría del autocontrato, y aun vislumbrando una actividad similar en el Contador interesado, se expresa que las facultades de que por la causante viene acompañado la justificarían.

Por tanto, y habida cuenta que la voluntad de la testadora es ley suprema, muy bien se puede interpretar y deducir, en consecuencia, ser consentido por ella cuanto hubo de realizar, para distribuir su caudal, el señor Pradera, al que por lo mismo dotó de las «amplísimas facultades» repetidas.

¿LA PUBLICIDAD REGISTRAL DADA AL DIVORCIO MEDIANTE UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO, QUE SE PRACTICO SOBRE FINCA GANANCIAL PARA ASEGURAR A LA MUJER SUS DERECHOS EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES, CANCELADA POR CADUCIDAD, IMPIDE LA ANOTACIÓN DE UN MANDAMIENTO DE EMBARGO EXPEDIDO POR AGENTE EJECUTIVO EN PROCEDIMIENTO SEGUIDO SÓLO CONTRA EL MARIDO?

Resolución de 12 de julio de 1956 («B. O.» de 20 de agosto).

Don Pío Jurado Herrera era deudor a la Hacienda Pública de 1.608,34 pesetas, por contribución territorial de los años 1948, 1949, 1950, 1951 y primero y segundo trimestres de 1952.

Asimismo era deudor de 6.608,68 pesetas por contribución de utilidades, tarifa segunda, de los años 1945 a 1950, por valores procedentes de la Delegación de Hacienda de Sevilla, cargados para su cobro a la Recaudación de Contribuciones de Badajoz. Dictada providencia de apremio por el Tesorero de Hacienda, el Recaudador de Contribuciones de Badajoz libró certificación, conforme al art. 77 del vigente Estatuto de Recaudación, por lo que se refiere a los descubiertos de la contribución territorial; consta en el expediente la acumulación de los restantes débitos, hasta un total de 8.273,02 pesetas. El Recaudador trabó embargo, en primer término, sobre el haber pasivo que el deudor disfrutaba como funcionario administrativo de la Diputación Provincial de Badajoz; y siendo insuficiente, lo amplió a la siguiente finca rústica del deudor: «Tierra al sitio de Pardaleras, de este término municipal, etc.»

Presentado al Registro mandamiento por triplicado, con las demás formalidades prevenidas en el Estatuto de Recaudación, causó la siguiente nota: «Denegada la anotación preventiva de embargo ordenada en el precedente mandamiento, porque en la hoja registral del inmueble embargado existe un asiento, la anotación preventiva letra B), al folio 194 vuelto del tomo 203 de Badajoz, fechada el 10 de agosto de 1946, de la cual, y de la anotación extensa a que se refiere, que es la de la letra B) de la finca 7.053, al folio 44 del tomo 212 de Badajoz, resulta la finca objeto del mandamiento trabada de embargo, para asegurar, en unión de otras dos fincas más, a Estrella López Fernández, mujer del titular registral, Pío Jurado Herrera, la cantidad de 300.000 pesetas, en que se calculaba el haber que a dicha señora correspondería al liquidarse la sociedad de gananciales, por consecuencia de la sentencia firme de divorcio de dichos cónyuges, dictada por el Tribunal Eclesiástico del Arzobispado de Sevilla, confirmada por el Juez Provisor del Obispado de Córdoba, cuya ejecución se decretó por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Sevilla, por auto de 6 de mayo de 1946, anotación que, si bien ha sido cancelada por caducidad, y por tanto ha desaparecido la carga registral que el embargo significaba, dió publicidad registral al hecho del divorcio y a la necesaria disolución de la sociedad legal de gananciales, que establece en tal caso el número 4º del art. 73, y el 1.417, en relación con el 1.433 del Código civil, tanto si se solicitó la separación de bienes y consiguiente li-

