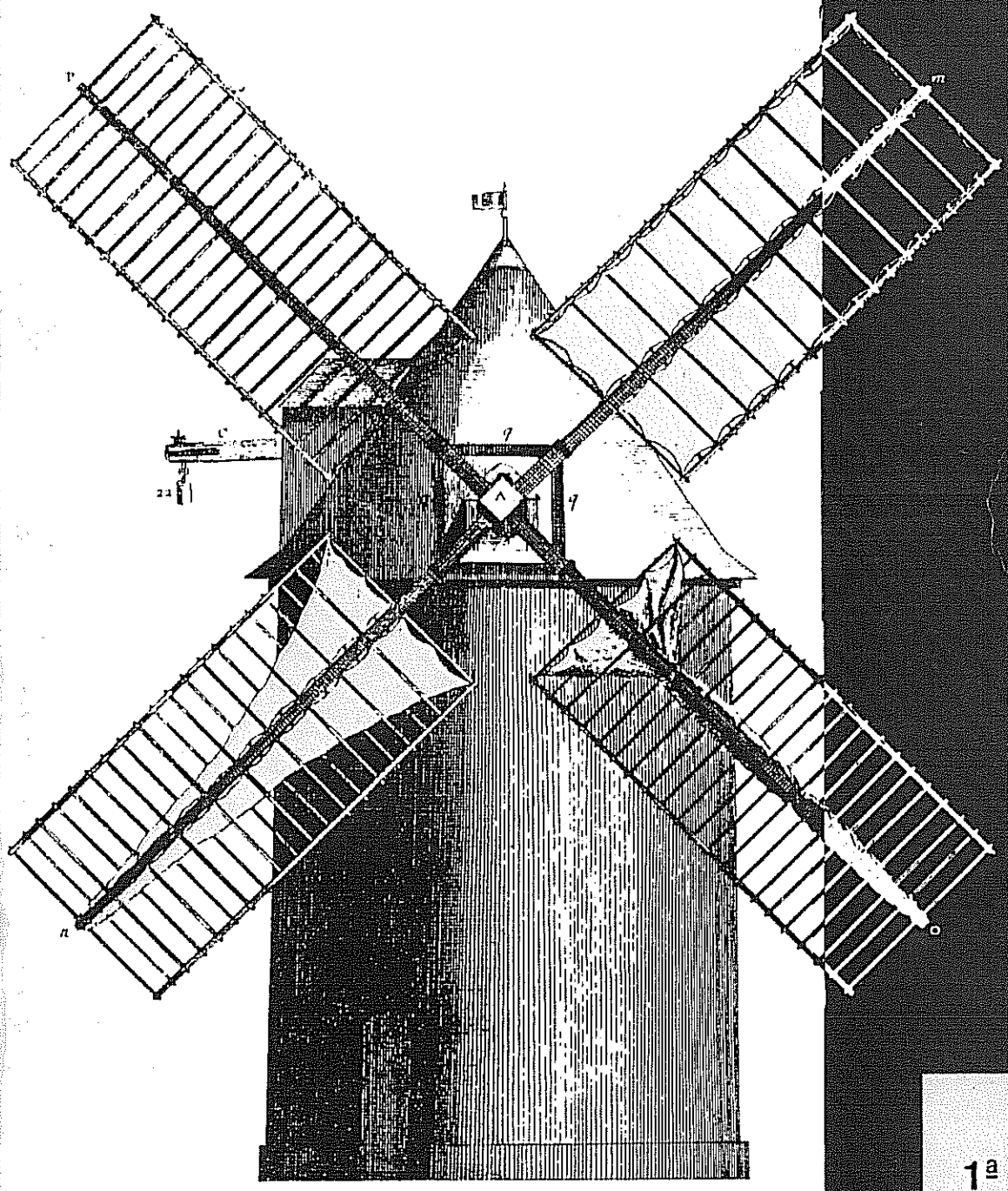
LUNES 4'30



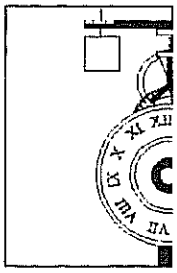
4'30

NÚM. 78
1ª QUINCENA
JUNIO 1991

sumario

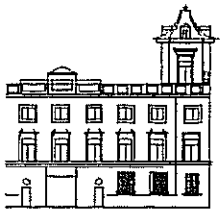
Año 4 - Núm. 78 - 1ª Quincena, Junio, 1991

Pag.



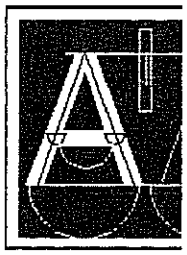
CASOS PRACTICOS **2**

Del Seminario de Valencia.
por C.O.M.



RESOLUCIONES **4**

R. 27 de Mayo de 1991
R. 29 de Mayo de 1991



SENTENCIAS **14**

S (TS) 8 de Octubre de 1990
S (TS) 15 de Noviembre de 1990
por Mercedes Rios Peset.

RDL 17/1991 de 27 de Mayo
RDL 821/1991 de 17 de Mayo **26**

Y además: ***ACADEMIA:*** **19**

COMPETENCIA DESLEAL
Por M. Eugenia Herrero

HUMOR **18**
por Corral Jr.

LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD **20**
por Ricardo Egea Ibáñez

LUNES 4'30

DE LOS REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

*

CONSEJO DE REDACCION:

EN VALENCIA:
Rodolfo Bada Mañó
Luis Calduch Alvarez
Vicente Carbonell Serrano
Ana María del Castillo González
Vicente Dominguez Calatayud
María J. Gonzalvo Asensi
Belén Martínez Gutierrez
Rosa M. Navarro Díaz
Carlos Olavarrieta Masdeu
Luis Orts Herranz
Carlos J. Orts Calabuig
Federico Sánchez Asíns
Javier Solá Palerm
Juan M. Rey Portolés

EN ALICANTE:
José Márquez Muñoz
Juan Carlos Rubiales Moreno
Franacisco Salvador Capdera

CONSEJERO HONORARIO:
José María Chico Ortiz

FUNDADOR:
Enrique Colomer Sancho

Depósito legal: V-1212-1988

Este número de LUNES 4'30 sale con el proyecto de primera página prevista para la nueva edición de la revista. En ella se reproducen alguno de los logotipos que encabezarán las distintas secciones; en el ángulo superior izquierdo aparece el motivo principal de la nueva portada.

A NUESTROS SUSCRIPTORES ONEROSOS

Queridos, doctos y pacientes suscriptores onerosos:

Vosotros, los más caros entre nuestros lectores, porque con una parte, nada despreciable, de vuestro peculio, avalais vuestro afecto y fidelidad a nuestra LUNES; vosotros, suscriptores onerosos, ignoráis -probablemente- que con el número anterior de LUNES 4'30 quedó cumplida la suscripción anual; por lo tanto, el ejemplar que ahora manteneis en vuestras manos corresponde ya a una nueva anualidad económica que con él se inicia y de la que -por nuestra exclusiva culpa-os encontráis en descubierto. Lo que sigue podéis adivinarlo...

Hemos pensado que la forma más sencilla de renovar las suscripciones anuales consiste en remitiros el próximo número contra reembolso del importe de la suscripción que, como recordaréis, asciende a DOCE MIL PESETAS, a razón de QUINIENTAS PESETAS por cada uno de los veinticuatro números que publicamos anualmente. Por tanto, si deseáis daros de baja en la suscripción -cosa que os desaconsejamos porque sí y por lo que luego os diremos- deberéis comunicárnoslo antes de que os llegue, dentro de quince días aproximadamente, un nuevo número de LUNES con el correspondiente aviso de contra reembolso, pues en otro caso, por silencio positivo -que es el silencio justo y bueno-, procederemos a remitiros el siguiente ejemplar con la carga de la pensión anual. Os rogamos diligencia en comunicarnos la desaconsejada baja para evitarnos a nosotros gastos y a todos molestias. (La comunicación podéis hacerla a LUNES 4'30 - C/ PINTOR PEYRO, 12 - 46010-VALENCIA).

¿Por qué os desaconsejamos la baja? En primer lugar , porque nosotros preferimos siempre jugar al alza y huir hacia adelante y, en consecuencia, estamos dispuestos a superar las posibles deficiencias o lagunas de la LUNES que pudieran induciros a su abandono; para ello bastará con una sola cosa: que nos comuniquéis vuestras sugerencias al respecto. Seguro que haremos todo lo posible para incrementar vuestro interés por la publicación, de suerte que impidiéndoos derrelinquir, evitemos una LUNES derrelicta.

Además hemos de deciros que estamos preparando una nueva edición de nuestra revista -entonces sí que podremos llamarla así-, inspirada en los siguientes puntos:

Primero.- Substancial mejoramiento de su formato, con una maravillosa y esperemos que definitiva portada, formalmente más moderna y materialmente menos rígida que la actual.

Segundo.- Sin perjuicio de mantener las secciones habituales de LUNES 4'30, pretendemos acentuar su carácter informativo, instrumentado a través de una información "activa" -leída y estructurada- de todo cuanto de derecho privado y registral se publique a escala nacional y sea de interés para nuestra actividad profesional.

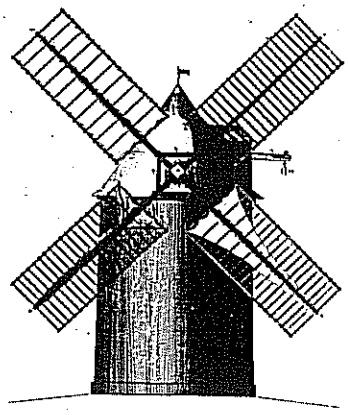
Tercero.- Intentaremos que toda la información publicada sea previamente digerida por el Consejo de Redacción, de suerte que su esencia sea destacada a través de titulares que ayuden a una primera rápida lectura de todo el contenido de la publicación.

Cuarto.- Trataremos de sistematizar por materias nuestro ya abultado fondo de casos prácticos, de suerte que, unidos a los demás casos prácticos que publican otros Centros de Estudios, nos permitan elaborar una especie de supercasos que quizás llamen la atención del legislador sobre las dificultades que los Registradores encuentran en la aplicación del Derecho en determinadas materias y supuestos.

Quinto.- Nos proponemos que la información fiscal, ceñida al ámbito de los impuestos que gestionamos, se incremente, formando, si fuera posible, una de nuestras secciones habituales.

Estos son nuestros proyectos, caros suscriptores onerosos. Con vuestra ayuda, conseguiremos plasmarlos en el papel. Recordad que el papel se fabrica con pasta. Y la pasta, sea de resinosas o frondosas, mecánica o química, blanqueada o cruda, es la pasta.

Un fuerte abrazo del CONSEJO DE REDACCION.



CASOS PRÁCTICOS

CASOS PRÁCTICOS DEL SEMINARIO DE VALENCIA

PRIMER CASO

HIPOTECA DE MÁXIMO

Inscrita en el Registro una Hipoteca de máximo en garantia de obligaciones futuras (es el caso concreto de las famosas hipotecas en garantia del saldo de una cuenta, a donde van a fluir diversas obligaciones) se presenta Instancia suscrita por acreedor y deudor en la que determinan que determinada póliza de créditos se halla cubierta por dicha garantia.

¿Se puede hacer constar dicha circunstancia por nota ó inscripción?

¿Que clase de efectos produce?

Algunos opinan que hacerlo constar por nota, convirtiéndose la hipoteca de seguridad en hipoteca de tráfico en la parte de la póliza que se reconoce.

La mayoria entiende que antes del cierre de la cuenta no se puede concretar nada, de lo contrario seria modificar la hipoteca y ser objeto de una escritura que produciria la correspondiente inscripción.

SEGUNDO CASO

HIPOTECA DE RENTAS

Se trata de que en garantia de unas determinadas rentas se hipotecan tres fincas y se determina la parte de responsabilidad de que cada una debe responder.

No procede determinar dicha responsabilidad por cuanto la hipoteca garantiza las rentas, no una cantidad de dinero. El que

1ª QUINCENA JULIO 1991 4 3º

adquiera las fincas gravadas con tal hipoteca, la adquiere con la carga y con la obligación de pagar la renta hasta su vencimiento; si es tercero, no responderá sino en los términos del artículo 114, es decir, los dos años últimos de renta y la parte vencida de la anualidad correspondiente.

TERCER CASO

EJERCICIO DE ACCIÓN REAL

Se trata de una finca que se halla gravada primero con una hipoteca, segundo con anotación letra B, tercero con anotación letra C derivada del procedimiento ejecutivo de la referida hipoteca sin que se concrete si se ejercita en dicho procedimiento la acción personal ó real, y con la anotación letra G.

Se presenta mandamiento cancelatorio del C en el que ejecutado el crédito garantizado con hipoteca, se ordena cancelar todas las cargas posteriores.

La opinión de los asistentes es de que si se ha ejercitado la acción real hipotecaria pero no por el procedimiento judicial sumario sino por el ejecutivo, al expedirse la certificación de cargas deberá haberse puesto al margen de la inscripción de hipoteca, en cuyo caso supondria la purga de todas las posteriores.

Si por el contrario se ha ejercitado la acción personal, no puede arrastrar mas cargas que las que están detrás de la anotación de embargo.

CUARTO CASO

COLACIÓN

Un matrimonio al fallecer hace sendos testamentos en los cuales establecen que tienen dos hijos; a uno de ellos le obligan a colacionar todo lo invertido en la carrera universitaria y nombran heredera a la hija.

El referido hijo ha muerto con posterioridad a los causantes en estado de casado. En la escritura que se presenta en el Registro solo comparece la hija adjudicándose las fincas de la herencia.

La opinión unánime es de que la colación es un acto previo a la partición, deben intervenir los legitimarios y determinar la forma y cuantia del bien colacionable, por lo que será preciso la presencia de los herederos del hijo fallecido.
(C. O. M.)

QUINTO CASO

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Se presenta en el Registro una partición otorgada por el comprador y la viuda del causante en la que existen tres

CASOS PRÁCTICOS

herederos menores de edad, adjudicándose por terceras partes todos los bienes de la herencia con sustitución fideicomisaria de residuo para el caso de que cualquiera de éllos muera sin descendientes, a favor de los hermanos.

La opinión general es de que no puede inscribirse dicha partición por cuanto debe determinarse la parte que a cada uno de los herederos le corresponde en la legitima corta, que no puede ser gravada por sustitución, artículo 813 y la larga que si puede ser gravada a favor de descendiente o legitimarios, articulo 824.

SEXTO CASO

PODER MERCANTIL

Se trata de un poder por el cual una sociedad nombra apoderados para determinadas actuaciones a favor de quien ostente cargos en la referida sociedad, concretamente directores de sucursales.

Convertir lo genérico en especifico, es decir determinar quienes son los directores,

¿Puede hacerse en virtud de la notoriedad que ostente en el cargo por el Notario?

Todo ello basándose en lo dispuesto en el articulo 286 del Código de Comercio

¿Será necesario un nuevo poder para señalar quien es el que por cargo le corresponde?

Todo ello en aplicación de lo dispuesto en el número 5 del articulo 1.280 del Código Civil

La opinión unánime fué lo segundo, sobre todo cuando ya la Dirección General se ha manifestado con mediana claridad en este punto.

SEPTIMO CASO

DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA POR COMUNERO

Se trata de que existen inscritas en el Registro cuatro casas adosadas con su correspondiente parcela; existe una quinta parcela adquirida por cuartas partes con el objeto de construir un garaje. Como uno de ellos parece que no tiene interés en construir el referido garaje por tener aparcamiento en su parcela, los otros tres han realizado la obra y ahora la quieren documentar declarándola a nombre de los cuatro sin que comparezca el cuarto

¿Es posible?

¿Se trata de la declaración de obra nueva por parte de un comunero de un acto de administración ó disposición?

¿Se requiere mayoria ó unanimidad?

La resolución de 20 de febrero de 1.969 entiende que suponia alterar suntancialmente una cosa y requeria la presencia de todos los comuneros para declarar la obra. (C. O. M.)

1ª QUINCENA 4 3º JULIO 1991

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL

MINISTERIO DE JUSTICIA

13150 *RESOLUCION de 7 de marzo de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el notario de Madrid, don Agustín Rodríguez García, contra la negativa de la Registradora Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de constitución de Sociedad.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el notario de Madrid, don Agustín Rodríguez García, contra la negativa de la Registradora Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de constitución de Sociedad.

Hechos

I

El día 4 de julio de 1980, ante el notario de Madrid, don Agustín Rodríguez García, se otorgó escritura de constitución de la Sociedad «Servicios de Devolución Bululu, Sociedad Limitada». En el artículo 8 de sus Estatutos se estableció: «La voluntad de los socios, expresada por mayoría, regirá la vida de la sociedad. Se entenderá que hay mayoría cuando vote a favor del acuerdo un número de socios que represente más de la mitad del capital social. La mayoría habrá de formarse necesariamente en Junta General. Las Juntas Generales serán convocadas por el Organo de Administración cuando lo estime conveniente o lo solicite un número de socios que represente, al menos, la décima parte del capital social. La convocatoria se hará con quince días de antelación, como mínimo, a la fecha fijada para la reunión. La citación podrá hacerse por escrito y duplicado, debiendo los socios, al recibirla, devolver firmado el ejemplar duplicado, o bien por correo certificado con acuse de recibo, que fijarán el lugar, día y hora de la reunión y los asuntos que han de tratarse; y cuando entre estos últimos figure alguno de los comprendidos en el artículo 17 de la Ley, se consignará el día y hora de la reunión en segunda convocatoria, debiendo distanciarse veinticuatro horas, al menos, de los fijados para la primera convocatoria. La Junta quedará válidamente constituida, sin necesidad de previa convocatoria, si encontrándose presente o representado todo el capital social todos los asistentes deciden celebrarla. Actuarán de Presidente y Secretario, respectivamente, quienes la Junta elija. El Presidente dirigirá los debates. Los acuerdos se adoptarán por mayoría, entendiéndose en la forma expresada en el párrafo primero de este artículo. No obstante, para los supuestos a que se refieren los artículos 13, 17 y demás de la Ley que exijan mayoría reforzada, deberá observarse lo en ellos dispuesto. Los acuerdos sociales, adoptados conforme a lo previsto en estos Estatutos, se consignarán en el Libro de Actas. En todo lo no previsto aquí regirá lo dispuesto en la Ley.»

II

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los siguientes defectos subsanable: Artículo 8. No constan los requisitos para la válida constitución de la Junta. Al preverse que los acuerdos se tomen por mayoría del capital social, no son aplicables los requisitos de constitución que prevé la

Ley (25 por 100 del capital social en primera convocatoria) ya que podrá darse el caso de Junta válidamente constituida que no pudiera adoptar acuerdos. Se subsanaría si los acuerdos se adoptaran por mayoría del capital social "asistente a la Junta". No consta la forma de deliberar (artículos 174 del Reglamento del Registro Mercantil). Madrid, a 6 de agosto de 1990.–El Registrador. Firma ilegible.»

III

El notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: 1. Que en cuanto al primer defecto de la nota de calificación hay que señalar: Que los requisitos de constitución que echa de menos el señor registrador son mencionados en el artículo 174.9 del Reglamento del Registro Mercantil, pero la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada nunca ha exigido requisitos de constitución de la Junta, ni antes ni después de la reforma, lo que resulta claso de la lectura de sus artículos 14 y 17 en los que no se habla de quórum de asistencia. Que probablemente la interpretación del Registrador se basa en una no admisible extensión de lo preceptuado en el primer inciso del párrafo tercero del artículo 15 de dicha Ley, añadido por la Ley de reforma, por lo que deduce que son de aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada las normas de los artículos 102 y 103 de la Ley de Sociedades Anónimas. Que la norma de remisión del artículo 15 citado sólo puede servir para aplicar las normas de las anónimas a las limitadas en aquellos puntos en los que la Ley especifica de éstas no contengan regulación. 2. Que en cuanto al segundo defecto de la nota de calificación hay que manifestar la disconformidad, pues la forma de deliberar está regulada en el artículo 8 de los Estatutos al señalar que «el Presidente dirigirá los debates».

IV

El Registrador dictó acuerdo, manteniendo el primero de los defectos de la nota de calificación e informó: Que respecto al segundo de los defectos de la nota recurrida, la expresión «el Presidente dirigirá los debates» podría interpretarse como la forma de deliberar que exige el artículo 174-9.º, del Reglamento del Registro Mercantil. Que en cuanto al primer defecto de la referida nota, la cuestión a dilucidar es si es necesario hacer constar en la escritura de constitución los requisitos para la válida constitución de la Junta, cuando se establece que los acuerdos serán tomados por la «mayoría del capital social». Que se considera que la regulación de la Junta en las Sociedades de Responsabilidad Limitada, ha variado con la reforma de la Ley de dichas sociedades y del Reglamento del Registro Mercantil. Que después de la reforma de dicha Ley la regulación de los acuerdos sociales es más detallada, por la remisión que hace en su artículo 15. Que esta remisión expresa aparte de la genérica del artículo 177 del Reglamento del Registro Mercantil, no es arbitraria, gratuita ni incompleta, sino que hay que relacionarla con las modificaciones introducidas por el nuevo Reglamento del Registro Mercantil (artículo 174, apartado 9.º). Que dado que la naturaleza de la Sociedad Limitada es muy diferente a la de la Sociedad Anónima, es lógico que el Reglamento se haya preocupado de regular expresamente la materia de los acuerdos sociales, si quieren los socios asimilarse a la sociedad anónima, se ha introducido la remisión del artículo 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pero si quieren dar más relevancia a las personas que al capital que ostentan, se introduce el nuevo artículo 174 del Reglamento relacionado con el artículo 14 de la Ley citada.

Que si en la escritura no se establece nada más que la remisión a la Ley, ha de aplicarse dicho artículo 14, pero si se establece que los acuerdos se tomarán cuando voten a su favor un número de socios que represente más de la mitad del capital social lo que procede es la aplicación del artículo 174-9.º del Reglamento. Que la última reforma de la legislación mercantil tiende a lograr mayor seguridad y claridad en la vida de las sociedades mercantiles y que uno de los fines a que debe tender la calificación y el procedimiento registral es a evitar litigios.

V

El notario recurrente se alzó contra el citado acuerdo, manteniéndose en las alegaciones referentes al primer defecto de la calificación, y añadió: Que la exigencia estatutaria no es más que la repetición de lo que establece el artículo 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no modificado por la reciente reforma. Que el registrador parte de la aplicación del artículo 102 de la Ley de Sociedades Anónimas, que es precisamente lo que se niega; La Junta a la que asiste el 25 por 100 del capital social no queda válidamente constituida, porque la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada a los Estatutos exigen indirecta, pero necesariamente la asistencia de más de la mitad del capital social, porque éste es el mínimo de votos a favor del acuerdo. Además, el Registrador parece olvidarse del artículo 17 de la citada Ley, que es de aplicación ineludible. Que los requisitos de constitución no los exige la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, por tanto, tampoco puede exigirles el Reglamento del Registro Mercantil, pues no puede ser imperativa una norma que establece un requisito que la Ley dispensa. Que, en resumen, el quórum de asistencia a las Juntas es el que indirectamente resulta de los artículos 14 y 17 de la Ley de Responsabilidad Limitada.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 13, 14, 15, párrafo 3.º, 17 de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada y 102 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

1. Establecido en la escritura de constitución de una sociedad limitada, que la voluntad de los socios expresada por mayoría —que ha de formarse necesariamente en Junta General— regirá la vida de la sociedad y que se entiende que hay mayoría cuando votan a favor del acuerdo un número de socios que represente más de la mitad del capital social —salvo en los supuestos recogidas en los artículos 13, 17 y demás de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, que exijan mayoría reforzada, en que deberá observarse lo en ellos dispuesto—, el Registrador suspende la inscripción por entender que «no constan los requisitos para la válida constitución de la Junta. Al preverse que los acuerdos se tomen por mayoría del capital social, no son aplicables los requisitos de constitución que prevé la Ley (25 por 100 del capital social en primera convocatoria) ya que puede darse el caso de Junta válidamente constituida que no pueda adoptar acuerdos».

2. El defecto observado carece de fundamento. Prevista en la escritura de constitución de una Sociedad Limitada en armonía con el artículo 14 de la Ley respectiva, que la voluntad mayoritaria de los socios, formada en Junta General, rige la vida social y que hay mayoría cuando vota a favor más de la mitad del capital social, resulta innecesario ya la fijación adicional de un quórum de asistencia: la Junta

quedará válidamente constituida si asiste, al menos, la mayoría que puede adoptar el acuerdo. No pueden desconocerse las diferencias existentes entre el sistema de fijación de las mayorías de decisión por referencial al capital social y el que atiende al capital asistente a las Juntas Generales; sólo en este último caso, se precisa necesariamente una doble determinación: del quórum de asistencia y de la proporción de asistentes que han de votar a favor; en aquél, en cambio, basta la fijación de la proporción de capital social que en cada caso haya de votar a favor; si en este segundo caso, se exigiera, además, un quórum de asistencia, dicho quórum o bien debería coincidir con la mayoría de decisión o bien habría de ser superior y en este último caso, ello implicaría o una agravación del quórum de decisión o la exigencia para la adopción del acuerdo, no sólo de los votos favorables señalados sino, además, de cierta proporción de votos negativos, en blanco, nulos o de abstención, pudiendo ocurrir incluso que quienes pueden adoptar el acuerdo se vean obstaculizados por la no asistencia de los restantes, a pesar de que éstos, aun estando de acuerdo, tampo podrían decidir.

3. No puede invocarse, en contra de las anteriores consideraciones, la alegación de la Registradora en el sentido de que la aplicación subsidiaria a la Junta General de la Sociedad Limitada de las disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas relativas a la Junta de accionistas, que aparece en el artículo 15-párrafo 3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en su redacción actual impone la fijación de quórums de asistencia específicos y coherentes, además de ese quórum de decisión referido al capital social (y que de no señalarse aquéllos, como habrían de operar los del artículo 102 de la Ley de Sociedades Anónimas se producirá una incongruencia que impide la inscripción), pues resulta absurdo pretender que las previsiones específicas de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada hayan de alterarse o desnaturalizarse para adecuarlas a las subsidiarias de la Ley de Sociedades Anónimas; tal subsidiariedad presupone el pleno respeto de aquéllas y sólo cuando faltaren o fueren incompletas procederá la aplicación de las previsiones de la Ley de Sociedades Anónimas, pero, en este segundo caso, la complementación no puede llevarse al extremo de exigir la desvirtuación de la previsión a completar.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar el acuerdo y la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. S. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 7 de marzo de 1991.–El Director general, Antonio Pau Pedrón.

Sr. Registrador número 2 de Madrid.

1ª QUINCENA JULIO 1991 4º

MINISTERIO DE JUSTICIA

13467 *RESOLUCION de 11 de marzo de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don José Aristónico García Sánchez, contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de aumento de capital social y modificación parcial de estatutos sociales.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don José Aristónico García Sánchez, contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de aumento de capital social y modificación parcial de estatutos sociales.

Hechos

I

El día 4 de abril de 1990, ante el Notario de Madrid, don José Aristónico García Sánchez, se otorgó escritura de aumento de capital social y modificación parcial de los Estatutos de la entidad mercantil «Benito y Monjardín, Sociedad Anónima, Sociedad de Valores y Bolsa» que fue acordado en su Junta General celebrada en la fecha antes dicha. En el otorgamiento tercero de la citada escritura se estableció: Tercero. Quedan nombrados nuevos Consejeros de la Sociedad, por el plazo de cinco años, don Michael Arthur Miller Keehnes, y la Sociedad «Kidder, Peabody, B.V.», que actuará representada por las personas físicas que constan en la certificación unida a esta matriz. Don Michael Arthur Miller Keehner y don Andrew Robert Barfuss, éste en representación de la citada entidad, «Kidder Peabody, B.V.», presentes en el acto de reunión, aceptaron el nombramiento, declarando no hallarse incursos en causa alguna de incompatibilidad de las previstas en la Ley 25/1983 de 26 de diciembre, el artículo 124 de la Ley de Sociedades Anónimas, y demás normas Estatales y Autonómicas vigentes. En la certificación de la Junta General se expresa: 4.4.: Nombrar nuevos Consejeros de la Sociedad y por el plazo estatutario de cinco años: a) A míster Michael Arthur Miller Keehner. b) A la propia Sociedad accionista, «Kidder Peabody, B.V.», que actuará representada de forma solidaria por las siguientes personas físicas: Míster John Matthew Liftin, míster Andrew Robert Barfuss y míster Bruce Winfield Van Saun.

II

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: Sentada de nuevo en este Registro Mercantil la escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don José Aristónico García Sánchez el 4 de abril de 1990 número 1.010, se vuelve a suspender su inscripción en cuanto al nombramiento de «Kidder Peabody, B.V.» como Consejero por contravenir lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil.–Madrid, 1 de octubre de 1990.–El Registrador, José María Rodríguez Barrocal.

III

El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: Que el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil queda cumplido al haber nombrado el Consejero electo las personas físicas que le han de representar en los Consejos. Que si lo que se pretende es que debe designarse una única persona física como representante, hay que señalar que no lo dice el precepto aludido ni podría decirlo sin incurrir en ilegalidad.

IV

El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos, e informó: Que el problema jurídico que en este recurso se plantea en relación con el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil se puede dividir en dos partes claramente diferenciadas. 1.ª El nombramiento de la persona física designada representante de la persona jurídica nombrada administrador. En esta cuestión, el artículo 143 citado es claro en su redacción, que al mismo tiempo parece lógica en virtud de lo establecido en el artículo 133.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. Que la forma de acreditar la representación alegada es a través del nombramiento de la persona física por el propio órgano de representación de la sociedad nombrada; y 2.º Si es posible el nombramiento de varias personas físicas con carácter solidario. No parece posible por contravenir el referido artículo 143, pues la solidaridad en el nombramiento puede impedir «el ejercicio de las funciones propias del cargo», y no sólo en el caso de desacuerdo entre los nombrados solidarios, sino también en el supuesto de nombramiento de Consejero-Delegado de la persona jurídica. Que se considera que el artículo 143 no impide que se nombre a más de una persona física, pero que es necesario designar los casos y la forma de cómo se va a ejercer la representación para saber en cada caso y circunstancia quién de ellos debe representar a la persona jurídica nombrada administrador.

V

El Notario recurrente interpuso recurso de alzada contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil es un precepto novedoso y ha dado lugar a calificaciones contradictorias, aun dentro del mismo Registro Mercantil, con un grave quebranto de la seguridad jurídica. Que con la natural inseguridad mientras no haya desarrollo legal o jurisprudencial de la figura, la persona física representante de la persona jurídica-Consejero parece tener atribuidos los siguientes caracteres: a) Del propio texto legal (artículo 143) parece deducirse que es un «representante» de la persona jurídica, careciendo los intérpretes de base para enlazar su naturaleza con otra figura jurídica que no sea la representación; b) Su designación corresponde al representado, que recibirá directamente todos los efectos del acto jurídico del representante que designe; por ello, no puede coartarse su libertad de elegir y fijar el régimen de actuación, solidario o mancomunado, según las características o consideración que las personas designadas merezcan al representado; c) Por aplicación de las normas mercantiles generales su designación podrá ser efectuada en la propia Junta en que es elegida Consejero la persona jurídica, que será lo normal, con la ventaja de ser conocido y aceptado por todos, o en acto posterior; d) Esta representación tiene un contenido mínimo inderogable (artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil), por lo que las limitaciones que le puedan ser impuestas no deben trascender al ámbito externo; e) Por lo demás, al carecer el precepto citado de ulterior desarrollo, parece que debe integrarse la figura con las normas generales de la representación que, basada en la confianza, incide

de pleno en la esfera de la autonomía de la voluntad del Consejero persona-jurídica, que «intuitu personae» podrá imponer una actuación conjunta o disyuntiva, simultánea o sucesiva, sin más limitaciones que las que contradigan el fin de la norma o la función asignada por la Ley al designado; f) Igual remisión a las normas generales habrá que hacer en materia de extralimitación de facultades, incumplimiento de consignas, revocación, etc.; g) La inscripción en el Registro Mercantil, seguirá igualmente las normas generales, siendo preciso acreditar la aceptación de la persona jurídica-Consejero, pero no la de la persona física que ésta designe, respecto a la que el Reglamento del Registro Mercantil guarda silencio; h) Puede dudarse si es necesario predeterminar en los propios Estatutos el régimen de actuación de las posibles o futuras personas físicas que representarán a la persona jurídica si es designada consejero de otra sociedad. Nada dice el artículo 143 citado, pero la aplicación analógica de las disposiciones sobre sociedades anónimas abonan la solución negativa; e, i) Es importante destacar que esta representación, como todas las demás, no es nunca exclusiva, es decir, no priva al mandante de la facultad de ejercer por sí mismo su cargo y no podrá tener eficacia una disposición derogatoria de ello (artículo 1.733 del Código Civil y 131 de la Ley de Sociedades Anónimas) y admitido que la persona jurídica-Consejero puede actuar directamente a través de su órgano, se tendrá que admitir la posibilidad de intervención de dos Administradores mancomunados o de uno solidario (aun a costa del posible desacuerdo que alega el calificador). Que, sobre la base anterior, debe concluirse: 1) Que no existe fundamento para deducir que las personas físicas representantes de «Kidder Peabody, B.V.» han sido designadas por personas distintas del mandante; las certificaciones sociales se expiden por extracto del acta y sólo deben transcribir literalmente los acuerdos modificativos de la escritura o de los Estatutos sociales; 2) Que el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil no impone que sea una sola y única persona física, ni tampoco podría así ser interpretado, en contravención de las normas generales de la representación del Código Civil, Código de Comercio y Ley de Sociedades Anónimas; 3) Que admitido, como hace el Registrador Mercantil, que el cargo pueda ser ejercido por varias personas físicas no se advierte razón alguna que excluya la solidaridad en beneficio de la mancomunidad.

Fundamentos de Derecho

Vistos: Artículos 18 del Código de Comercio, 8 f) y 125 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 5 y 143 del Reglamento del Registro Mercantil.

Primero.–En el presente recurso se debate en torno a la inscripción del nombramiento de una persona jurídica como administrador de una Sociedad Anónima, que es suspendida por contravenir lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil. En su acuerdo, el Registrador funda la suspensión en la falta de acreditación suficiente del nombramiento por esa persona jurídica de la persona física que, a su vez, haya de representarla en el desempeño del cargo que le es conferido, así como en la imposibilidad de nombrar a más de una persona física para el desenvolvimiento de tal cometido. Se debate, pues, en torno a la interpretación del artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989, la que dista de ser sencilla.