quidación de dicha sociedad, como si no se solicitó tal separación, pues aunque el art. 1.434 del Código civil parece supeditar la disolución de la sociedad legal de gananciales al hecho de haberse solicitado aquella separación de bienes, es evidente que no se puede destruir la publicidad registral dada al divorcio, por el hecho de incurrir en caducidad la anotación de embargo de la que el divorcio firme resulta, y, por tanto, quedó privado el marido de la facultad de enajenar o gravar por sí solo, a título oneroso, los bienes que, como ocurre con la finca embargada, tienen la condición legal de gananciales por haberla adquirido por compra Pío Jurado Herrera, en estado de casado con Estrella López Fernández, sin que se alegara, ni por tanto se justificara, haberla adquirido aquél con dinero de su exclusiva pertenencia, quedando lógicamente incluidos en la falta de esa titularidad de disposición del marido divorciado los embargos y subsiguientes ventas de bienes gananciales, derivados de procedimientos de apremio seguidos exclusivamente contra el mismo. Es evidente que, además de las deudas y obligaciones que se devenguen durante el matrimonio, y que son de cargo de la sociedad de gananciales, a tenor de los arts. 1.408 y siguientes del Código civil, puede hacerse efectiva también sobre estas fincas gananciales la contribución territorial impuesta sobre la misma finca, aunque esté devengada por anualidades posteriores a la disolución de la sociedad de gananciales. Pero no es menos cierto que, al acusar el Registro el hecho del divorcio, ha de dirigirse el procedimiento de apremio y expedirse el mandamiento de anotación de embargo de esta finca ganancial contra ambos cónyuges, no solamente contra el marido comprador. En cuanto a la contribución de utilidades, préstamos hipotecarios, no procede el embargo de esta finca, por no tener ni haber tenido nunca inscrita hipoteca alguna, debiendo ser embargada en primer término la finca gravada con el préstamo hipotecario del que se deriva la contribución de utilidades reclamada, en el supuesto de no estar cancelada la hipoteca ni caducada la nota de afección en favor de la Hacienda que al cancelar las hipotecas se pone de oficio para asegurar con perjuicio de tercero, las utilidades de las dos anualidades anteriores a la cancelación y la prorrata de la anualidad en que ésta se verifique, dirigiendo el mandamiento bien contra Pío Jurado solamente, si éste fuese titular privativo de la finca hipotecada, o contra los dos cónyuges, si tuviere el carácter de bien ga-

nancial ; en el supuesto de estar inscrita aquella finca a favor de un tercer poseedor, el procedimiento se dirigirá contra el mismo, todo ello siempre que la hipoteca o la nota de afección estén vigentes, y pudiendo anotarse, bien todo el período a que se contrae el débito, si la inscripción de hipoteca sigue viva, o sólo en el período a que la nota de afección se refiera, si se canceló la hipoteca y tal nota no hubiere caducado. En el supuesto de estar cancelada la hipoteca y caducada la nota, puede hacerse efectivo el débito sobre cualesquiera bienes del acreedor hipotecario o del deudor, y si éste lo fué Pío Jurado y los bienes embargados son privativos del mismo, por todos los años 1944 a 1949, que se reclaman ; pero los bienes de su sociedad de gananciales solamente responderán de las anualidades anteriores a la fecha de la disolución de tal sociedad, números primero y segundo, art. 1.408 del Código civil, y en este caso solamente serían las anualidades anteriores a la fecha de la Sentencia de divorcio, cuya fecha no resulta de los asientos fijados, en los que sólo se expresa, como se ha dicho, la fecha del auto dictada por el Juzgado número 4 de los de Primera Instancia de Sevilla, decretando la ejecución de dicha Sentencia ; no procediendo el embargo de una finca ganancial por débito de utilidades posteriores a la fecha del divorcio, aunque se dirigiera el mandamiento contra ambos cónyuges, salvo que la finca ganancial embargada fuera la misma que se hipotecó y estuviera viva la inscripción de hipoteca o la nota de afección a la Hacienda. Se precisa, pues, expresar en el mandamiento que la contribución territorial ha sido motivada por la misma finca embargada ; eliminar del mandamiento el débito por utilidades y dirigir el procedimiento de apremio por territorial y expedir el mandamiento de anotación del embargo de esta finca contra ambos cónyuges, Pío Jurado Herrera y Estrella López Fernández. Y siendo insubsanable el defecto expresado, no procede tomar anotación de suspensión en el libro especial. Tampoco se expide certificación de cargas hasta que se remueva el obstáculo observado, pues ahora sería improcedente, al haberse denegado la anotación del embargo»

Interpuesto recurso por el Abogado del Estado, de Badajoz, la Dirección, con revocación parcial del auto apelado, que había rechazado la nota del Registrador en cuanto al defecto que señala éste de que debe eliminarse del mandamiento el débito a la Hacienda Pública por Contribución de Utilidades, la Dirección. repe-

timos, declara que el mandamiento no adolece de los defectos señalados, mediante la doctrina siguiente :

«Que el Código civil, en sus arts. 1.418 y 1.432, establece las causas por las que los cónyuges pueden solicitar la separación de los bienes y en el 1.434 prescribe que, acordada dicha separación, se disolverá la sociedad de gananciales y se liquidará conforme a lo dispuesto por dicho Cuerpo legal, que ordena en el art. 1.437 que la sentencia firme de divorcio deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad correspondiente cuando recaiga sobre bienes inmuebles.

Que toda anotación preventiva caducada, por haber transcurrido el plazo fijado de duración, deja de producir efectos, y por eso el Reglamento Hipotecario prevé su cancelación, bien de oficio, bien a instancia de parte; que las situaciones jurídicas que se reflejan en los asientos vigentes, una vez cancelados, no pueden servir de fundamento para la calificación registral, porque los Registradores, con arreglo al principio de legalidad, y de acuerdo con el art. 18 de la Ley Hipotecaria, calificarán por lo que resulte de los documentos presentados y «de los asientos del Registro», y como quiera que se halla extinguida la anotación de embargo, que fué practicada a favor de la mujer, y no figura inscrita en el Registro la sentencia de divorcio de los cónyuges, no cabe afirmar que la sociedad de gananciales está disuelta y menos que el Registro publique tal disolución.

Que la nota del Registrador adolece de falta de claridad y de la necesaria determinación para conocer con exactitud el criterio a que obedece; ahora bien, como el Estado puede hacer efectivo su derecho al cobro de contribuciones e impuestos con la hipoteca legal sancionada por los arts. 168-6.º y 194 de la Ley Hipotecaria, y, además, como cualquier otro acreedor puede utilizar la acción regulada en el párrafo primero del art. 130 del Estatuto de Recaudación y perseguir bienes del deudor, por el orden señalado en el art. 80 del mismo texto legal, sin tener que expresar en el mandamiento de embargo que la contribución es de la misma finca que se pretende embargar, lo que también se infiere del art. 12 de la Ley de 22 de septiembre de 1922, texto refundido, relativo a las utilidades procedentes de préstamos hipotecarios, según el cual, para que goce el Estado de la preferencia establecida a su favor es necesario que la acción se dirija contra la finca sujeta a la hipoteca, sin perjuicio de

que la acción ejecutiva pueda también recaer sobre cualesquiera otros bienes del contribuyente, que se hallan afectos al cumplimiento de las obligaciones, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.º 1911 del Código civil.

EXCESO DE CABIDA : ¿ PUEDE INSCRIBIRSE EL DE UNA FINCA FORMADA POR SEGREGACIÓN DE OTRA, EN LA CUAL SE HABÍAN REALIZADO DIVERSAS SEGREGACIONES, CUANDO EL EXCESO SE JUSTIFICA EN ACTA DE NOTORIEDAD TRAMITADA CON ARREGLO AL ART. 203 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 288 Y SIGUIENTES DE SU REGLAMENTO?

Resolución de 16 de julio de 1956 («B. O.» de 23 de agosto).

Don Francisco Blanch Guzmán compró a doña Josefina, don Enrique, don Francisco y don José María Guillén Torrella, mediante escritura pública otorgada en 30 de marzo de 1942, ante el Notario de Valencia don José Pérez Jofre de Villegas, una finca sita en el término de Paterna, Partida de Mallá Nueva, conocida también por Algibe o Alchup, de una superficie aproximada de 1.280 metros cuadrados, que fué inscrita en el Registro de la Propiedad. De la expresada finca segregó las siguientes parcelas : una de 235 metros cuadrados, que vendió .. otra de 234,50 metros cuadrados, que vendió... ; otra de 30,70 metros cuadrados, que vendió... ; otra de 138,50 metros cuadrados, que vendió a... ; y otra de 579,125 metros cuadrados, que vendió a... ; por escritura de 23 de enero de 1951, ante don Enrique Molina Ravello, Notario entonces de Benaguacil, don Francisco Guzmán describió el resto remanente de la finca, en donde había construído un chalet, atribuyéndole una superficie, «comprobada por medición reciente, de 454,66 metros cuadrados, cuya inscripción fué rechazada en el Registro. Don Francisco Blanch Guzmán requirió el 11 de octubre de 1953 al Notario de Valencia don Enrique Molina Ravello para acreditar por acta de notoriedad el exceso de cabida de la finca que adquirió a los hermanos Guillén Torrella, acompañando certificación catastral y del Registro de la Propiedad, como asimismo otras certificaciones de un Arquitecto y un Maestro de Obras, acreditativas de la cabida de la finca objeto de este recurso, y de otra finca colindante con ella, comprada por la esposa del requirente a los mismos vendedores, cuya escritura

de 6 de marzo de 1942 también se presentó como prueba. Notificados los colindantes, y recibida información testifical, los que prestaron declaración aseveran que la finca en cuestión, de 454,66 metros cuadrados, pertenece al señor Blanch y es resto de otra mayor que compró a los señores Guillén Torrella, de la que hizo diversas segregaciones, para vender como solares a varias personas; dentro del plazo legal compareció don José María Guillén Torrella, en su nombre y en el de sus hermanos, y manifestó que se oponía a la tramitación del acta de notoriedad, «porque la parcela de terreno que se pretende por este medio inscribir no pertenece ni ha pertenecido nunca al requirente, a quien el compareciente y sus hermanos vendieron, segregada de finca mayor, una parcela de 1.289 metros cuadrados...», que ha enajenado en su mayor parte, «restandole tan sólo 72,275 metros cuadrados, por lo que los 382,38 metros cuadrados cuya titulación pretende no pertenecen a dicho señor», sino al compareciente y a sus hermanos, propietarios de esta parcela y del resto de la finca de la cual se segregó la vendida al señor Blanch, y por ello fué remitida el acta al Juzgado, de conformidad con la regla 9.^a del art. 203 de la Ley Hipotecaria y 296 de su Reglamento; el Juzgado acordó la devolución de todo lo actuado al Notario, por no haber los señores Guillén Torrella formalizado la oposición; una vez transcurrido el plazo que a tal efecto se les concedió, se incorporó al acta el edicto expuesto en el Ayuntamiento anunciando la tramitación del expediente, por la correspondiente nota del Secretario, y se publicaron anuncios en el «Boletín Oficial» de la provincia y en un diario de Valencia; el Notario hizo constar que, a su juicio, apreciadas las pruebas practicadas, había quedado acreditado que la cabida de la finca descrita en la escritura de 23 de enero de 1951, objeto del acta del recurso, era de 454,86 metros cuadrados; y por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Valencia se dictó auto, en 7 de marzo de 1955, por el que se aprobó el acta, por estimar justificado el exceso de cabida, y se ordenó la inscripción en el Registro, una vez protocolizado el expediente.