Segundo.–Es cierto que, dado el esquema funcional de las personas jurídicas, cuando éstas sean nombradas administradores de una sociedad anónima [posibilidad expresamente contemplada por el legislador: vid. artículo 8-f] y 125 del Texto Refundido de la Ley de So-

ciedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989), el desempeño de tal cometido debe quedar incluido dentro del ámbito competencial propio de su órgano de actuación externa, el cual podría realizarlo bien directamente, bien valiéndose de apoderamientos generales o específicos. Pero también lo es que exigencias prácticas y operativas (piénsese en el supuesto en que los órganos gestores tanto de la sociedad anónima como de la persona jurídica nombrada administrador, sean plurimes) así como la aconsejable estabilidad de los sujetos que desempeñan la administración de una Sociedad Anónima, imponen la conveniencia de que cuando una persona jurídica sea nombrada administrador, proceda ésta a designar una persona física que, en nombre de aquélla y con carácter permanente, pueda desempeñar por sí sola todas las funciones inherentes al cargo conferido. Por ello el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil no debe ser entendido en el sentido de exigir la consignación, en el folio abierto a la Sociedad Anónima, de los datos identificativos de todas aquellas personas que, en nombre de la persona jurídica-administrador, puedan concurrir al desempeño de este cargo, sino, exclusivamente en el sentido de exigir la identificación de una sola persona física con facultades suficientes para el ejercicio estable de las funciones inherentes a aquél, sea o no miembro del propio órgano de actuación externa de la persona jurídica-administradora.

Tercero.-Ahora bien, no puede pretenderse que la designación de tal persona física acceda al Registro sólo por la simple aseveración del órgano certificante de la sociedad anónima que provee al nombramiento de administrador, por cuanto no se trata de un acto social interno respecto de esa entidad, sino de una decisión que compete exclusivamente a la persona jurídica nombrada, y dado que ésta revestirá la naturaleza bien del apoderamiento, bien de la delegación de facultades, se precisará para su inscripción, respectivamente su formalización en documento público (artículo 18 del Código de Comercio y 5 del Reglamento del Registro Mercantil) o la certificación del acuerdo delegatorio expedida por el órgano de la persona jurídica que sea competente al efecto.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto confirmando el acuerdo y la nota del Registrador.

Lo que con devolución del expediente original comunico a V. S. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 11 de marzo de 1991.-El Director general, Antonio Pau Pedrón.

Sr. Registrador Mercantil II de Madrid.

13468 *RESOLUCION de 12 de marzo de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto, a efectos meramente doctrinales, por el Notario de Granada, don Francisco Carpio Mateos, contra la negativa del Registrador Mercantil de Granada a inscribir una escritura de ampliación de capital y cambios de objeto y domicilio social.*

En el recurso gubernativo interpuesto, a efectos meramente doctrinales, por el Notario de Granada, don Francisco Carpio Mateos, contra la negativa del Registrador Mercantil de Granada a inscribir una escritura de ampliación de capital y cambios de objeto y domicilio social.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL

Hechos

I

El día 28 de junio de 1990, ante el Notario de Granada, don Francisco Carpio Mateos, se otorgó escritura por la que se formalizaron entre otros, los acuerdos de ampliación de capital y cambios de objeto y domicilio social adoptados en la Junta General Universal de Accionistas de «Granada International Services, Sociedad Anónima», celebrada el día 17 de mayo de 1990. En virtud de dichos acuerdos fueron modificados los Estatutos de dicha sociedad, y los artículos 3 y 5 de los mismos quedan redactados de la forma siguiente: «Artículo 3. La Sociedad tiene nacionalidad española, ostentará la regionalidad civil común en sus relacionados jurídicas, y se domicilia en Granada, calle Alhóndiga, número 3, planta tercera.» «Artículo 5. El capital social está representado y dividido en 1.000 acciones ordinarias de a 20.000 pesetas cada una, serie única y nominativas, numeradas del 1 al 1.000, inclusives.»

II

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Granada, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento que fue presentado en este Registro el día 9 de julio de 1990, retirado para subsanar defectos y vuelto a reintegrar con fecha 19 del mismo mes, por observarse en el mismo los siguientes defectos: 1. No se acredita de conformidad con el artículo 150 de la Ley de Sociedades Anónimas, la publicidad del cambio de objeto social. 2. No se consigna en el artículo 3.º de los Estatutos, en su nueva redacción, cuál sea el órgano competente para la creación, supresión o traslado de sucursales, como exige el artículo 9.e) de la citada Ley. 3. Tampoco se consigna en la nueva redacción del artículo 5.º de los Estatutos, relativo al capital social, la mención prevista en el artículo 9.g) de la repetida Ley y artículo 122.2 del Reglamento del Registro Mercantil, acerca de si está prevista o no la emisión de títulos múltiples. Granada, 19 de julio de 1990.–El Registrador, José Angel García Valdecasas Butrón.»

Dicha escritura fue inscrita en el citado Registro, con fecha 2 de agosto de 1990, previa subsanación de los defectos expresados según escritura autorizada por el Notario de Granada don Juan Antonio Martínez Cabello con fecha 26 de diciembre de 1990.

III

El Notario autorizante del documento interpuesto a efectos doctrinales recurso de reforma contra los defectos 2 y 3 de la citada calificación, y alegó: 1. Que se alteran dos concretos aspectos del texto estatutario: Cambio de objeto y domicilio social y elevación de la cifra de capital, y ello por estricta exigencia legal. Los temas de títulos múltiples y de sucursales no son objeto de acuerdo y siguen inalterados. 2. Que de haberse alterado los temas citados en último lugar del apartado anterior, se estaría exigiendo una adaptación de Estatutos a la ley, inoportuna por anticipada (no ha llegado la fecha tope de 30 de junio de 1992). Disposición transitoria tercera (punto 1 de la nueva Ley de Sociedades Anónimas), y asistemática por ser parcial. 3. Que si a las sociedades, como la que motiva este recurso, que amplían su capital para dar cumplimiento a la exigencia legal, se les va a exigir prever la cuestión de los títulos múltiples van a ser de peor condición que aquellas otras que, de momento, no amplían el capital social; y 4. Que no hay base legal para pedir que los títulos múltiples y las sucursales tengan que regularse en un artículo determinado de los Estatutos; y si no hay tal base se está en la mera exigencia diferida a la fecha tope del texto legal.

IV

El Registrador acordó mantener la calificación en todos sus extremos, e informó: Que la cuestión fundamental planteada en este recurso se puede reducir, en los dos defectos impugnados, a lo siguiente: 1. Si con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto de 22 de diciembre de 1989, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas es obligatorio, en toda modificación estatutaria efectuada, antes de la fecha tope de adaptación a sus preceptos, observar las nuevas disposiciones referentes al contenido mínimo de los Estatutos y exigidas en el artículo 9 del referido Texto Refundido, y 2. Pese a lo razonado y acertado de los argumentos del Notario recurrente no se pueden aceptar y ello en base a las siguientes consideraciones: a) Que una vez producida la modificación del precepto estatutario correspondiente debe éste ponerse de acuerdo con el nuevo texto de la Ley, pues lo contrario sería incumplir un precepto de imperativa aplicación a todas las sociedades a partir del 1 de enero de 1990. La aplicación de dicho precepto se puede atrasar hasta la fecha tope, pero si con anterioridad se modifica alguno de sus artículos, debe cumplirse la legislación vigente en ese momento, que es suficientemente clara en su exigencia; que se reitera en el artículo 53 del Texto Refundido en lo referente a los títulos múltiples. b) Que con la calificación se pretende que se cumplan unas exigencias legales cuya vigencia nadie discute y que son aplicables a las sociedades de nueva constitución, como a las que adapten sus estatutos, como también a las que los modifiquen parcialmente una vez entrada en vigor la Ley, y c) Que las exigencias legales cuya omisión es objeto de este recurso, no constan en ninguno de los artículos de los Estatutos de la Sociedad en cuestión, por lo que el lugar adecuado para su constancia debe ser en los artículos referentes al capital y al domicilio.

V

El Notario recurrente se alzó contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9.e) y g) y disposición transitoria tercera del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y artículos 121, 122 y 166.4.4.º del Reglamento del Registro Mercantil.

1. En el presente recurso se suspende la inscripción de una escritura en la que se acuerda aumentar el capital de determinada entidad anónima y modificar su domicilio social, por no haberse recogido en la nueva redacción dada a los artículos estatutarios relativos a esos extremos, si está prevista o no la emisión de títulos múltiples y cuál será el órgano competente para acordar la creación, traslado o suspensión de sucursales, tal como exige el artículo 9 letras e) y g) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

2. Con relación a la exigencia de especificación en la escritura a calificar del órgano competente para la creación, traslado o suspensión de sucursales, han de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones: a) Que no todas las menciones que se recogen bajo una misma letra en el artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas deben integrarse necesariamente en un mismo precepto estatutario; todas ellas deberán recogerse en los estatutos pero, salvada esta exigencia, queda al arbitrio de los otorgantes el modo concreto de configurar la redacción o colocación sistemática del contenido estatutario, con pleno respeto de la debida claridad y precisión que impone su trascendencia y alcance. b) Que la disposición transitoria tercera del Texto Refundido

de la Ley de Sociedades Anónimas impone la adaptación de los estatutos de las Sociedades Anónimas a la nueva normativa rectora de este tipo social cuando hubiere contradicción entre los preceptos respectivos, pero permite que ésta pueda hacerse en cualquier momento hasta el 30 de junio de 1990 y en consecuencia, no puede exigirse que con ocasión de la modificación de determinadas previsiones estatutarias se proceda necesariamente la adaptación o adopción original de aquellas otras que el artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas recoge bajo misma letra, si aun quedare margen temporal para su revisión, máxime si como ocurre en el caso considerado, la no adopción de tal previsión no impide el pleno desenvolvimiento de la modificación del domicilio social.

3. Cuestión discutida es la referente a la previsión de creación o no de títulos múltiples. La exigencia de su adopción, con ocasión del aumento de capital acordado, viene impuesta no ya como una consecuencia de la adaptación a la nueva normativa rectora de los estatutos sociales, sino como efecto de la modificación acordada, pues al haberse alterado el valor nominal de las acciones ya existentes, será necesario la sustitución de títulos, y al derecho de los socios interesa ya la especificación inmediata de aquel extremo. Así lo confirma el artículo 166.4.4.º del Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989, al exigir que la escritura de aumento ha de expresar la nueva redacción de los artículos relativos a las acciones con las indicaciones a que se refieren los artículos 121 y 122 cuyo párrafo segundo recoge esta circunstancia.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en cuanto al primer defecto impugnado y confirmar el Acuerdo y Nota del Registrador en cuanto al resto.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. S. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 12 de marzo de 1991.–El Director general, Antonio Pau Pedrón.

Sr. Registrador Mercantil de Granada.

13469 *RESOLUCION de 9 de abril de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Cartagena, don Miguel Cuevas Cuevas, contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número uno de dicha ciudad, a inscribir una escritura de segregación y compraventa, en virtud de apelación del recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Cartagena, don Miguel Cuevas Cuevas, contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número uno, de dicha ciudad, a inscribir una escritura de segregación y compraventa, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos

I

El día 10 de septiembre de 1984, don Pedro Nieto Martínez, en nombre y representación de la Compañía Mercantil «Establecimientos Román, Sociedad Limitada» otorgó escritura ante el Notario recu-

rrente en la que, autorizado por la Comunidad de Propietarios del edificio «Residencia Mediterráneo», sito en la calle Puerta de Murcia de esta ciudad, segregada del local número tres de dicho inmueble en régimen de Propiedad Horizontal, cuya propiedad pertenece a la citada sociedad, seis nuevas fincas susceptibles de aprovechamiento independiente, que vendía a la Compañía Mercantil «Agropecuaria Restoy, Sociedad Anónima», representada en dicho otorgamiento por su Consejero Delegado, don Emilio Resoy Godoy, y determinaba un resto, cuya propiedad se reservaba la sociedad vendedora, distribuyéndose entre este resto y las seis nuevas fincas segregadas, la cuota de participación en el valor total del inmueble asignada al local comercial antes descrito.

En la citada escritura, aparte de otros pactos, se convenía también que por los propietarios de las seis nuevas fincas, del resto referido anteriormente y de los locales comerciales uno y dos del edificio «Residencia Mediterráneo», podrán formar en el futuro nuevos pisos, locales o apartamentos por segregación y descripción del resto de los actualmente existentes o de los que existan en el momento de realizarse la operación.

II

Presentada primera copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad, número uno, de los de Cartagena, fue calificada con la siguiente nota: «Examinado el precedente documento y cumplido el artículo 429 del Reglamento Hipotecario, a instancia verbal del presentante se extiende la presente nota de calificación, por observarse los siguientes motivos que impiden la inscripción: 1.º La ambigüedad del propio Registro al describir la finca especial número tres originaria, al decir que la planta baja mide una superficie inscrita de 243,80 metros cuadrados y ocupa una superficie real de 270,12 metros cuadrados, circunstancia que fue recogida en la propia inscripción en base al título constitutivo de la Propiedad Horizontal que atribuyó este exceso no al inmueble total sino sólo a esta finca especial, sin que el asiento aclare después si se admitió, suspendió o denegó dicho exceso de cabida, por lo que resulta una inexactitud de los libros del Registro al contener dos superficies distintas sin indicar cuál debe prevalecer, que precisaría del consentimiento de todos los interesados en la Propiedad Horizontal o, en su defecto, de resolución judicial (artículo 40, d), de la Ley Hipotecaria y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de noviembre de 1985). 2.º Además de lo anterior, no resulta con evidencia a juicio del Registrador que suscribe, la identidad total de las fincas especiales segregadas y el resto con la finca matriz originaria: la diferencia de superficies que aparece después de las segregaciones entre la finca originaria y el resto no parece deberse a los elementos comunes especiales que se dicen en la estipulación primera, cuya total superficie está proporcionalmente repercutida en cada una de las nuevas fincas especiales y resto. Por ello, de no justificarse suficientemente este extremo, podría tratarse de una rectificación de superficie, como parece confirmar la estipulación 6.ª, o de una modificación de la obra nueva originaria, siendo preciso en ambos casos el consentimiento de la totalidad de los titulares de las fincas integrantes del inmueble total (artículo 5 de la Ley de 21 de julio de 1960 sobre Propiedad Horizontal, artículos 20 y 208 de la Ley Hipotecaria, artículo 308 de su Reglamento y Resolución del citado Centro Directivo de 28 de febrero de 1968). 3.º Los nuevos elementos comunes especiales, designados en la estipulación primera, en cuanto que no existe la unanimidad de la totalidad de los propietarios interesados en el inmueble constituido en Propiedad Horizontal para llevarlos al folio de la finca matriz, modificando así el título constitutivo,

ni se ha constituido sobre ellos una copropiedad ordinaria dándoles número de departamento independiente, con vinculación «ob rem» a las fincas especiales segregadas, ni en el resto de la número tres ni en el folio, junto con los demás elementos comunes, de la propiedad horizontal, del que en su día se extrajeron como finca independiente. 4.º Las normas autorizando las segregaciones, agrupaciones y variación de destino en lo futuro de las distintas fincas especiales exceden de la aprobación del artículo 8-2.º de la Ley de 1960, antes citada, constituyendo una verdadera modificación de la Propiedad Horizontal al establecer una norma estatutaria que exigiría el consentimiento unánime de todos los interesados (artículo 5 de la Ley de 1960 citada), sin que quede acreditada dicha unanimidad con la certificación del acuerdo incorporado a la escritura calificada (que, además, no autoriza las agrupaciones) pues al no constar el nombramiento de un Presidente de la Comunidad a quien correspondería la representación de la Junta de Propietarios (artículo 12 de la Ley especial tantas veces repetida), dicha representación queda sujeta al régimen general del artículo 1.280-5.º del Código Civil). 5.º Con relación al defecto señalado en el número anterior, no se describe el edificio en su conjunto, de conformidad con el artículo 6 de la Ley Hipotecaria. 6.º Las estipulaciones 7.ª a 13.ª, incluidas las dos señaladas como 9.º son de carácter personal y, por tanto, no son inscribibles (art. 98 de la Ley Hipotecaria y 9 de su Reglamento). Si se ha pretendido dar trascendencia real a la número 11, como norma estatutaria, falta la unanimidad de los interesados a que antes se ha hecho referencia. Dada la naturaleza de los defectos, no procede tomar anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado. Cartagena, 5 de diciembre de 1985.–El Registrador.–Fdo.: Bartolomé Nieto García.»