Presentada en el Registro primera copia del acta de protocolización citada, fué calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción de ampliación de cabida que se ordena en el precedente documento, porque habiéndose formado, según el Registro, la finca a que se refiere, con una superficie exacta de 1.280 metros cuadra-

dos, por segregación de otra finca mayor, y haberse segregado de ella cinco porciones, con una superficie total de 1.207,725 metros cuadrados, su cabida quedó matemáticamente reducida a 72,275 metros cuadrados, no susceptible de ampliación por ningún otro medio que no sea el consentimiento, en escritura pública, de los vendedores segregantes, hermanos Guillén Torrella, toda vez que esa ampliación se haría a costa de su propia finca».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante del acta, la Dirección confirma el auto del Presidente de la Audiencia, revocatorio de la nota del Registrador, mediante la doctrina siguiente :

«Que aunque los efectos de la fe pública registral no comprendan la medida superficial de los predios, la importancia de este dato físico, que constituye la magnitud del soporte de los derechos que pertenecen al titular, en los casos de discordancia entre el Registro y la realidad jurídica, motivó una abundante jurisprudencia, que en esencia ha sido reflejada en la vigente legislación hipotecaria, que autoriza, en términos generales, las rectificaciones de extensión, siempre que el exceso quede acreditado con arreglo a los procedimientos establecidos, se excluya la posibilidad racional de perjuicio a los colindantes y no se dude de la identidad del inmueble.

Que tales precauciones deben extremarse cuando los excesos de cabida que se pretende inscribir corresponden a fincas que fueron segregadas de otras, las cuales, al tener cabida necesariamente determinada, parece que no admiten la posibilidad de errores de superficie.

Que merecen destacarse las siguientes particularidades de este recurso : que la superficie de la finca que se pretende rectificar no se hizo constar con exactitud en el título que motivó la inscripción ; que, constituida como una entidad hipotecaria independiente, dicha finca no lindaba con el resto de la de procedencia, en la que se habían realizado diversas parcelaciones ; que en el expediente tramitado para inscribir el exceso de cabida fueron citados no sólo los titulares de los predios colindantes, quienes manifestaron su conformidad, sino también los propietarios de la primitiva finca, los cuales, si bien en principio se opusieron al acta incoada, no comparecieron después, cuando, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 296 del Reglamento Hipotecario, fueron citados por el

Juzgado ; que la extensión del inmueble coincide con la que aparece en la certificación del Catastro aportada, excepto en una ligera diferencia, y que aprobada el acta por el Juez, se han cumplido todas las garantías encaminadas a evitar posibles perjuicios a terceros».

* * *

Una vez más hemos transcrito los hechos de la Resolución que nos ocupa. Si la exposición de los mismos siempre resulta esencial, en ocasiones, como la actual, aparece decisiva

Si partiésemos de estos hechos, tan sólo pudiéramos afirmar que todo ello lo encontrábamos sencillo, congruente. Porque en absoluto en esos hechos, en la exposición de esos hechos, se dice que la finca en cuestión, el exceso de cabida de cuyo resto se trata de justificar, tenga alguna característica que haga imposible esa ampliación. Leamos el principio de la relación de hechos y allí encontramos que un señor compró a otros, lisa, llanamente, una finca «con una superficie aproximada de metros». No se dice que fuera segregada de otra. Esto aparece más tarde, cuando en trance de justificar la mayor cabida del resto que le queda al propietario de la finca comprada surge uno de los vendedores y expresa «que la parcela de terreno que se pretende por ese medio inscribir no pertenece ni ha pertenecido nunca al requirente, a quien el compareciente y sus hermanos vendieron, *segregada de la finca mayor...*»

Pero todavía no sabemos si es exacta esa afirmación, pues ya vimos cómo nada se dijo de que la escritura de compra fuese al mismo tiempo de segregación, y aun siéndolo, pudiera tratarse de una porción o finca integrante de otra puramente o artificialmente—según se mire—hipotecaria (art. 8.º de la Ley). En tal caso, no podría haber cuestión. Trataríase de un trozo suelto, sin otro lazo de conexión que el de formar una unidad orgánica.

Por ello—repetimos—, de la exposición o relación de hechos nada realmente grave excita nuestra atención.

Pero llegamos a la nota del Registrador y en ella escueta, terminantemente, se nos dice «que la inscripción de ampliación de cabida que se ordena no puede verificarse, porque formada, según el Registro, la finca a que se refiere, con una superficie exacta de x metros, por segregación de otra finca mayor...».

Ya tenemos ante nosotros el problema con todas sus aristas y agudeza. Y lo primero que no encontramos correcto es cómo en una escritura de segregación se realiza la de «una superficie aproximada», y lo segundo, claro es, cómo se inscribió, y más aún, *con superficie exacta*, esa segregación.

En el año 1951 decía en estas páginas un autor de nuestro especial afecto, JOAQUÍN SAPENA—«La registración de la mayor cabida de las fincas», etc.—, que, a juicio del legislador, la rectificación de la medida superficial entraña más peligro que la variación de los otros datos de hecho que contienen los asientos. De ahí el mayor rigorismo en cuanto a su acceso al Registro, rigorismo que contrasta con la relativa facilidad de la—llamémosla así—«inmatriculación de tal medida», esto es, su primer acceso al Registro, bien al tiempo de la inmatriculación de la finca, bien en un título posterior, cuando tal medida no constaba en la hoja registral».

Basándose sin duda en ese rigorismo apuntado es por lo que manifiesta el Registrador en su escrito de defensa «que la ampliación o aumento de superficie que admiten los arts. 200 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento, se refiere a las fincas que ingresan y se inmatriculan en los Registros con una superficie equivocada, susceptible de ser rectificada por los medios que aquellos artículos determinan, pero de ningún modo pueden éstos referirse a las fincas que se forman por segregación de otras ya inscritas, a las que necesariamente habrá de dárseles una cabida matemáticamente determinada, no sólo para saber la porción que se segrega y ha de inscribirse, sino también para saber si la finca de la que procedía tiene suficiente superficie para soportar la segregación, así como para hacer constar a su margen la superficie a que queda reducida a consecuencia de la nueva finca creada (art. 47 del Reglamento Hipotecario)».

A esto puede agregarse—decimos nosotros—que, conforme a la Resolución de 27 de junio de 1935, si bien la jurisprudencia ha ido facilitando la adaptación del Registro a la realidad, por no estar basada en los datos topográficos de un Catastro la descripción de las fincas que figuran en los libros del Registro, y por no ser su medida superficial circunstancia esencial de las inscripciones, según el art. 9.º de la Ley Hipotecaria, «hay que exceptuar el caso de

segregación de fincas, conforme al art. 60 (hoy 50) del Reglamento... , etc.

Quiere decir esto—deducimos—que la medida superficial es de esencia vital en las segregaciones, y, por tanto, que su constancia, su expresión en los libros registrales debe ser inmovible

No negamos fuerza—e ingenio—a los argumentos de nuestro Ilustre Centro. Pero se apoyan en un dato extra-registral, en la forma singular del título en que se llevó a cabo una segregación «con una superficie aproximada».

Desde luego, la legislación hipotecaria—ver primer considerando transcrito—no desautoriza expresamente que los excesos de cabida no puedan justificarse en las fincas segregadas. Esto parece desprenderse de la propia técnica del régimen, de esa esencialidad de la expresión de la medida exigida en la regulación de las segregaciones de que se prescinde hasta en casos de inmatriculación.

Meridianamente se perfila la intención del legislador: evitar toda confusión, que quede incólume la identidad del predio.

Pero hay que pensar que para justificar los excesos de cabida existen otros medios que el del acta de notoriedad, aprobada por el Juzgado, empleado en el caso presente. Medios sumamente inseguros, como el del dato catastral (letra B), apartado 5.º, art. 298 del Reglamento), por ejemplo. Y abierto el portillo, irán las aguas ensanchando el cauce.

Esta misma Resolución, ¿no es ejemplo de ello?

A tal efecto recordamos la de 26 de enero de 1955, a cuyo extracto y glosa nos referimos—por no alargar la presente— (ver páginas 330 y siguientes de dicho año en esta Revista).

REGISTRO MERCANTIL.—EL HECHO DE VENIR ESTABLECIDO EN LOS ESTATUTOS EL DOMICILIO SOCIAL DE UNA COMPAÑÍA EN DETERMINADA POBLACIÓN, DISPONIÉNDOSE A LA VEZ EN LOS MISMOS «QUE LA OFICINA CENTRAL FUNCIONARÁ EN OTRA MIENTRAS EL CONSEJO NO ACUERDE OTRA COSA», CONSTITUYE UNA INDETERMINACIÓN QUE DEBE RECHAZARSE, CONFORME AL ART. 11, 3.º, LETRA C, DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.—TAMPOCO PUEDE ADMITIRSE EL ESTABLECIMIENTO EN LOS ESTATUTOS DE QUE EL VOTO DEL PRESI-

DENTE DECIDA LOS EMPATES EN JUNTAS DE ACCIONISTAS.—SI BIEN ES OBLIGATORIA LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LOS ADMINISTRADORES, SU OMISIÓN DEBE REPUTARSE COMO DEFECTO SUSCEPTIBLE DE SUBSANAR MEDIANTE LA PRESENTACIÓN EN AQUÉL DE LOS DOCUMENTOS ADECUADOS, SIN QUE, COMO YA SE TIENE RESUELTO—RESOLUCIONES DE 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 1955—, SE REQUIERA PARA ELLO ESCRITURA PÚBLICA.