III

El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: 1.º Contra el primer motivo que impide la inscripción señalado en la nota de calificación: Que la ambigüedad del Registro no es tan alarmante y así lo pone de manifiesto la inscripción primera, segunda y tercera de la finca, en las que consta una superficie de 603,98 metros cuadrados en la primera y 630 metros cuadrados en la segunda y tercera; y ante estas dos últimas inscripciones cabe preguntarse si el Registrador ha admitido, suspendido o denegado el exceso de cabida y si es solamente en la descripción del local comercial número tres donde figura dicho exceso. Que es posible que la actuación del Registrador de la Propiedad que practicó la inscripción, al admitir el exceso de cabida, no se ajuste a las disposiciones legales, pero hay que considerar la poca entidad que dicho exceso supone y el ambiente de la época propicio a la admisión de esos y mayores excesos de cabida; lo que es indudable es que la cabida que el Registro publica para dicha finca está bajo la salvaguardia de los tribunales, según dispone el párrafo final del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria. Que resulta inadecuada la remisión que el Registrador hace al artículo 40, letra d) de la Ley Hipotecaria, pues no parece muy conforme incluir en la expresión «otras causas de las no especificadas anteriormente» un vulgar exceso de cabida, que tiene su regulación en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria. Se cita dicho precepto a los solos efectos de indicar el procedimiento para salvar la pretendida ambigüedad, y se supone que el principio de economía procesal, tantas veces recogido en la jurisprudencia registral, demuestra que es inadecuado del juicio declarativo para salvar una ambigüedad no imputable al ciudadano, sino al Registrador de la Propiedad que practicó la inscripción. Igualmente improcedente resulta exigir como alternativa el consentimiento de todos los interesados en la pro-

piedad horizontal, ya que los propietarios de los locales uno y dos, al adquirir los mismos, ya prestaron su conformidad a la superficie inscrita para el edificio «Residencia Mediterráneo» y, por último, se considera que la ambigüedad de la inscripción del local número 3 del citado edificio se puede salvar por procedimientos más sencillos en la legislación hipotecaria, conforme a los artículos 214 de la Ley Hipotecaria y 322 y 325 de su Reglamento. 2.º En relación al segundo defecto de la nota de calificación: Que, el propietario del local comercial número tres, dentro de los linderos de su local, puede hacer cuanto expresa el artículo 7 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad horizontal. Que la superficie expresada como construida, incluida participación en los elementos comunes del inmueble, es inferior a la que resulta del título constitutivo para el local matriz porque en ésta se incluyen las superficies de los patios de luces que nunca son superficies edificadas; 3.º Con respecto al tercer motivo de denegación de inscripción, señalado en la nota de calificación: Que al practicarse las segregaciones tienen que formarse necesariamente elementos comunes y para que fuesen comunes a todos los propietarios que integran la comunidad sería necesario que la compañía mercantil «Establecimientos Román, Sociedad Limitada», los ceda a la comunidad a título oneroso o lucrativo, y que ésta los afecte a los elementos comunes del inmueble, y como dicha solución no convino, se llegó a la conclusión de que esos nuevos elementos comunes, residuos que resultan de segregaciones y descripciones de resto, son elementos comunes de los nuevos pisos que se forman, y por ello en la estipulación primera se fijan las cuotas de participación de dichos pisos o locales en los gastos de dichos elementos, que son distintas de las fijadas en los gastos generales del inmueble, en los que participan también los locales números uno y dos de la comunidad. Que nadie puede poner en duda que hay elementos comunes de determinados pisos de una comunidad, y si dichos elementos comunes lo son por destino hay que describirlos para constituir sobre ellos una copropiedad ordinaria, pero si lo son por naturaleza —párrafo 1.º, del artículo 396— basta con relacionarlos; 4.º En relación con el cuarto defecto de la nota de calificación: Que «no hay nada que alegar en cuanto a lo expresado por el concepto de "agrupación" que, se le cayó de la máquina al empleado que redactó el acuerdo» (sic). Que exigir el consentimiento unánime de todos los interesados resulta improcedente, por cuanto dicho consentimiento se ha prestado para segregaciones y cambios de destino. Que el acuerdo ciertamente implica una modificacion del título constitutivo, pero también implica una modificación del derecho de propiedad de la Compañía Mercantil «Establecimientos Román, Sociedad Limitada», siendo lo importante en la Propiedad horizontal la propiedad privativa y lo accesorio el condominio sobre los elementos comunes. Que en los supuestos contemplados por el artículo 8, párrafo primero de la Ley de 1960, hay modificación del título constitutivo y no interviene el Presidente de la Comunidad. Que en el supuesto contemplado por el artículo 11 de la misma Ley, hay modificación del título constitutivo, con declaración de obra nueva, adición de nuevas fincas, especiales a la comunidad e, incluso, variación de las cuotas de participación en el valor total del inmueble, las que, como ha declarado la Dirección General de los Registros y el Notariado, no es necesario que se fijen en el acuerdo, sino que pueden venir determinadas con relación a criterios objetivos y sin embargo en dicha escritura no interviene el Presidente de la Comunidad. Y es que lo que se modifica es el derecho subjetivo del propietario y, por consecuencia, se modifica la descripción del inmueble en su conjunto, pero lo accesorio sigue siempre a lo principal. Que parece evidente y conveniente la legitimación de la Compañía «Establecimientos Román, Sociedad Limitada»,

para llevar al Registro la modificación de su derecho de propiedad, que consta en escritura pública, siendo el acuerdo de la Junta de Propietarios documento complementario. Que cuando no exista Presidente de la Comunidad de Propietarios podría aplicarse a la propiedad horizontal la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que atribuye la legitimación a todos los condueños para ejecutar cuanto sea conveniente al condominio y lo ejecutado por «Establecimientos Román, Sociedad Limitada», no puede ponerse en duda que era conveniente para la comunidad al haber sido aprobado por unanimidad que a la vista de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad con relación a cada uno de los tres locales que integran la comunidad de propietarios «Residencia Mediterráneo», hay que reconocer que es una comunidad singular y original. 5.º Con referencia al quinto punto de la nota de calificación del Registrador de la Propiedad hay que considerar que el artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal, a diferencia de lo establecido en el artículo 11 de la misma, no exige la nueva descripción del inmueble en su conjunto. Y 6.º En lo referente al punto sexto de la citada nota de calificación hay que establecer que indudablemente no son inscribibles los pactos contenidos en las estipulaciones 9.ª, 11, 12 y 13. Los demás pactos son normas sobre el uso y disfrute de los elementos privativos de los nuevos pisos que se formen o sobre elementos comunes exclusivos de dichos pisos. Y constituyen sus estatutos a ellos aplicables privativamente y que tienen acceso al Registro por lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal.

IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que la superficie de la finca, como dato identificador de la misma, tiene su trascendencia en nuestro sistema hipotecario; evidentemente nuestro Registro de la Propiedad no es un Registro de hechos, sino de derechos (artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria); ahora bien el Registro se lleva por fincas (artículo 243 de la citada Ley), base física del derecho que se publica, a cuyo efecto ésta ha de quedar perfectamente identificada con las circunstancias de descripción que determina el artículo 9-1.º de la misma Ley y 51, 1.ª a 4.ª de su Reglamento entre las cuales se encuentra la medida superficial, dato identificador de gran trascendencia como lo prueba el artículo 200-2.º de la citada Ley; y la superficie es mucho más importante en el caso de la escritura calificada en el que determina la capacidad del otorgante, extremo objeto de calificación a cargo del Registrador conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria que se trate del propietario de una finca integrada en un edificio en régimen de Propiedad Horizontal, el cual, tanto si efectúa la rectificación de la superficie inscrita (lo que afectaría al solar del edificio, elemento común de aquél conforme a los artículos 396 del Código civil y 3-b de la Ley 49/1960 sobre Propiedad Horizontal), como si rectifica la obra nueva singularmente realizada, precisará del consentimiento unánime de sus restantes copropietarios, de conformidad con los preceptos citados en la nota recurrida. I. En lo referente al primer defecto advertido en la nota de calificación: Que hay que tener en cuenta el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y la importancia que tiene para el funcionamiento calificador la superficie inscrita. Que el Registro tanto en la inscripción 3.ª que se refiere al edificio en su conjunto, y refiriéndose a la finca especial número tres, como en la inscripción 1.ª de la finca especial número tres, publica una doble superficie sin aclarar cuál es la que definitivamente queda inscrita, pues la inscripción no señala si se admite, deniega o suspende un exceso de cabida. Que según el historial registral del edificio en su conjunto es obvio: 1.º Que la inscripción 2.ª no admitió el exceso de cabida, pues

la inscripción 3.ª sigue distinguiendo entre superficie inscrita y superficie real aunque atribuyendo esta discordancia no ya al solar en su conjunto, sino sólo a una de las fincas especiales; y 2.º Que el Registro está bajo la salvaguardia de los Tribunales, y al publicar una doble superficie sin indicar cuál es la que queda inscrita, se observa una discordancia que hasta que no quede resuelta, originará un obstáculo registral para inscribir la escritura calificada. Que la anterior es la interpretación más favorable para el interesado, pues si se estimase que sólo quedó inscrita la superficie menor, el titular de una finca especial no podría por sí solo pedir la rectificación de la superficie del solar, elemento común del total edificio, sin la intervención de los demás interesados (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de febrero de 1968) y se privaría al interesado del derecho que le puede corresponder al publicar el Registro una superficie real, aunque sea dudosa la aceptación de la misma. Que del Registro deriva una inexactitud que ha de ser encuadrada en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria para proponer el medio de rectificación, y en la línea de la Resolución de la Dirección General citada, de 6 de noviembre de 1985, dicha inexactitud tiene su origen dentro de las varias causas que establece dicho artículo en el apartado d), pues no es encuadrable en el apartado a) ya que implicaría no dar ningún efecto a la expresión de la cabida dudosa que hace el Registro, que está bajo la salvaguardia de los tribunales y reclamar para el Registrador, que habría de calificar nuevamente el exceso de cabida, una facultad que a ellos compete, al estar encomendada la salvaguardia de dicho asiento, aunque sea dudoso, al publicar dos cabidas, salvo que medie el consentimiento de todos los interesados en dicho asiento, ni tampoco sería encuadrable en el apartado c), pues el Registrador que practicó el asiento lo hizo conforme a su calificación, y no cometió en el asiento error material ni de concepto, únicos posibles conforme al artículo 211 de la Ley Hipotecaria como resulta claramente de la lectura de los artículos 212 y 216 de la misma Ley definitorios de tales errores. En el apartado d) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria se está incluyendo una inexactitud registral en orden a la determinación de un dato identificador de la finca inscrita: su superficie y las soluciones que dicho apartado indica para su rectificación son tajantes. Los interesados sólo prestaron su conformidad a la superficie de sus fincas especiales y no a la superficie de 630 metros cuadrados del edificio; pero el consentimiento que se exige a los mismos en la nota de calificación, no se pide para inscribir el edificio total con la expresada superficie, sino para que el Registrador haga la rectificación; proceda a calificar nuevamente el exceso de cabida, admitiéndolo, suspendiéndolo o denegándolo, según el caso, para rectificar un asiento que ya existe en su favor; y, por último, la resolución judicial que en caso de no existir consentimiento de los interesados, ordenase la rectificación del Registro tendría que derivar de un procedimiento en que aquéllos hubieren sido oídos. II. En lo concerniente al segundo defecto señalado en la nota: que la identidad entre las fincas segregadas y el resto de la matriz original ha de ser objeto de calificación por parte del Registrador que ha de asegurarse que el titular registral ha desplegado su actividad dentro de la esfera que es es propia; por ello, no es aplicable el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, ya que la rectificación de una finca integrada en dicho régimen en lo relativo a su superficie, efectuada exclusivamente por su titular, excede de la esfera jurídica que le es propia, en cuanto implica la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. Que si la diferencia en metros radica únicamente que en las nuevas descripciones se han excluido los patios interiores, según el recurrente, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que de ello derivarían no debería olvidarse que la super-

ficie de los patios interiores, si son elemento común privativo, debía haber sido repercutida como elemento común entre las nuevas fincas, con lo que no tendría sentido la diferencia de motivos, y si es elemento común del total inmueble, faltaría la unanimidad exigida por la Ley de 1960 sobre Propiedad Horizontal para modificar el título constitutivo. Que obviamente la comparación no es posible, y no se puede apreciar si hay o no identidad entre las nuevas fincas con la originaria, extremo que ha de calificarse, como se ha dicho anteriormente. III. En cuanto al tercer defecto señalado en la nota: Que el artículo 8, apartados 4 y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal establece una mecánica registral que, por ser cuestión de orden público, no puede ser alterada por el Registrador que practica los asientos, ni por los interesados. Que la finca especial número tres, se segregó el edificio total, y con ella se segregaron todos sus elementos arquitectónicos de uso privativo, que pasaron a quedar recogidos en el folio especial que por la segregación se abrió y no ya en el del edificio en su conjunto, que con respecto a dicha finca quedaba vivo únicamente en cuanto a los elementos comunes del edificio; posteriormente de dicha finca especial se han formado otras fincas especiales, mediante segregación de alguna y la determinación del resto que con sus elementos arquitectónicos específicos va a constituir la única base física del folio registral que en su día se abrió a aquella finca especial; pues bien, los elementos comunes especiales de las fincas que se han formado en la escritura calificada no quedan inscritos en ninguna parte y éste es el defecto advertido en la nota de calificación, en la que se permite apuntar diversas soluciones al mismo. IV. En lo referente al cuarto defecto advertido en la nota: Que la cuestión se centra en determinar si ha quedado suficientemente acreditada la unanimidad exigida para modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal por el artículo 16.1.ª de la Ley 49/1960, con el acta expresiva de dicho acuerdo unánime de la totalidad de los propietarios de los distintos pisos y locales que en régimen de propiedad horizontal constituyen la casa número 13 de la calle Puerta de Murcia de esta ciudad, con firmas legitimadas de sus asistentes por el Notario autorizante. Que conforme e los artículos 8 y 5 de la Ley citada es correcto entender que la aprobación de una concreta y actual división material, segregación, agrupación o determinación del resto de pisos o locales corresponde a la Junta de Propietarios, siendo título inscribible, de conformidad con los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento, la escritura pública por la que el titular del título o local afectado otorga dichos actos, respecto a la cual actuará como documento complementario la certificación del acuerdo de aprobación de la Junta; pero la autorización para realizar tales actos en lo futuro es una norma estatutaria, una verdadera regla en orden al uso y destino del edificio y sus diferentes pisos y locales, en la terminología del artículo 5.º de la Ley citada, y como tal, ha de ser otorgada, en principio, por todos y cada uno de los propietarios de los diferentes pisos y locales (artículos 396, párrafo último, del Código civil y 20 de la Ley Hipotecaria), por sí o representantes, para lo que es necesario poder expreso (artículo 1713 del Código Civil y Resolución de 17 de abril de 1970), que deberá constar en documento público (artículo 128-5.º del Código civil). Esta distinción fue recogida en algunos considerandos de la Resolución de 31 de agosto de 1981 y no teniendo el carácter de documento público el acta testimoniada que sólo es apta para recoger el acuerdo (artículo 17 de la Ley 49/1960) la modificación estatutaria deberá efectuarse en escritura pública. Que la nota de calificación admite la posibilidad de que dicha modificación se realice en escritura pública por el Presidente de la Comunidad de Propietarios que es el representante nato (artículo 12 citada Ley), en base al acuerdo adoptado por

unanimidad, por la totalidad de los propietarios interesados en dicho régimen y ello es posible sin desvirtuar lo expuesto anteriormente, lo permite el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal y lo aclara la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1965; manifestándose en sentido análogo las Resoluciones de 5 de mayo de 1970 (sic) y 15 de junio de 1973. Así pues, en conclusión, o los interesados constituyen los órganos que previene la Ley de Propiedad Horizontal y actúan por medio de ellos, o será preceptiva su comparecencia ante Notario cada vez que hayan de prestar un consentimiento que implique modificación de los derechos inscritos. V. Con respecto al quinto defecto advertido en la nota: Que es cierto que el artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal, a diferencia de lo que establece su artículo 11, no exige la nueva descripción del inmueble en su conjunto, lo que ocurre es que la escritura calificada al establecer una norma estatutaria que obliga para lo futuro es encuadrable en el párrafo último del artículo 5 de dicha Ley; por ello el citado artículo 11 no puede considerarse como una excepción a la regla general sino una aplicación más de la misma. VI. En cuanto al sexto y último defecto señalado en la nota: Que las normas estatutarias, en el ámbito que permite la Ley Especial, configuran el derecho de cada propietario y se imponen a los propietarios actuales y futuros, estableciendo derechos y obligaciones no directamente a persona alguna, sino indirectamente a través de la titularidad de la finca integrada en régimen de propiedad horizontal. Que las estipulaciones 7.ª y 8.ª de la escritura, sólo regulan los derechos de la sociedad vendedora y compradora, lo que pone de manifiesto que es un pacto accesorio de la venta que no puede tener acceso al Registro, al no ser norma estatutaria, de conformidad con los preceptos señalados en la nota. Que en cuanto a la estipulación 10 de la misma escritura, no fue calificada como norma estatutaria en base al artículo 1.284 del Código civil, pues refiriéndose a los seguros y obligaciones del inmueble, es impensable que sólo algunos de los interesados en el mismo puedan pretender excluir a los demás de la determinación de la forma en que han de satisfacer ambos y de la posibilidad de intervenir en la adopción del acuerdo tendente a la elección de la Compañía aseguradora; y no obstante, en caso de pretenderse inscribir como norma estatutaria faltaría el requisito de unanimidad, de conformidad con los artículos 5 y 16 párrafo primero, de la Ley especial.