Resolución de 17 de julio de 1956 («BB. OO.» de 12 de septiembre y 1 de noviembre).

«Por escritura otorgada en Bilbao el 7 de octubre de 1910, ante el Notario don José Martínez Carande, se constituyó «La Compañía de Alcoholes, Sociedad Anónima», con domicilio en la plaza de Víctor Pradera, 5, de dicha población, y oficinas en Madrid, calle de Villanueva, 4, habiendo sido modificado su capital y Estatutos por otras varias escrituras, la última de las cuales, autorizada en Bilbao el 24 de enero de 1930, por el Notario don Florentino Cortey, cuya primera copia fué inscrita en el Registro Mercantil de Vizcaya.

En 8 de agosto de 1953, don Mariano Lozano Colás comparece ante el Notario de Madrid don Alejandro Santamaría y Rojas, en nombre y representación de «La Compañía de Alcoholes, S. A.», como miembro del Consejo de Administración de la misma, para formalizar escritura de modificación de Estatutos y su adaptación a la vigente Ley de Sociedades Anónimas, acordada en Junta general de Accionistas celebrada el día 10 de junio de dicho año.

Según el art. 2.º de los Estatutos: «El domicilio social radicará en Bilbao, plaza de Víctor Pradera, 5, para todos los efectos legales. El Consejo de Administración podrá trasladarlo a cualquier otro lugar dentro de la misma población, y establecer donde lo juzgue conveniente delegaciones, sucursales o agencias. La Oficina Central funcionará en Madrid, mientras el Consejo no acuerde otra cosa»; el artículo 19 se refiere al modo de celebrar las Juntas de Accionistas, que, salvo los supuestos de Junta universal, tendrán lugar donde la Compañía tenga su domicilio; y los arts. 11 y 12 de los Estatutos establecen que dirima los empates en las Juntas de Accionistas y en las reuniones del Consejo de Administración el voto del Presidente.

La anterior escritura fué presentada al Registro con una copia del acta autorizada por don Alejandro Santamaría y Rojas, Notario

de Madrid, el día 16 de diciembre de 1952, con el número 1.103 de su protocolo, en la que comparece el Duque de Sotomayor, Presidente del Consejo de Administración, dando fe el Notario del ejercicio legítimo del cargo, y con la que se protocoliza una certificación social de los acuerdos adoptados en la referida Junta de Accionistas de 10 de junio de 1953, con la afirmación notarial de ser legítimas las firmas del Presidente y del Vocal Secretario del Consejo de Administración; los acuerdos de la Junta fueron tomados con la conformidad de todos los accionistas, figurando entre los votantes, en representación de personas jurídicas accionistas, el Duque de Sotomayor y el propio Consejero, don Mariano Lozano, los cuales figuran en la reelección de nuevos Consejeros también acordada; la misma Junta faculta «al Consejo para que cualquiera de sus miembros otorgue la escritura de modificación de Estatutos».

A la vez se presentó también otra copia de acta autorizada por don Alejandro Santamaría y Rojas el 16 de diciembre de 1953, número 1.099 de su protocolo, en la que el Presidente del Consejo de Administración relaciona las personas que son miembros de este órgano colectivo, y afirma que estaban en sus cargos también en 10 de junio y 8 de agosto de 1953, y por lo que, además, se protocoliza una certificación social coincidente con lo expresado por el Presidente en el acta.

Presentada en el Registro Mercantil primera copia de la escritura de adaptación y los documentos complementarios, extendió el Registrador la siguiente nota: «La precedente escritura de adaptación a la Ley de Sociedades Anónimas de «La Compañía de Alcoholes» no puede inscribirse: a) Por indeterminación del domicilio social, concepto diferente de las sucursales, despachos y oficinas (artículos 2.º y 19 de los Estatutos); b) Por constituir derecho necesario el gobierno de la Sociedad Anónima por la mayoría del capital y oponerse a tal principio el voto de empate concedido al Presidente (artículos 11 y 22 de los Estatutos); c) Las personas que concurren al otorgamiento de la escritura calificada carecen de facultad legal para representar a la Sociedad adoptada, por no constar en el Registro Mercantil el nombramiento de dichas personas otorgantes como Administradores en la fecha del otorgamiento del documento. Contra esta calificación puede entablarse el recurso de reforma que

regula el art. 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil».

Interpuesto recurso por el citado Consejero, señor Lozano, la Dirección ratifica la nota del Registrador en cuanto a los extremos a) y b) de la misma, salvo en cuanto a la concesión de voto dirimente al Presidente del Consejo de Administración, y confirma los mismos respecto al extremo c), aunque declarando subsanable, sin necesidad de escritura pública, la falta de previa inscripción del Consejero que comparece en la de adaptación, *en méritos de la bien ordenada doctrina siguiente*:

«Que las cuestiones controvertidas en este recurso son las siguientes: 1.^a Si constituye indeterminación del domicilio social el hecho de venir establecido por los Estatutos en una población, concretamente Bilbao, y a la vez disponerse en ellos que «la Oficina Central funcionará en Madrid, mientras el Consejo no acuerde otra cosa»; 2.^a Si puede establecerse en los Estatutos que el voto del Presidente decida los empates en Juntas de Accionistas y Consejos de Administración; 3.^a Si la falta de la inscripción de los Administradores en el Registro Mercantil priva a uno de ellos «de facultad legal para representar a la Sociedad» en el otorgamiento de la escritura de adaptación, cuando en el acuerdo social correspondiente se facultó «al Consejo para que cualquiera de sus miembros otorgue la escritura de modificación de Estatutos», y si para la inscripción de aquellos cargos se requiere escritura pública o basta otra clase de documentos.

Que, sin desconocer la posibilidad de establecer en lugares distintos del domicilio sucursales, agencias o delegaciones, y menos aún oficinas, que, incluso, centralicen la dirección puramente técnica o industrial de la Empresa, pero que, por lo mismo, desde el punto de vista jurídico, nunca merecerían tal calificativo de centrales, es evidente que, como quiera que el domicilio de las personas jurídicas—de acuerdo con las exigencias de su amplio significado jurídico respecto de los terceros, los socios y los órganos sociales, y en congruencia con el carácter realista del domicilio de las personas físicas—no constituye una simple localización ficticia, sino el mismo centro administrativo y funcional de la Sociedad, al preverse en los Estatutos, después de fijado el domicilio en Bilbao, que «la Oficina

Central», sin más especificaciones, funcionará en Madrid, queda indeterminado el domicilio, por ser ambas expresiones contradictorias, e infringido, por tanto, el art. 11, 3.º letra c), de la Ley de Sociedades Anónimas.

Que la Ley, al establecer el principio de la mayoría para los acuerdos de la Junta de Accionistas, declara, con carácter general, voluntad unilateral del órgano, con fuerza vinculante para todos los socios, incluso los no intervinientes y los disidentes, aquella formada por más de la mitad de los votos, es decir, a partir de la mitad más uno, salvo los casos en que la misma Ley exija y fije una mayoría más elevada; que, por tanto, el empate, el número igual de votos, no significa sino que ninguna de las posiciones adoptadas en el seno de la Junta merecen legalmente la consideración de acuerdo válido, que a cualquiera de las dos tesis discutidas le falta el peso de un voto para llegar a mover el resorte que expresa la voluntad del órgano, y que, en definitiva, inexistente acuerdo, si viene de hecho a triunfar una de las posiciones, será aquella que posea signo negativo, las más veces, representativa del «statu quo», sin que deba causar extrañeza la prevalencia de las tesis negativas cuando las positivas tienen en su favor el mismo número de votos, pues, en ciertos supuestos legales, aquellas tesis prevalecen, incluso contra el voto de la mayoría, cuando ésta no alcance la proporción que en casos cualificados exige el legislador para la existencia de acuerdo social.

Que la concesión al Presidente de la Junta de Accionistas del voto decisivo de los empates significaría, cuando éstos se producen, otorgarle una intervención en la formación de los acuerdos, contraria al principio de proporcionalidad entre el capital de sus acciones (pues de no ser accionista no podría participar en la votación) y el derecho de voto, e idéntica a la que proporcionan las acciones de voto plural, que no son lícitas en ningún caso, por lo que se infringiría el párrafo segundo del art. 38 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que quepa tampoco configurar la decisión presidencial como una decisión arbitral, pues, aun admitida ésta como posible, nunca cabría confiarla a parte interesada.

Que el principio de proporcionalidad entre el capital de las acciones y el derecho de voto no es acogido en términos tan estrictos que den a la estructura de las Juntas un carácter puramente capita-

lista, y así la Ley permite que los Estatutos fijen el número máximo de votos que el mismo accionista puede emitir (art. 38), y esta conducta, corroborada en otros puntos—recuérdese cómo, al establecer el quórum para la constitución de la Junta general ordinaria (art. 51), adopta un doble concepto, viril o real, mayoría de socios o mitad del capital desembolsado, y al fijar el quórum especial del art. 58, exige la conjunción de socios y capital desembolsado—, abonaría, por ejemplo, la previsión estatutaria de una cláusula que apreciase, para caso de empate, con eficacia decisoria, la mayoría relativa de socios en los grupos iguales de votos en que se haya escindido la Junta.

Que, en cambio, es lícita la previsión estatutaria del voto dirimente en el Consejo de Administración, pues si bien no faltan argumentos en contrario, derivados del sistema de designación de Consejeros, sin embargo la posibilidad de establecer un órgano unipersonal de administración y la consideración de que se trata de un colegio en la balanza de cuyas decisiones no juega el principio de proporcionalidad de votos y acciones, porque no se pesa el capital como en la Junta, sino que actúa la voz personal de cada uno de sus componentes, abonan con toda evidencia la cláusula que concede tal prerrogativa al Presidente, pacto éste que, por lo demás, guarda armonía con la flexibilidad de que debe estar dotado el órgano que tiene a su cargo la gestión inmediata de la Sociedad.