VI

El Presidente de la Audiencia Territorial de Albacete confirmó la nota del Registrador, basándose en los fundamentos aducidos por éste y en las Resoluciones de 12 de febrero de 1981 y 16 de diciembre de 1983 en cuanto al primer defecto de la nota de calificación y en los artículos 18 y 21 de la Ley Hipotecaria y 98 del Reglamento en lo referente al segundo defecto de aquélla.

VII

El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que en cuanto al primer defecto se está en presencia de una construcción extralimitada en suelo propio perteneciente a otra finca del mismo propietario, y que los veinticinco metros cuadrados de exceso se han poseído pública, pacífica e ininterrumpidamente de buena fe por más de veinte años, y teniendo en cuenta que los propietarios de los locales números uno y tres, terceros registrales, están protegidos por el principio de legitimación registral. Que con relación al segundo defecto, conformarse con una superficie menor únicamente daña al propietario que la sufre y ello en ningún caso implica modificar la estructura del edificio. Que la exigencia de

que se modifique la descripción del inmueble en su conjunto, tropieza con el obstáculo y es que dicha descripción no señala los locales comerciales de que consta y, por tanto, no sería modificación sino una adición a la descripción. Que es de interés general resolver si los propietarios con elemento común o con un accesorio común pueden establecer sus propias normas o estatutos para el uso de los mismos y tienen acceso al Registro de la Propiedad o si esas normas han de ser aprobadas por todos los propietarios de la Comunidad.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1.713 y 1.280-5.º del Código Civil; 8, 9, 20, 98 y 208 de la Ley Hipotecaria; 9 y 51 del Reglamento para su ejecución; 5, 8-2.º, y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal y las Resoluciones de este Centro de 28 de febrero de 1968 y 12 de febrero de 1981.

1. Para el estudio del primer defecto conviene ante todo examinar la configuración de la finca según los asientos registrales, y de ellos aparece: a) en la inscripción 2.ª de declaración de obra nueva, una extensión superficial del solar de 630 metros cuadrados; y b) en la inscripción 3.ª de constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, se forman en total tres únicas unidades: 1) Local número, uno en planta baja con una superficie de 104,75 metros cuadrados; 2) Local número dos en la misma planta con 254,46 metros cuadrados; y 3) Local número tres formado por el resto del edificio, en el que la planta baja tiene una extensión inscrita (sic) de 243,80 metros cuadrados y real de 270 metros cuadrados.

2. Se observa pues que la suma de la superficie inscrita de los tres locales –603 metros cuadrados– es inferior en 27 metros cuadrados a la que figura en la anterior inscripción de obra nueva –630 metros cuadrados– mientras que si a la superficie inscrita de los locales número 1 y 2 se añade la que se designa como real en el local número 3, se obtiene la superficie inscrita de 630 metros cuadrados. Es decir se produce la singularidad de que sumando las superficies inscritas de los tres locales tiene lugar una disminución de cabida, mientras que en el segundo caso se alcanza la que había establecida, y esta singular situación aparece declarada en la misma escritura por el entonces único titular registral, que no tenía necesidad de realizar esta declaración, ya que indicando sólo los 270 metros cuadrados como superficie inscrita del local número 3, no se apartaba de la que figuraba en los asientos registrales, y sin poder ahora prejuzgar los motivos que tuvo el entonces titular del Registro, el hecho es que practicó esta ahora discutida inscripción 3.ª, sin suspender lo que no se puede llamar con rigor un exceso de cabida.

3. Sin prejuzgar ahora sobre el ámbito de la legitimación registral y su extensión a los datos físicos del inmueble contenidos en los asientos del Registro, ello no impide que en principio sus pronunciamientos sobre esta materia —según constante doctrina de este Centro— hayan de tenerse en cuenta, en tanto no sean desvirtuados o impugnados por quienes se sientan lesionados en su derecho —artículo 1 de la Ley Hipotecaria— y en tanto no se lleve a efecto la modificación habrá que atenerse a lo que en los mismos se manifieste, por lo que en este punto procede revocar el defecto 1.º de la nota.

4. Los defectos 2.º 1 5.º inclusive pueden estudiarse conjuntamente ya que entran dentro de los atribuidos a la subcomunidad creada en la primitiva propiedad horizontal. En efecto, el denominado local comercial número 3 de esta propiedad horizontal que comprendía planta baja, entresuelo, cinco plantas y áticos, y que constituía una unidad de explotación –Hotel Residencia–, ha sido a su vez dividido –con acuerdo unánime de la Junta de Propietarios– en otra serie de unidades independientes dentro de la sub-comunidad, detallándose en la escritura calificada la manera en que se han formado estas nuevas

fincas y las normas que ha de regular su funcionamiento, que cuando afectan sólo a la subcomunidad se habrá estado actuando dentro de los límites concedidos por la autorización de la Junta, pero no sucedería así, si dentro de ellas, quedase afectado el título constitutivo del régimen general de propiedad horizontal, ya que entonces se requeriría no sólo el acuerdo de todos los propietarios según el artículo 5 de la Ley, sino también que la comunidad apareciera debidamente representada al otorgarse la escritura.

5. La descripción de las nuevas unidades registrales formadas se acomoda a las exigencias reglamentarias, en cuanto se han establecido las cuotas de cada unidad en relación a esta subcomunidad con independencia de la general en el edificio, y no es anómalo que la superficie de los pisos nuevos sean inferiores en su totalidad por planta a la situación anterior, pues no hay que olvidar que según la inscripción 2.ª, el vestíbulo, foso de ascensores, escaleras etc., que son elementos privativos del local número 3 al estar al servicio exclusivo del Hotel, pasan ahora a ser elementos comunes sólo de la subcomunidad creada, y que, además, en los locales de la planta baja se ha descontado la superficie de dos patios de luces también elementos privativos.

6. El defecto número 3 más que un defecto en sí, es una cuestión meramente formal de mecánica interna de Oficina, y no es otra que la manera de hacer constar en los libros del Registro los nuevos elementos comunes –antes privativos– de la subcomunidad y demás normas por las que se ha de regir, lo que no parece constituya una grave dificultad, pues al haberse entrado en el local número 3 –que no se olvide estaba destinado a Hotel y representa una cuota del 92,31 por 100– es en este folio donde han de practicarse las operaciones de régimen general, con la apertura además de la correspondiente hoja a las nuevas fincas formadas y las notas de referencia precisas. Y por ello tampoco es necesario en este aspecto la descripción en la escritura del edificio completo.

7. Por el contrario procede confirmar el defecto 4.º reconocido por el Notario recurrente sólo en cuanto a la materia de agrupación de locales, ya que el pacto contenido afecta a la totalidad del inmueble –al menos así se deduce de su texto literal frente a la aseveración del fedatario de que sólo pretendía afectar a la subcomunidad– y aun cuando en la Junta de copropietarios con asistencia de todos se adoptó el acuerdo por unanimidad, falta la comparecencia en la escritura de quién ha de actuar en su nombre, pues el único copropietario que lo hace lo es en nombre propio a efectos de constituir la subcomunidad y sin el necesario poder –artículo 1.280-5.º del Código Civil– al no comparecer el Presidente o los restantes copropietarios.

8. En el 6.º y último defecto el recurrente se ha conformado en parte con la calificación del Registrador y sólo se ha alzado respecto de la inscribibilidad de las cláusulas 7.ª, 8.ª y 10 de la escritura calificada, que ninguna de ellas debe tener acceso al Registro ya que las dos primeras son pactos obligaciones entre vendedor y comprador sin afectar a los futuros propietarios del inmueble y la tercera –10 cláusula sobre seguros– al no poderse determinar si se refiere a la subcomunidad o al régimen general, hay que rechazarla en tanto no se aclare su referencia a la primera.

Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del Auto apelado, confirmar los defectos cuarto y sexto de la nota del Registrador y revocar los restantes.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V.E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 9 de abril de 1991.–El Director general, Antonio Pau Pedrón.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Murcia.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

S. 8 OCTUBRE DE 1990
(TS. Sala 1ª.)

NATURALEZA JURIDICA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES UNA VEZ PRODUCIDA SU DISOLUCION POR EL ART. 1392-1 Cc.

SUBROGACIÓN DEL CARÁCTER DE LOS BIENES

EFICACIA DEL EMBARGO TRABADO SOBRE BIENES GANANCIALES POR UNA DEUDA PRIVATIVA UNA VEZ PRODUCIDA LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Segundo. Es necesario para la mejor comprensión del caso el subrayar los siguientes hechos delimitadores del litigio.

1) Por la demandad, viuda y madre de los actores terceristas, se concertó con la entidad bancaria también codemandada, póliza de préstamo en 10 Ago. 1983, y tras su vencimiento e impago determinó la acción ejecutiva de esa entidad que culminó en juicio ejecutivo 2/1985 del JPI Toro, con el embargo de 10 Ene. 1985 sobre la finca núm. 333-Resto del Término Municipal de dicha localidad, como de propiedad de la deudora, cuya finca en unión de la núm. 333-1, es de la que se segregó, había sido recibida como de remplazo del IRYDA de otras 6 fincas que con el emplazo del IRYDA de otras 6 fincas que con el carácter de gananciales pertenecían a dicha deudora así como a su esposo que, a su vez, había fallecido en 2 Oct. 1980.

2) En documento privado transaccional de 27 May. 1983 se acordó entre los hijos del matrimonio, los terceristas, y su madre, la viuda codemandada, la partición de citada finca núm. 333 con las adjudicaciones reseñadas:
la 333-Resto, objeto del embargo,

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

a favor de los actores, y la 333-1 a favor de la codemandada citada, que a su vez, al parecer, la vende posteriormente.

3) En el reseñado juicio ejecutivo no fueron demandados los hoy actores, y sí lo que la viuda con el carácter de propietaria exclusiva de la finca luego embargada (333-Resto) que así estaba inscrita, acreditándose posteriormente su carácter ganancial por expediente rectificador del propio IRYDA.

Sexto. a) Que conforme a los facta antes delineados, es evidente que si la incorporación al patrimonio familiar de la finca básica núm. 333 devino como consecuencia del reemplazo o permuta que el IRYDA efectuó de otras 6 de carácter ganancial pertenecientes al matrimonio formado por la viuda codemandada y su anterior esposo, el elemental entendimiento del llamado principio de "subrogación real", por lo que era claro su carácter ganancial.

b) Que si el marido cotitular de dicha finca falleció en 2 Oct. 1980, aparece el automatismo del dictado legal señalado en el art. 1392 CC al prescribirse que "la sociedad" de gananciales concluirá de pleno derecho: 1) Cuando se disuelva el matrimonio. . ., por lo que, según la doctrina general, se producen entonces los llamados "efectos automáticos" de esa disolución, y acaso sea ése el único sentido a la expresión del 1392 de que la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho, en la idea de que cuando las causas de la disolución sean las del art. 1392.4 - legales o la voluntaria- inmediatamente, o a seguido y sin solución de continuidad se producirán los efectos disolutivos y, por ende, se podrá pasar a la segunda fase o liquidación de la misma, de tal suerte que el acto determinante de la conclusión será, a su vez, causa inmediata de la conclusión del régimen ganancial.

c) En cuanto al valor y eficacia del documento transaccional de 27 May. 1983, tanto por el juego conjunto de los art. 1227 CC, como los señalados en las sentencias de origen -en particular, arts. 402, 1058, 1402, 1410, 1057 y cc., todos del CC- la referida partición llevada a cabo por todos los cotitulares o comuneros, en la que se adjudicaba a los actores la finca embargada 333-Resto, y a su madre, la codemandada,la 333-1 ha de afirmarse que carece de efectos con respecto a terceros, entre los que, por su indiscutible condición de acreedor, ha de ubicarse al Banco ejecutante, lo que,

1ª QUINCENA JULIO 1991 4º

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

consecuentemente, deriva en que, con independencia de esa eficacia *inter partes*, no cabe extender vinculación alguna al respecto en perjuicio de esta entidad.

Séptimo. Que por esa disolución *ope legis* de la sociedad de gananciales hasta entonces y sin perjuicio de la dilación o demora liquidatoria con los consiguientes efectos de adjudicación, ya no es posible hablar de pervivencia de aquella sociedad, y sí de una suerte de coexustencia provisional de una especie de comunidad postmatrimonial o proindiviso sobre el conjunto de los bienes comunes o sobre los que ostentaban el carácter de ganancial, en la que serán miembros o partícipes en sus respectivas cuotas los hijos herederos legítimos del mismo en un 50% -arts. 930 y 931- y en el otro 50% por su carácter exganancial el cónyuge supérstite sin perjuicio de su cuota legal usufructuaria -arts. 1404 y 834 CC-; en consecuencia, si con posterioridad a todo ello se produjo la deuda o póliza de préstamo concertada por la viuda con la entidad bancaria codemandada en 10 Ago. 1983, no es cposible admitir la procedencia de que el embargo trabado por el acreedor ejecutante recalga sobre una finca que ya no pertenece exclusivamente a la deudora o ejecutada, pues, se repite, en torno a la misma como parte del todo ganancial y hasta tanto no se haya materializado la posterior división, liquidación o adjudicación, se ha conformado una suerte de comunidad postmatrimonial constituida por los legítimos cotitulares en razón a las cuotas antes enumeradas, desconociéndose por tanto el repetido presupuesto de idoneidad de la traba para que permanezca frente a la eventual acción del tercerista, es decir, que el bien embarbado sea de la exclusiva propiedad del deudor; y es que teniendo en cuentas las peculiaridades del conflicto en donde se practicó un embargo contra la deudora hoy codemandada por la deuda contraída por la misma a consecuencia de un impago tras su vencimiento, ha de advertirse que dicho embargo fue procedente porque, entonces, según lo constatado, la finca trabada 333-1 figuraba como privativa de la citada deudora, si bien, y ahí radica la singularidad, posteriormente tras el expediente rectificador del propio IRYDA, se constató y así se hizo referencia en la inscripción registral, que dicha finca tenía el carácter ganancial; en consecuencia, subrayándose los presupuestos básicos del litigio, esto es, que la deuda es propia y exclusiva de la codemandada, que el bien trabado, con independencia de que en origen cuando su anotación preventiva

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

tenía el carácter privativo, en realidad lo es ganancial, y que así mismo, cuando acontecen estas vicisitudes -habiendo fallecido con anterioridad en el año 1980 el marido de la deudora- se produjeron automáticamente, como se ha expuesto, los efectos disolutorios de dicha sociedad legal de gananciales, se entra en el núcleo, técnicamente complejo, de la naturaleza jurídica de esa sociedad de gananciales disuelta por la muerte de uno de los cónyuges, en tanto en cuanto persiste la situación hasta que se proceda a la liquidación de la misma, máxime cuando, como se ha indicado anteriormente, no cabe otorgar efectos liquidatorios al repetido documento privativo por carecer de eficacia con respecto a terceros; ya que partiendo de esa naturaleza ganancial de la finca trabada, ha de precisarse cuáles son los derechos o cuotas respectivas que, en su caso, sobre dicho bien, les corresponden a cada uno de los, en principio, cotitulares de mismo, esto es, la viuda codemandada y los causahabientes del cónyuge premuerto; se habla en general de que esa situación comporta la existencia de una llamada comunidad postmatrimonial en donde, aunque ya se ha truncado por esa muerte la continuidad del antiguo régimen legal de gananciales y, por lo tanto, no tiene lugar, por supuesto, ni el aspecto activo de incremento de las ganancias ni el aspecto pasivo de acumulación de deudas, ha de advertirse que sobre los bienes que, en origen, eran gananciales, debe persistir también su misma naturaleza y que, en consecuencia, los cotitulares de dicha comunidad siguen manteniendo sus mismos derechos y cuotas; ahora bien, en torno a la posible delimitación de tales cuotas, en principio, parece ser que el dictado del art. 1344 CC supone que "las ganancias o los beneficios", esto es, los bienes gananciales, deberán atribuirse por mitad a cada uno de los cotitulares al disolverse dicha comunidad; sin embargo, la literalidad de dicho precepto no conduce a entender que tras ese efecto automático de disolución, se atribuirá por mitad a cada una de las cuotas de los partícipes los concretos repetidos bienes gananciales, porque al no acontecer aún en ese período provisional del funcionamiento de la repetida comunidad postmatrimonial, la liquidación de la misma persiste, pues, ese estado de comunidad acorde con una especie de condominio o proindivisión, sin que sea posible, se repite, hasta que se produzca ese efecto liquidatorio, la adjudicación singular o individualizada de la cuota correspondiente en cada uno de los bienes gananciales conforme a lo dispuesto en los arts. 1404 y ss.; en definitiva, puede

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

puede afirmarse que en esa fase intermedia entre la disolución automática por fallecimiento de uno de los cónyuges y la posterior liquidación, se mantiene una suerte de comunidad o proindivisión en los bienes gananciales de tal forma que cada uno de los cotitulares ostentará una cuota en abstracto sobre el *totum* ganancial, cuota que se concretará, en particular, cuando se resuelva la liquidación de la misma, adjudicándose de consiguiente por las formulas de aplicación de la partición hereditaria, bienes concretos para la integración de la cuota que corresponda a los citados, de lo que se deriva, como efecto básico, que mientras la pervivencia de esa denominada comunidad postmatrimonial a cada comunero le pertenece una cuota en abstracto sobre la masa ganancial, que se materializará, tras la división - liquidación, en una parte concreta e individualizada de los bienes y derechos singulares que se les adjudique correspondientemente; y todo ello está en línea de coherencia que al respecto se sostiene por la doctrina más especializada y en términos análogos a los siguientes sostenidos en varias resoluciones de la DGRN, pues si bien algunas muy antiguas admitieron la titularidad del cónyuge viudo sobre la mitad de cada uno de los inmuebles gananciales, y su correlativa legitimación para enajenarlos, otras vienen aceptando, siquiera con diversas fórmulas, la falta de dereho concreto de los partícipes en la comunidad postmatrimonial sobre los bienes singulares, y por tanto la falta de legitimación para enajenar o gravar las correspondientes mitades (véase RR 26 Jul. 1907, 30 Abr. 1908, 9 Ene. 1915, 2 Dic. 1929, etc.), asimismo, por la doctrina más especializada se dice al respecto: "... Producida la disolución, sea ésta automática o por declaración judicial, se abre un período liquidatorio. Puede ocurrir -y no es infrecuente que ocurra- que los interesados, no obstante ello, no lleven a cabo la liquidación y que la fase de interinidad se prolongue durante un largo período de tiempo. Suele suceder así en muchos casos de disolución por muerte, entre el supérstite y los herederos del premuerto que normalmente son padre o madre e hijos, y también, aunque sea menos frecuente, entre los propios cónyuges ..." y "... entonces parece más correcto entender que estamos en presencia de un patrimonio colectivo o comunidad de bienes que fueron gananciales, cuya titularidad la ostentan los cónyuges, si la causa de disolución no es la muerte de uno de ellos, o el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto en otro caso; cabe discutir cuál es la naturaleza jurídica de este patrimonio colectivo o comunidad; en principio es razonable

SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES

sostener la no aplicabilidad de los arts. 392 y ss.; en función de la remisión que el CC hace a la partición y liquidación de la herencia (art. 1410) es probable que sea una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición; su régimen jurídico es especial; de acuerdo con los principios reseñados, las reglas que deben entenderse aplicables son las siguientes: 1) La comunidad indivisa no se ve aumentada con las rentas de trabajo ni con las de capital privativo, que serán en todo caso privativas, excepto los frutos de los bienes privativos que estuvieran pendientes en el momento de la disolución, a los cuales habrá de aplicar analógicamente las normas referentes a la liquidación del usufructo; por supuesto ingresan en el patrimonio común los frutos de los bienes comunes; 2) El patrimonio de la comunidad indivisa sigue respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad, pero las que contriga con posterioridad cualquier titular recaen sobre su propio patrimonio; los acreedores podrán pedir el embargo de la cuota abstracta que su deudor tenga sobre el patrimonio común, que quedará especificada en bienes concretos, al producirse la división y adjudicación, pero no antes, no rige, pues, el art. 1373, pensando para una sociedad de gananciales en funcionamiento. . ."

Noveno. En conclusión con todo lo anterior, habiendo, por las incidencias constatadas de liberar, en lo atinente, el embargo trabado sobre la finca litigiosa por la eventual cuota que sobre la misma pueda corresponder a los actores, hoy recurrentes, al no ser deudores de la obligación que fundó esa medida ejecutiva, no obstante y siguiendo la misma proyección del precedente razonamiento, acreditado que la deudora, cotitular en su caso de la citada finca, sí es la responsable de la inmisión patrimonial a resultas del juicio ejecutivo, habráse de mantener el embargo de dicha finca en lo que concierta a la previsible adjudicación que sobre la misma le puede corresponder tras la liquidación de la sociedad de gananciales y, mientras tanto, dicha medida cautelar se mantendrá en torno a la cuota abstracta que, como tal, le pertenece en tanto se mantenga esa situación provisional de vigencia de la repetida comunidad postmatrimonial.

(M. R. P.)

1ª QUINCENA JULIO 1991 4º

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

S. 15 NOVIEMBRE 1990

BREVE ESTUDIO DEL ART. 34 DE LA L. H. EFECTOS FRENTE A TERCEROS DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL. REQUISITOS DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.

HECHOS:

1. Mediante escritura de segregación y compraventa la demandante se declaró propietaria de la Finca "M".

2. La actora tenía el convencimiento de ser dueña de la finca y de poder transmitirla, tomó posesión de la finca en el momento de la compraventa, realizando obras por su cuenta y cargo construyendo un chalet, y siendo poseedora de la misma durante más de diez años.

3. Por razones que se ignoran no se inscribía la venta en el Registro de la Propiedad, figurando la finca a nombre de la sociedad vendedora.

4. Que en procedimiento seguido contra la sociedad vendedora se embargó la parcela, siendo valorado únicamente el solar y fue adjudicada por 501.000 ptas.

5. Posteriormente el rematante otorgó escritura de declaración de Obra Nueva, haciendo suya la misma por accesión.

Tanto el Juzgado de 1ª Instancia como la Audiencia Territorial desestiman la demanda, interponiendo la demandante recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Frente a las pretensiones de la recurrente es conocida la doctrina de la Sala relativa al sentido y alcance que debe dársele al alegado art. 34 LH y cuya interpretación aparece comprendida y recogida, entre otras, en la S 17 Oct. 1989 y se refiere al principio de la fé pública registral, "según el cual el tercero que adquiere del titular registral confiado en el contenido del Registro e inscribe, está protegido y no le afecta la posterior declaración de nulidad del derecho del transmitente (arts. 34 y cc. LH)", y también al principio de inoponibilidad de lo no inscrito, "según el cual al tercero que inscribe no le afectan los actos inscribibles no inscritos", recordando la propia Sentencia que "por virtud de esos principios, al tercero que adquiere en determinadas condiciones sólo le afecta lo que está inscrito, de modo que frente a él es ino-

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

ponible lo que no ha tenido acceso al Registro". Y sobre esa base de tutela y protección del principio de seguridad jurídica la Sentencia recurrida, refiriéndose en concreto al caso planteado en la litis declara, en la misma línea de lo dicho hasta aquí, que los requisitos que han de darse para que conforme al art. 34 LH se haga inatacable la adquisición llevada a cabo por terceros, son los siguientes: "a) que los terceros protegidos sean adquirentes del dominio de inmueble o de un derecho real limitativo del dominio; b) que tal adquisición se realice con buena fe, es decir, que su adquisición se ha llevado a cabo confiando en lo que el Registro publica; c) que el negocio adquisitivo ha de encontrarse fundado en un título oneroso; d) que el disponente o transferente sea un titular inscrito, es decir, que el tercero o terceros deben adquirir de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitirle, y e) que ese tercero o terceros inscriban a su vez su propia adquisición". Y tras ello, la propia Sentencia en el Fundamento de Derecho sexto afirma acertadamente que concurriendo tales requisitos "el art. 34 enerva la acción reivindicatoria, la acción meramente declarativa, la acción confesoria o cualquier otra acción real y protege al adquirente frente a cualquier pretensión de impugnación de su título adquisitivo que pretenda la anulación o resolución del derecho del transferente; por todo ello, improbada la mala fe del adquirente, ya que cualquiera que sean las vicisitudes en la realidad jurídica extrarregistral del título del transmitente . . . el art. 34 LH le concede una extraordinaria legitimación o un extraordinario poder dispositivo, que alguna doctrina prefiere entender como una expropiación en virtud de la fe pública registral o una adquisición del dominio por ministerio de la Ley, pero que, en todo caso, el efecto fundamental del art. 34 LH es proteger al adquirente en el mantenimiento de su adquisición". En consecuencia, cumplidos efectivamente los requisitos de que se trata y no acreditada en la instancia la mala fe de T., S.A., en favor de quien juega la presunción contraria, es claro que sobre tal adquirente debe desplegar todos sus efectos beneficiosos el repetido art. 34 LH, protegiéndole en el mantenimiento de su adquisición como tercero de buena fe.

Con carácter subsidiario, se denuncia la infracción del ordenamiento jurídico y jurisprudencia que define y establece los requisitos de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa.

Como es bien sabido la doctrina del enriquecimiento sin causa es en nuestro

1ª QUINCENA JULIO 1991 4º

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Derecho una construcción jurisprudencial y doctrinal que sólo recientemente ha tenido reflejo legislativo, específicamente para establecer la regla de conflicto en el Derecho Internacional Privado (art. 10.9 CC) y en la LCC (art. 65). Una Jurisprudencia ya antigua y tradicional que tomó como base un conocido texto de Las Partidas en el que se decía que ninguno debe enriquecerse torticeramente en daño de otro (7, 34, 17), ha venido insistiendo en que los requisitos que debe reunir toda pretensión de enriquecimiento se concretan en la adquisición de un provecho o ventaja patrimonial por el demandado con el correlativo empobrecimiento del actor, la debida conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento y la carencia de causa que justifique dicho enriquecimiento. Y sea cual fuere la construcción doctrinal que quiera acogerse de la figura (como principio general, fuente de obligaciones o teoría del desplazamiento de valor y causa justificativa del mismo) es lo cierto que, con base en el esquema causalista de nuestro sistema, la doctrina y Jurisprudencia acaban insistiendo y, a veces, reduciendo la cuestión, a la existencia o no en el caso de una justa causa de la atribución patrimonial de que se trate, entendiendo por tal aquella situación jurídica que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, autoriza a su beneficiario para recibirla y conservarla, lo cual puede ocurrir porque exista un negocio jurídico válido y eficaz o una disposición legal que permita aquella consecuencia.

Simplificando, la Sentencia de la Audiencia entiende que no puede sostenerse la falta de causa justificativa del desplazamiento patrimonial cuando "una persona natural o jurídica en pública licitación consigna y satisface el precio de un remate". En resumen, es claro que la finca embargada fue tasada según su descripción registral cuando aún no se había realizado la declaración de obra nueva, razón por la cual existía absoluta disparidad entre la descripción registral y la realidad extrarregistral de la finca, traduciéndose todo ello en que el rematante o adjudicatario por cesión de remate adquirió la finca en un precio que resulta ruin atendida la existencia física de un edificio sobre el inmueble registrado.

Junto a ello, resulta patente en el caso presente la existencia, clara e indiscutida, de buena fe en la situación posesoria de la inicial adquirente, la actora y hoy recurrente Princesa A.P., lo que viene a significar la existencia en el caso litigioso de una colisión de supuestos de

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

buena fe que, resuelta en el sentido que se ha dicho en el motivo anterior por lo que concierne al tercero de buena fe haciendo inviable la acción reivindicatoria ejercitada, obligada sin embargo a una liquidación de la situación posesoria de la actora y adquirente inicial respecto del bien discutido y su sucesivo adquirente y poseedor. Y llegados a este punto conviene recordar que así como la buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1) y en materia de contratación (art. 1258) aparece configurada por el legislador en el CC con la generalidad propia de un principio que actúa o debe actuar como modelo de conducta o como referencia para extender la responsabilidad contractual a las derivaciones de lo expresamente pactado, la buena fe en la posesión aparece en cambio más definida, precisada y pormenorizada en nuestro CC (arts. 433, 435, 1950...), funcionando dicha buena fe posesoria como hecho generador de determinados y concretos derechos, como la atribución de los frutos (art. 451), el abono de los gastos necesarios y los útiles con el derecho de retención (art. 453), el de los de lujo y recreo con el *ius tollendi* (art. 454), la no responsabilidad por la pérdida o deterioro de la cosa, salvo el caso del dolo (art. 457), la adquisición o *non domino* de los bienes muebles (art. 464), etc.; consideraciones a las que cabe añadir otras relativas a hipotecas y accesión, según las cuales resulta que los arts. 108 y ss. LH regulan la extensión de la hipoteca y no la extienden a los edificios que se levantan sobre la finca gravada, o cómo los artículos relativos a la accesión de inmuebles contenidos en el CC (arts. 358 y ss.) permiten atribuir al que edifica, siembra o planta de buena fe en terreno ajeno al derecho a ser compensado (art. 361 y cc), por lo que con mayor razón habrá de reconocerse tal derecho a quien construye convencida de ser propietaria aunque lo sea en virtud de título que ha decaído en aras de la seguridad jurídica sancionada y proporcionada por el fundamental art. 34 LH al tercero de buena fe.

Todo lo anteriormente dicho en orden a la necesidad de una adecuada liquidación posesoria de la actora y hoy recurrente, Princesa A.P., encuentra cauce adecuado en la invocada alegación de enriquecimiento injusto de la entidad.

(M. R. P.)

1ª QUINCENA 4º JULIO 1991

MAJESTAD, EL MINISTRO DE CULTURA VA A LEER SU CONFERENCIA
¿CÓMO SE TITULA?
"LA UTILIDAD DE LOS LIBROS"

ACADEMIA

Tema 4. COMPETENCIA DESLEAL.

A introducir en la última pregunta del tema 4 de Mercantil.

Entre las normas que regulan la competencia ilícita hay que destacar la Ley de Competencia Desleal de 10 de Enero de 1991.

Dicha Ley señala que para que exista acto de competencia desleal basta que se cumplan dos condiciones:

1) Que el acto se realice en el mercado
2) Que se lleve a efecto con "fines concurrenciales", es decir, que el acto tenga por finalidad promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

La Ley, en su art. 5, recoge una cláusula general, al disponer que "Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fé"; para, a continuación, tipificar los actos concretos de competencia desleal.

El catálogo incluye, junto a las más tradicionales prácticas de:

- confusión
- denigración
- y explotación de la reputación ajena,

los supuestos de:

- engaño
- violación de secretos
- e inducción a la infracción contractual;

y otros que sólo han cobrado un perfil nítido y riguroso en la evolución europea de las últimas décadas, tales como:

- la venta con primas y obsequios
- la violación de normas
- la discriminación
- y la venta a pérdida

Contiene, además, la Ley algunas especialidades procesales que se ha creído oportuno introducir al objeto de conseguir, sin merma de las debidas garantías, un mayor rigor y una mayor eficacia y celeridad de las causas de competencia desleal.

Se cierra la Ley con una disposición inspirada por la Directiva de la CEE en materia de publicidad engañosa, ya recogida en la Ley General de Publicidad. Se trata del art. 26 que contempla la posibilidad de que el Juez invierta, en beneficio del demandado, la carga de la prueba relativa a la falsedad e inexactitud de las indicaciones o manifestaciones enjuiciadas en una causa de competencia desleal.

M. Eugenia Herrero.

LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Concesión administrativa, su naturaleza. Concesiones en precario. Concesiones y autorizaciones. Fincas afectas a las concesiones administrativas. Reversión de estas fincas. Transferencia, gravamen y embargo de las concesiones administrativas. Transmisión mortis causa. Hipoteca de las concesiones administrativas. Y embargos de dichas concesiones.

I. El derecho administrativo moderno ha determinado el concepto unitario de la concesión administrativa; dicha concesión confiere a su titular, es decir al concesionario, un disfrute exclusivo de los bienes de dominio público, o bien la gestión de un servicio público.

Hay que tener en cuenta que otorgada la concesión administrativa nace un derecho real administrativo a favor del concesionario, derecho real que se considera como bien inmueble -art. 334-10 C.c.-, es inscribible en el Registro de la Propiedad -art. 31 del R.H. y es hipotecable -art 107 de la L.H. La concesión administrativa hace nacer a favor del titular de la concesión, o sea del concesionario un derecho ex novo, que es un derecho real administrativo que tiene el titular de la concesión.

Respecto a las concesiones administrativas y el derecho hipotecario el art. 44-6 del R.H. dice que se inscriben bajo un solo número, considerandose como una sola finca las concesiones administrativas, excepto las que sean accesorias de otras fincas o concesiones.

El art. 31 del R.H. determina que se inscriben las concesiones administrativas que afecten o recaigan sobre bienes inmuebles. Los articulos 60 y 61 del R.H. determinan los titulos de inscripción de las concesiones administrativas, asi como las inscripciones de referencia en los demás Registros, Ayuntamientos y secciones a que se extiende la concesión.

El art. 107-6 de la L.H. permite la hipoteca de las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes, y otras obras destinadas al servicio público, y el art. 175-3 del R.H. regula la cancelación de las inscripciones de hipotecas constituidas sobre obras destinadas a servicio público. Pero antes de pasar a un examen más detallado sobre la concesión administrativa y el Registro de la Propiedad, parece necesario una exposición de la teoria y clases de las concesiones.

- Concesiones administrativas demaniales y de servicios. Aceptada la unidad del concepto de concesión administrativa hay que señalar las diferencias entre las concesiones demaniales y las concesiones de servicio. En las concesiones demaniales la concesión opera en beneficio exclusivo del concesionario, mientras que las concesiones de servicio se otorgan por la administración en favor de terceras personas, que son los usuarios del servicio público. La concesión demanial recae sobre un bien de domi-

QUINCENA 4 70 JULIO 1991

LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

nio público y constituye un derecho real administrativo a favor del concesionario.

En la concesión de servicio no se constituye ningún derecho real sobre ninguna cosa, pues el objeto de esta concesión es gestionar un servicio público a favor de los usuarios.

Lo que dice PAREJO Y OLIVER es que estas diferencias tienden a desaparecer, hay una aproximación entre concesiones demaniales y concesiones de servicio. Según el art. 31 del R.H. las concesiones administrativas que se inscriben recaen sobre bienes inmuebles. Las concesiones de servicio se inscriben respecto a las fincas y derechos afectos a la concesión.

- Concesiones en precario. Las concesiones demaniales constituyen un derecho real administrativo a favor del concesionario, pero la Administración se reserva a veces el derecho de dejar sin efecto la concesión antes de que venza el plazo para el cual ha sido constituido mediante la correspondiente indemnización.La concesión demanial se entiende que es una concesión en precario cuando la Ley declara la posibilidad de libre revocación por la Administración para salvar los intereses generales de la concesión de dominio público.Una concesión demanial en precario dice MARTIN MATEO dentro del derecho administrativo es una modalidad de la revocación de los actos administrativos basada en la alteración de la causa originaria que ha dado lugar a la concesión administrativa.La clausula de precario aparece claramente en el art. 80 - 10 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales 1972 / 1986 - 13 - Junio, cuando dice que en toda concesión de dominio público se hará constar entre sus clausulas la facultad de la corporación de dejar sin efecto la concesión antes de su vencimiento, si lo justificaren circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante resarcimiento de daños si procede.La clausula de precario ha sido acogida en la STS de 31 - octubre - 1962. 13 - 11 - 1957, y 22 - 3 - 1958. MARTIN MATEO ha señalado la extensión que dicha jurisprudencia ha dado a la clausula de precario en el derecho español (1).

- Concesiones y autorizaciones. Se va a hacer una exposición de ambos conceptos, de su deslinde y de su acceso al Registro de la Propiedad. A partir de la obra de RANELLETI la doctrina clásica habia señalado una diferencia clara entre la autorización y la concesión.La autorización no crea un derecho nuevo para el titular, el derecho nace y existe antes de la autorización, la autorización lo que hace es exigir la existencia de una serie de condiciones para el ejercicio de un derecho por su titular; la autorización es siempre unilateral y revocable. En la concesion administrativa se crea un derecho ex novo para su titular que ingresa en su patrimonio jurídico, y puede ser transmitido intervivos o mortis causa (2).

Sin embargo este esquema doctrinal no tiene una aplicación perfecta en nuestro derecho. El concepto de autorización y concesión ha sido analizada por MEILAN. Este autor señala como la autorización se ha enriquecido con un serie de clausulas accesorias, como sujección a tiempo, limitaciones, y personas con derecho a obtener la autorización, y que han llevado a considerar la aparición en la doctrina de la

LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

llamadas autorizaciones constitutivas.

En la materia referente al Registro de la Propiedad, esta cuestión se plantea de la siguiente forma.

Las concesiones administrativas como hemos visto se inscriben en el Registro de la Propiedad, mientras que las autorizaciones no tienen acceso al Registro de la Propiedad. Esta es una norma que responde a la estructura jurídica de la autorización y de la concesión; en la concesión administrativa como hemos visto se crea un derecho real administrativo a favor del concesionario, mientras que en la autorización no se crea ningún derecho en favor de aquella persona a quien se le ha concedido, pero esta distinción no siempre tiene su aplicación en la teoria legislativa.

La Ley de Costas 22/1988 - 28-Julio, señala la diferencia entre las autorizaciones -art. 51- y las concesiones -art. 64-. Según el artículo 52-3 las autorizaciones se otorgan con carácter personal e intransferible inter vivos, salvo en el caso de vertidos, y no serán inscribibles en el Registro de la Propiedad.

El Art. 52-4 dice que el plazo de vencimiento será el que determine el titulo correspondiente y no podrá exceder de un año, salvo los casos en que la Ley determine otra cosa. El art. 64 dice que toda ocupación de bienes de dominio público maritimo-terrestre estatal, con obras e instalaciones no desmontables, estará sujeto a previa concesión por parte de la Administración. El art. 70-1 dice que las concesiones serán inscribibles en el Registro de la Propiedad. Extinguida la concesión la inscripción será cancelada de oficio a petición de la Administración o del interesado.

Pero en el supuesto de las concesiones de minas, la distinción entre concesión y autorización pierde su significado.En la ley de Minas - Ley 22/1973 - 21 -Julio se establecen los permisos de exploración - art. 40, 41 y 42 -, los permisos de investigación - art. 43 - 59 -, y las concesiones de explotación - art. 60 - 81 -, .El permiso de explotación según PAREJO GAMIR es un acto administrativo de autorización, y autorización en sentido estricto, tal como lo define la teoría del derecho administrativo.El permiso de investigación tiene también la categoría juridida de una autorización, pero tiene aspectos cercanos a la concesión administrativa; se trata de una autorización pero con elementos propios de una concesión.En cuanto a la explotación de minas se requiere directamente la necesidad de una concesión de explotación - art. 63 -.

La especial configuración de estas autorizaciones en el Derecho de Minas, hace que el art. 62 del R. H. diga que los permisos y autorizaciones de explotación y de investigación, podrán ser objeto de anotación preventiva en virtud de titulo correspondiente de otorgamiento, acompañado de copia certificada del plano de demarcación. Y el art. 63 del R.H. dice que los actos de transmisión y gravamen, de permisos, autorizaciones, y concesiones de derechos mineros, a favor del que acredite condiciones para su titularidad será objeto de las correspondientes inscripciones o anotaciones preventivas, según los casos, que se practicaran mediante la correspondiente escritura pública, acompañada de auto-

LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

rización administrativa, si la cesión es parcial, y acreditando la notificación de la transmisión mortis causa a la Administración competente (3).

Como vemos en estos supuestos de la Legislación de Minas, las autorizaciones tienen acceso al Registro de la Propiedad a través de las anotaciones preventivas. CAMY señala que estas anotaciones preventivas corresponden al grupo llamado de las anotaciones impropias por que constituyen realmente unas inscripciones provisionales. Por ello no pueden aplicarse el art. 71 de la L.H. a este tipo de anotaciones, puesto que no hay bienes inmuebles, que puedan ser anotadas u objeto de anotación preventiva. Aqui dice CAMY la anotación preventiva confiere a su titular una titularidad definitiva y absoluta. El titular de la anotación preventiva tiene la posibilidad de disponer en la forma que determina el art. 63 del R.H. (4).

- La concesión se entiende otorgada sin perjuicio de tercero. Esta clausula tiene su origen en el derecho Romano y en las partidas -Ley 18-Título XXXII-Partida 3- insiste este texto en que las concesiones de regalias solo podrán hacerse sin perjuicio del derecho de los dueños, sobre las cosas dadas en concesión. Esta clausula tiene un desarrollo legislativo en el siglo XIX, y queda concretada en el art. 80-11 del R.D. 1362/1986-13-Junio- Reglamento de Bienes de Entidades Locales, cuando dice que toda concesión sobre dominio público se hará dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercera persona. Esta clausula implica entre otras cosas las siguientes consecuencias juridicas: 1º el otorgamiento de la concesión no altera el estado preexistente, sea respecto a tercero de derecho civil, sea respecto a otros concesionarios anteriores -STS 12-Junio-1912. 17-Octubre-1915. y 22-Junio-1925-. 2º La administración no responde al concesionario por los daños que se le ocasionen por no poder explotar la concesión, y el mismo principio se le aplica a los terceros -STS 23-Abril-1945 y otras- (5).

II. FINCAS INSCRITAS O AFECTAS A UNA CONCESION ADMINISTRATIVA. FINCAS QUE DEBEN REVERTIR A LA ADMINISTRACION. ACTOS SOBRE DISPOSICION O GRAVAMEN SOBRE ESTAS FINCAS.

El articulo 31-2 del R.H. dice que la adquisición por expropiación forzosa, o por cualquier otro titulo, de fincas o derechos inscritos que hayan quedado afectos a la concesión, se inscriben a favor del concesionario, haciéndose constar en las inscripciones respectivas su afectación, y en la inscripción de la concesión la incorporación de aquellas por nota marginal.

El primer problema que se plantea es el de la naturaleza de la afectación de bienes inmuebles a una concesión administrativa.

Estos bienes inmuebles están inscritos a nombre del concesionario, pero están afectos a una concesión administrativa. La cuestión es determinar cual es la naturaleza de este derecho de afectación (6). La naturaleza de este derecho se considera dentro de la teoria del derecho real. La teoria más ajustada es

QUINCENA 4 JULIO 1991

LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

la de los derechos reales in faciendo que son aquellos en el que el sujeto pasivo, en este caso el concesionario, como propietario de la cosa está obligado a realizar prestaciones en favor de la Administración . La teoria de los derechos reales in faciendo está recogida en el C.c. en materia de servidumbres -art. 533 C.c.-, y en materia de cargas reales -art. 1604 C.c. Como consecuencia de esto podemos considerar que la Administración tiene sobre estas fincas afectas a la concesión administrativa y propiedad del concesionario derecho a una serie de prestaciones del concesionario a favor de la Administración.

- Enajenación de bienes afectos a una concesión administrativa. Efectos respecto a tercero. En el art. 31 del R.H. aparece una titularidad registral a favor del concesionario, ya que los bienes afectos a la concesión administrativa están inscritos a favor del concesionario. En la inscripción de estos bienes se hace constar la afectación. Como consecuencia de esto nos encontramos ante unos bienes cuya titularidad registral pertenece al concesionario, pero al mismo tiempo están afectos a la concesión administrativa. El articulo 31-3 del R.H. dice que sobre las fincas o derechos inscritos afectos a una concesión, no se podrán inscribir otras cargas y gravamenes que las que recaigan sobre esta, y hayan sido autorizados por la administración concedente. El mismo criterio habrá que aplicar respecto a los actos de disposición hechos por el concesionario sobre los bienes afectos a la concesión administrativa. Este mismo criterio sigue el art. 128 del Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales, cuando dice que son obligaciones del concesionario no enajenar bienes afectos a la concesión administrativa, ni gravarlos salvo autorización expresa de la corporación.

En el supuesto de actos de disposición sobre bienes afectos a la concesión administrativa, la situación de los adquirentes es la de respetar el destino de este bien, es decir que quede afecto a la concesión administrativa. La adminisitración puede oponer el derecho real de afectación, al derecho del tercer adquirente aunque conste inscrito en el Registro de la Propiedad. El tercero que adquiere bienes afectos a una concesión administrativa no reune los requisitos del art. 34 de la L.H. ya que el titular registral no aparece en el Registro con facultad para transmitir bienes afectos a una concesión administrativa.

- Enajenación de bienes sujetos a reversión. El art. 31-4 del R.H. dice que extinguida la concesión si las fincas deben revertir a la administración concedente se inscribirán a favor de esta cancelandose los asientos contradictorios en la forma determinada en el art. 175 del R.H.

ARIMANY (7) examina el problema de la titularidad de los bienes sujetos a reversión. Para este autor sobre los bienes sujetos a reversión por parte de la Administración puede decirse que la Administración tiene un derecho de propiedad aplazado. Los bienes sujetos a reversión no suponen una obligación por parte del concesionario de entregar los bienes a la Administración cuando se produce la extinción de la concesión. Si fuese una obligación del concesionario no tendria acceso al Registro de la Propiedad,

LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ya que las obligaciones personales no tienen acceso al Registro de la Propiedad según el art. 9 del R.H. Por el contrario la clausula de reversión tiene acceso al Registro de la Propiedad -art. 34-4 del R.H.- Inscrita la concesión administrativa no puede disponerse de los bienes sujetos a la reversión. El titular registral de bienes sujetos a reversión no aparece con facultad para transmitirlo según el articulo 34 de la L.H. Todo acto de disposición sobre estos bienes lleva consigo cualquiera que sea el titular el gravamen de reversión. En el supuesto de que haya actos de disposición sobre estos bienes, la Administración Pública puede declarar la caducidad de la concesión.

- Según el articulo 31-5 del R.H. cuando resulten parcelas o fincas sobrantes de una concesión y no deban revertir al concedente, el concesionario podrá hacer constar en el Registro aquella circunstancia y su desafectación de la concesión mediante certificación librada por el organismo que otorgó la concesión, en la que se expresa la fecha de la Resolución de la desafectación, la circunstancia de no haber lugar a la reversión, y el derecho del concesionario a disponer libremente de la finca. Si la parcela o finca hubiese sido adquirida en virtud de expropiación forzosa, la constancia registral de la desafectación no perjudicará el derecho de reversión que asista al propietario expropiado, y en caso de practicarse segregación se hará constar en la nueva inscripción la adquisición originaria por expropiación.

III. TRANSFERENCIA, GRAVAMEN Y EMBARGO DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS.

En materia de concesiones administrativas no existia en principio el sistema de autorización, porque lo que existia era un concepto regaliano de la concesión administrativa, que ha sido sustituido por otro que consiste en un derecho real y patrimonial a favor del concesionario -art. 334-10 del C.c.- (8). Pero en materia de transmisión de concesiones dice el dictamen del Consejo de Estado nº 33.630, es necesario separar dos supuestos radicalmente distintos, se trata de un régimen jurídico distinto para la transmisión de las concesiones demaniales y para la transmisión de las concesiones de servicio. En las concesiones demaniales la Administración actua con facultades de homologación, y reconocida y confirmada la cualidad del adquirente de la concesión demanial, convierte al adquirente en concesionario. Mientras que las concesiones de servicio no puede hacerse la transmisión sin una previa autorización. Esta falta de previa autorización lleva consigo la invalidez del acto de transmisión de la concesión de servicio, ya que la autorización de la Administración es un elemento esencial que constituye un auténtico presupuesto del negocio de transferencia de la concesión administrativa.

IV. TRANSMISION DE CONCESIONES DE SERVICIO.

En el caso de transmisiones

QUINCENA 4º JULIO 1991

LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

inter vivos (9) se requiere escritura pública y autorización administrativa. La Ley de Contratos del Estado 923/1965 - 8 - Abril, dice en su articulo 81 que la cesión del Contrato de Gestión de servicios públicos requerirá la aprobación previa de la autoridad que lo hubiera otorgado, siendo preciso que el primitivo empresario haya realizado la explotación durante el plazo minimo de cinco años, y no surtirá efectos en tanto no se formalice el negocio en escritura pública. Hay un presupuesto por lo tanto, de que la cesión de contratos de servicios públicos es un derecho privado, pero requiere como hemos visto una autorización administrativa en el sentido técnico y estricto de la teoria de los actos administrativos. La cuestión en este tipo de cesión es el control que la Administración tiene sobre la transferencia del contrato en cesión de servicios públicos. PAREJO GAMIR dice que este control de la Administración, se refiere exclusivamente a los aspectos relativos al derecho administrativo, sobre la personalidad y circunstancia del nuevo concesionario, pero no tiene competencia ninguna sobre los actos de derecho civil que existen en el negocio jurídico de transmisión de concesiones, y en este sentido cita STS-14-Abril-1959. Por otra parte, el dictamen del Consejo de Estado 34021 dice que la transmisión de concesiones administrativas no tiene validez sin la previa y preceptiva autorización ministerial. El Consejo de Estado dice que sin esta autorización administrativa previa, no considera válida en el supuesto de inscripción en el Registro de la Propiedad, la legitimación registral derivada de la inscripción a favor del nuevo concesionario. La fé publica registral no debe amparar este tipo de transmisiones sin autorización administrativa. El Reglamento Hipotecario en su articulo 60 dice que las concesiones administrativas deben expresar literalmente el pliego de condiciones generales, el traslado de la Ley o la Resolución administrativa de concesión, y las condiciones particulares económicas. La falta de autorización supone el acceso al Registro de la Propiedad de actos inválidos, y que han debido ser calificados previamente por el Registrador - art. 18 de la L.H. y 99 del R.H.- (10).

Esta posición del Consejo de Estado no es admitida por la doctrina: PAREJO GAMIR considera que hay un punto en que parece existir un acuerdo doctrinal, en el sentido de que una transmisión de una concesión de servicios sin autorización lleva consigo la caducidad de la concesión (Concesión de Transportes por Carrtera STS-14-Julio-1965). En todos estos casos el argumento manejado es que las concesiones de servicio son intuitu personae, por lo que la prestación del servicio por alguien distinto del concesionario primitivo, es decir por el nuevo concesionario, necesita el consentimiento previo de la Administración, y sino lleva consigo la caducidad de dicha concesión. (11).

La Resolución de la D.G.R. 27-3-1957 sobre un supuesto de enajenación, determinó que el notario no podia autorizar la escritura, aun con las reservas legales derivadas de la necesidad de la autorización para inscribir la finca en el Registro de la Propiedad. A falta de esta autorización la escritura no tuvo acceso al

QUINCENA 4º JULIO 1991

LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Registro de la Propiedad. Se aplicó el articulo 35 de la Ley de Minas de 1.944 y el articulo 115 del Reglamento de Minas. Hay que tener en cuenta que el articulo 100 de la Ley de Minas vigente - Ley 22/1973-21-Julio- dice que si la transmisión hubiera sido formalizada antes de solicitarse la preceptiva autorización regulada en los articulos anteriores, su eficacia administrativa quedará supeditada al otorgamiento de dicha autorización. Respecto a la doctrina citada anteriormente, el articulo 101 dice que las autorizaciones que se regulan en este titulo (Titulo IX de la Ley de Minas), serán unicamente a efectos administrativos dejando a salvo los derechos y obligaciones de carácter civil.

CONCESIONES DE DOMINIO. Se ha señalado en el dictamen del Consejo de Estado, que en el supuesto de concesiones demaniales, las concesiones administrativas pueden ser transmitidas y notificadas con posterioridad a la autoridad administrativa. La Administración al ser notificada con posterioridad actua con una facultad de homologación atribuyendo en su caso al adquirente la cualidad de concesionario de dicha concesión administrativa. En estos casos de concesiones de dominio el concesionario es libre de transmitir esta concesión administrativa a un tercero sin la previa autorización, pero es necesario una notificación posterior a dicha Administración, y esta notificación se convierte en una cualidad impuesta al concesionario con la finalidad de que la Administración conceda al adquirente de la concesión administrativa la condición de concesionario. El problema que se plantea es si se pueden inscribir en el Registro de la Propiedad, este tipo de concesiones demaniales sin la existencia de la notificación. PAREJO GAMIR estima que no cabe la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión de concesiones demaniales si no existe la notificación posterior a la Administración, siguiendo el criterio de que los titulos que se ingresan al Registro de la Propiedad deben producir todos sus efectos jurídicos excepto los del propio Registro.

- En la Ley de Aguas -Ley 29/1985-2-agosto- en su articulo 61, dice que la transmisión total o parcial de los aprovechamientos de agua que impliquen un servicio público sobre los mismos requerirá autorización administrativa previa.

Con un criterio distinto, el art. 61-2 determina que en los demás casos solo será necesario acreditar de modo fehaciente en el plazo y forma que reglamentariamente se establezcan la constitución del gravamen. Y el art. 162 de esta Ley señala que toda modificación de las caracteristicas de una concesión requerirá previa autorización administrativa del mismo órgano otorgante.

V. TRANSMISION MORTIS CAUSA DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS.

Las concesiones administrativas constituyen un bien inmueble -art. 334-10 del C.c.-, y como tal pertenecen a la herencia del causante -art. 659 C.c.-. La herencia comprende todos los bienes derechos y obligaciones del causante que no se extingan por su muerte. Las concesiones demaniales y de servicio se transmiten

LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

por causa de muerte, y se transmiten a los herederos y legatarios con arreglo a las instituciones de derecho civil en materia de sucesiones (12).

El derecho administrativo no regula de una manera general el sistema de la transmisión mortis causa en materia de concesiones administrativas. La Ley de Contratos del Estado Ley 923/1965-, en su articulo 75 dice que son causas de extinción del contrato de gestión de servicios públicos -art. 75-5- la muerte del empresario individual. No obstante en caso de muerte de dicho empresario podrá continuar el contrato si así lo dispusiera la legislación vigente. Por otra parte el art. 52 dice que son causas de resolución del contrato de obras la muerte del contratista individual -art. 52-4-. Parece que la regla general es la del art. 75-5 en el sentido que considerando la muerte del empresario individual como causa de extinción del contrato de gestión de servicio público, se podrá continuar dicho contrato si así lo dispone la legislación vigente.

Como hemos visto antes se deduce del art. 61-2 que los casos de transmisión mortis causa de los aprovechamientos de agua que impliquen un servicio público, solo será necesario acreditar de modo fehaciente la transferencia o constitución del gravamen. Y el Reglamento del Dominio Público Hidraulico que desarrolla los Titulos I, IV, V, VI y VII de la Ley de Aguas, determina en su articulo 146, que cuando cambie la titularidad de una concesión se deberá presentar ante el organismo de cuenca, mediante instancia, la oportuna inscripción de transferencia del Registro de Aguas. Tal instancia deberá presentarse dentro del año siguiente a producirse el cambio de titularidad cuando este sea debido a sucesión mortis causa, y dentro del plazo de tres meses a partir del cambio en cualquier otro supuesto. Según el art. 147-2 de este Reglamento , presentada la documentación correspondiente, el organismo de cuencas dictará resolución aprobando la transferencia y ordenando la inscripción de esta en el Registro de Aguas, quedando subrogado desde ese momento el nuevo titular en los derechos y obligaciones del anterior.

En cuanto a la Ley de Costas,el articulo 70-2 de dicha Ley, determina que las concesiones no serán transmisibles por actos inter vivos, pero que en caso de fallecimiento del concesionario, sus causahabientes en caso de herencia o legado podrán subrogarse en los derechos y obligaciones de aquel en el plazo de un año.

Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa a la Administración, se entenderá que renuncia a dicha concesión. Como complemento de esto el art. 137-1 del Reglamento de Costas, determina la transmisión de las concesiones por fallecimiento del concesionario a sus causahabientes a titulo de herencia o legado, los cuales podrán subrogarse en los derechos y obligaciones de aquel en el plazo de un año. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa a la Administración se entenderá que renuncia a la concesión. Este mismo articulo determina que la transmisión no será eficaz hasta que no se hayan producido el reconocimiento de las condiciones establecidas en la concesión.

LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Como consecuencia de todo ello el art. 137-5 del Reglamento de Costas dice que no se inscribirán en el Registro de la Propiedad la transmisión de concesiones y la constitución de derechos reales sobre las mismas, sin que se acompañen certificación del Servicio Periférico de Costas acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigidos en este articulo y las clausulas de la concesión.

VI. HIPOTECA DE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS.

El articulo 107-6 de la Ley Hipotecaria determina que pueden hipotecarse las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes, y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca en el primer caso de la resolución del derecho del concesionario. El articulo 31 del R.H. determina que sobre las fincas o derechos inscritos afectos a una concesión no se podrán inscribir otras cargas o gravámenes que los que recaigan sobre esta y hayan sido autorizados por la Administración concedente. El criterio de estos articulos es que la hipoteca no solamente grava la concesión sino los terrenos agregados a ella en la terminologia del 107-6 de la L.H. o de los derechos afectos con el criterio del articulo 31 del R.H., ambas cosas expresan lo mismo (13).

Ejecución de la Hipoteca. No cumplida la obligación principal o las demás condiciones señaladas en el contrato, podra ejercitarse la hipoteca sobre la concesión administrativa, pero la ejecución sobre una concesión administrativa tiene un carácter distinto que una ejecución hipotecaria sobre otra clase de bienes.

La ejecución de la hipoteca no recae sobre el derecho de la concesión sino sobre los rendimientos liquidos que se obtienen de esta concesión administrativa, o el precio de remate en caso de quiebra. ROCA SASTRE estima que la acción ejecutiva en materia de concesiones administrativas se detiene en el momento que se va a proceder a la ejecución en venta de dicha concesión administrativa. La ejecución queda concretada a los rendimientos liquidos de la concesión administrativa. El art. 1448 de la L.E.C. dice, no se hará embargo sobre vias férreas abiertas al servicio público, ni estaciones, terrenos u obras o edificios que sean necesarios para su uso. Cuando se despache la ejecución contra una compañia o empresa de ferrocarriles se estará a lo dispuesto en la Ley 12 de noviembre de 1.869; y el articulo 190 del C.C. determina que la acción ejecutiva a que se refiere la L.E.C. respecto a las obligaciones emitidas por las compañias de ferrocarriles y demás obras públicas, solo podrán dirigirse contra los rendimientos liquidos que obtenga la compañia, y contra los demás bienes que la misma posea, no formando parte del camino, ni siendo necesarios para su explotación. Hay que tener en cuenta que el art. 931 del C.C. dice que por ninguna acción judicial ni

QUINCENA 4 JULIO 1991

administrativa podrá interrumpirse el servicio de explotación de los ferrocarriles ni ninguna otra obra pública.

- Embargo de las concesiones administrativas.

Dictamen del Consejo de Estado número 33.630, trata del embargo de las concesiones administrativas, se trata de un dictamen en el que se para de una parte la traba del embargo y de otra parte los poderes ejecutivos sobre los bienes que sean embargados. El embargo en si mismo no altera la naturaleza de la concesión administrativa; al dictar providencia de embargo no se altera la titularidad de la concesión administrativa por que en principio la titularidad no queda afectada por el embargo.

Pero los problemas se plantean en el supuesto de ejecución de embargo y adjudicación a un tercero; la cuestión reside en saber cual es la situación de la Administración frente al tercero que ha adquirido en el correspondiente procedimiento de apremio. El Consejo de Estado en su dictamen determina que la Administración tiene la facultad de conceder o no conceder al adquirente la condición de concesionario. La Administración tiene derecho a otorgar al adquirente la correspondiente autorización convirtiendo al adquirente de la concesión administrativa en un nuevo concesionario.

Sin embargo MARTIN OVIEDO señala, como en el supuesto de embargo de concesión administrativa de servicio público, el embargo pesa sobre el derecho real de la concesión administrativa pero no sobre los bienes inmuebles que componen esta concesión , lo cual dice MARTIN OVIEDO suponen un sistema peculiar en la concesión de estos embargos.

Sobre esta base MARTIN OVIEDO considera que cuando hay embargo de concesión administrativa, se aplica el 1448-1 de la L.E.C., no se hace embargo sobre los bienes sino solo sobre los rendimientos liquidos que obtengan las concesiones administrativas, con el mismo criterio el art. 990 del C.C. Para este autor las consecuencias juridicas del embargo quedan limitadas a los rendimientos liquidos que obtiene la compañia.

●●●●●●●●

LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

NOTAS

1. PEREZ OLEA. Las Concesiones de Derecho Público a titulo de precario. RAP nº 24. MARTIN MATEO. Las Clausulas de Precario en las Concesiones de Dominio Público. RAP nº 56.

2. MEILAN. La Determinación Conceptual de la Autorización y de la Concesión. RAP nº 71.

3. R. OLIVER Y PAREJO GAMIR. Lecciones de Dominio Público. Pág. 54.

4. CAMY. Comentarios a la Legislación Hipotecaria. Tomo IV. Pág. 755.

5. R. OLIVER Y PAREJO GAMIR. Obra citada. Pág. 65.

6. VERA JURADO. El Régimen Jurídico del Patrimonio de Destino en la Concesión Administrativa de Servicio Público. RAP nº 129. Pág. 228. Nota 27. Señala la clasificación que se puede hacer respecto a la naturaleza de los bienes afectos a una concesión administrativa. 1º Se estima la no existencia de un derecho real administrativo sobre estos bienes. 2º Otro sector doctrinal considera que la Administración tiene un derecho real administrativo sobre estos bienes del concesionario afectos a la concesión administrativa.

7. ARIMANY. Situación Jurídica de la Administración respecto de los Bienes sujetos a Reversión en la Concesión Administrativa de Servicio Público. RAP nº 92.

8. PAREJO GAMIR. Transmisión y Gravámen de Concesiones Administrativas. RAP nº 107. Dictamen del Consejo de Estado número 33.630. Recopilación de Doctrina Legal 1.964-1.965.

9. PAREJO GAMIR. Obra citada. Pág. 50.

10. Dictamen del Consejo de Estado nº 34.021. Recopilación de Doctrina Legal 1.964 - 1.965.

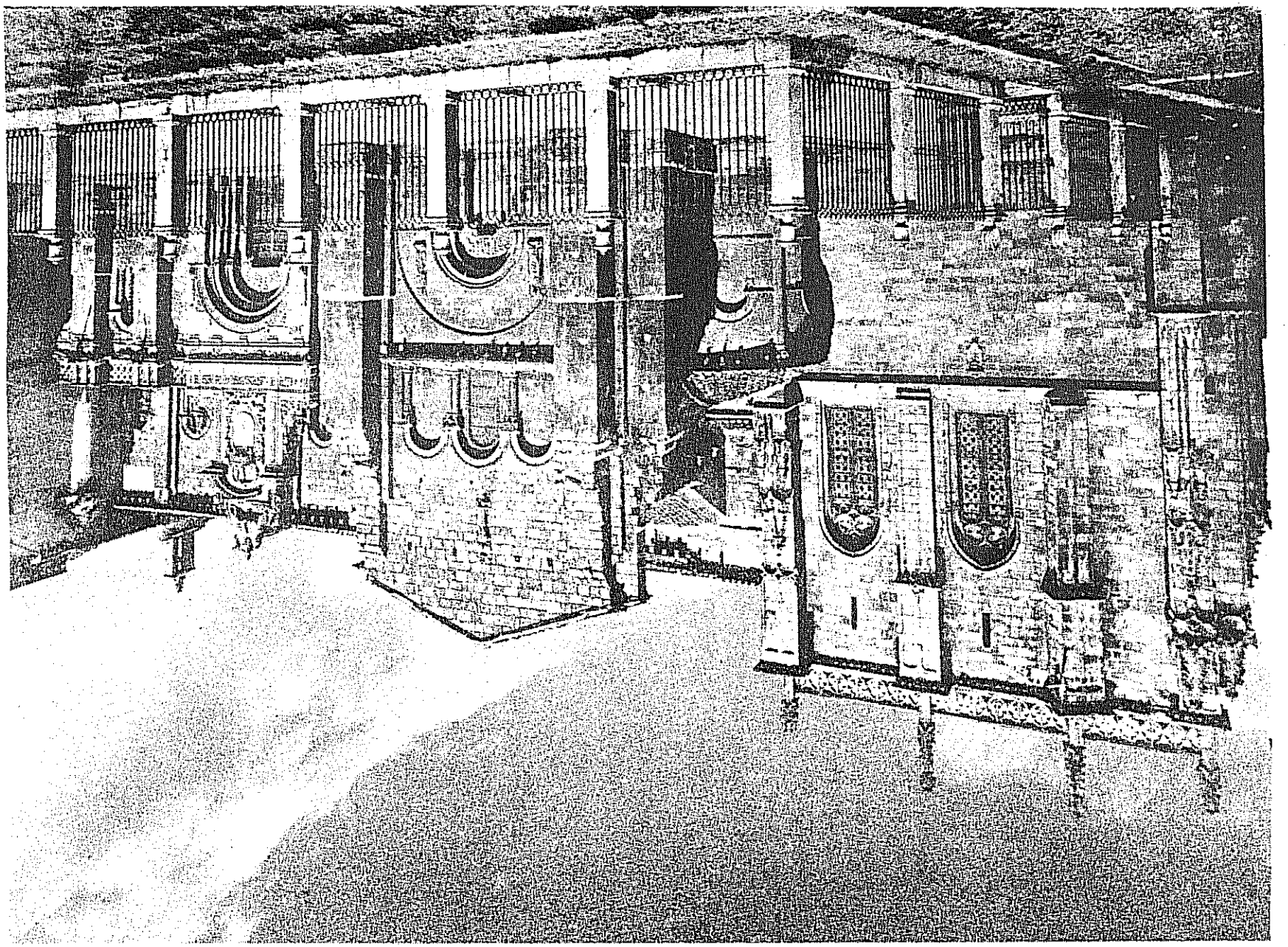
11. PAREJO GAMIR. Obra citada. RAP. Nº107. Pág. 29.

12. PAREJO GAMIR. Obra citada. RAP nº 107. Pág. 49.

13. ROCA SASTRE. Derecho Hipotecario. Tomo IV. 5ª Edición. Pág. 283. MARTIN OVIEDO. Transferencia, Embargos, Hipoteca y Ejecución en las Concesiones Administrativas. Estudios de Derecho Administrativo. Instituto de Estudios Politicos. Madrid 1.972.

Ricardo Egea Ibañez.
Doctor en Derecho.
Registrador de la Propiedad.

QUINCENA 4 JULIO 1991



B. O. E.

y

LEGISLACIÓN

AUTONOMICA

Martes 28 mayo 1991

I. Disposiciones generales

JEFATURA DEL ESTADO

13210 *LEY 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes.*

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

La entrada en vigor de los Proyectos de ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre el Patrimonio, con posterioridad a la fecha inicialmente prevista de enero de 1991, altera radicalmente el planteamiento normativo de regulación de los ingresos tributarios estatales para dicho ejercicio, que comprendía los citados Proyectos de Ley, la normativa preexistente y la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

En consecuencia, resulta necesaria la adopción de las disposiciones precisas para asegurar la aplicación en el próximo ejercicio de los actuales Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, mediante la prórroga de los Capítulos Primero y Segundo y de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 20/1989, de 28 de julio, y la realización de las modificaciones anuales para adaptar dichos tributos a la evolución de las variables macroeconómicas, teniendo en cuenta, además, las modificaciones experimentadas por el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado en su tramitación parlamentaria.

Asimismo, la importante reforma mercantil iniciada con la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades, culminada por los Reales Decretos 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, hace necesario adelantar aquellas medidas normativas que, contenidas en la Disposición Adicional Quinta del proyecto de Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, referida al Impuesto de Sociedades, deslindan los respectivos ámbitos de aplicación de las disposiciones fiscales y contables a la hora de determinar los incrementos y disminuciones patrimoniales y rendimientos societarios.

La adaptación de la normativa del Impuesto sobre Sociedades se completa con la calificación de las repercusiones fiscales de las cesiones con pacto de recompra por las entidades de crédito; de Certificados del Banco de España, con objeto de establecer con certeza su régimen tributario antes del cierre del período impositivo 1990.

El carácter de todas estas medidas que afectan a la ejecución presupuestaria del Estado y otros entes públicos en 1991, así como la imposibilidad manifiesta de proceder en tiempo oportuno a su tramitación por el procedimiento legislativo ordinario, hicieron extraordinaria y urgente su adopción con anterioridad al 1 de enero de 1991.

No se reproduce aquí el texto de esta Ley porque es idéntico al del Real Decreto-Ley del mismo título, 5/1990, de 20 de diciembre cuyos aspectos básicos ya fueron objeto de publicación en el número 68 de nuestra Revista. Se trata de un nuevo ejemplo de Ley ordinaria que reitera "