Que, partiendo de que cualquier miembro del Consejo de Administración está autorizado por la Junta de Accionistas para otorgar la escritura de adaptación, y que lo único cuestionable es si, en concreto, es necesaria la inscripción en el Registro Mercantil del Consejero que comparece ante el Notario con ese fin; y aun cuando, en efecto, conforme a las disposiciones que regulan el Registro Mercantil y a la propia Ley de Sociedades Anónimas, es obligatoria dicha inscripción, de modo que sin ella no es admisible la comparecencia ante Notario para el otorgamiento de los documentos por el que ostente tal cargo, ni inscribirse éstos cuando, a pesar de tal prohibición, hubiesen sido autorizados; sin embargo, respecto de la escritura de adaptación, en la que no hay más compareciente que la propia Sociedad—acto interno de la misma para el que, como para cualquier otro de este orden, el nombramiento de Consejero es eficaz desde su aceptación, según el art. 72 de la Ley de Socieda-

des Anónimas—, la omisión de la previa inscripción de aquel nombramiento no ha de impedir al Consejero el representar a la Sociedad ante Notario, si bien dicha falta constituye un defecto, subsanable mediante la presentación de los documentos adecuados en el Registro Mercantil, sin que, como ya tiene resuelto este Centro, se requiera para ello escritura pública.

* * *

Al haber innovado la Ley de Sociedades Anónimas la libertad existente en el régimen anterior respecto al domicilio, limitándolo a las opciones que señala el art. 5.º, parece que ha de exigirse una total precisión en donde aquél ha de establecerse.

Para el Registrador y la Dirección se infringe el principio en el caso presente. ¿No es acaso un tanto rigurosa la interpretación? Si nos fijamos en el art. 2.º transcrito de los Estatutos vemos que tras fijar población—Bilbao—y calle o plaza donde radicará el domicilio social, expresando que éste puede ser trasladado a cualquier otro lugar dentro de la misma ciudad y consignar, por último, que se podrán establecer delegaciones, sucursales o agencias donde se juzgue conveniente, se dice seguidamente que la Oficina Central funcionará en Madrid. ¿No se deduce claramente que dicha Oficina Central es de las agencias o sucursales, como una más de éstas, a efectos simplemente burocráticos? Al menos podría—remitiendo el rigor—conceptuarse susceptible de subsanación la indeterminación apuntada, pues considerada insubsanable supone la modificación estatutaria en el punto crucial con todas las exigencias que ello lleva consigo.

Por lo que respecta al segundo defecto de la nota, nos parece acertada la matización que hace nuestro Centro en cuanto a los extremos que en ella se comprenden.

Dicen los Estatutos que tanto en las Juntas de Accionistas como en las reuniones del Consejo de Administración dirima los empates el voto del Presidente.

Dado el carácter capitalístico de la Sociedad Anónima, es indudable que el voto de calidad otorgado al Presidente en la Junta de Accionistas es totalmente opuesto al espíritu que preside éstas e iría contra lo establecido en el art. 38 de la Ley, según dice nues-

tro Ilustre Centro. Pero consideramos cuestionable la solución que apunta el mismo respecto a la previsión estatutaria de una cláusula que apreciase, con eficacia decisoria, la mayoría relativa de socios en los grupos iguales de votos en que se haya escindido la Junta (final considerando 5.º). Y esto tanto porque los arts. 51 y 58 alegados analógicamente tienen un ámbito especial que no es lícito ampliar, cuanto porque el 48 dice categóricamente que son las mayorías (sin duda estrictamente de capital por el carácter expresado de esta Sociedad), las que decidirán en los asuntos que en su seno surjan. Para algún autor (GIRÓN TENA, «Derecho de Sociedades Anónimas», página 304), el *empate* significa denegación. Y así estimado, los autores de la Ley hubieran previsto para romperlo, cual hicieron en los arts. 51 y 58 citados, las soluciones adecuadas.

Ahora bien, teniendo en cuenta cuanto dice la Ley al tratar de los Administradores, es indudable que todo lo que a los mismos afecta puede ser objeto de reglamentación especial en los Estatutos.

Y así como las mayorías exigidas para las Juntas de Accionistas deben ser consideradas de derecho necesario, no así las de las sesiones del Consejo, si los Estatutos lo previenen, y en consecuencia se considera lícita la concesión de voto de calidad otorgado en aquellas a quien los Consejos presida.

Por lo que se refiere al tercer defecto de la nota, remitimos al lector a las Resoluciones de 29 y 30 de noviembre de 1955, y comentario de las mismas del Notario señor Ruiz Gallardón, en «Anuario de Derecho Civil», t. IX, fascículo II.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad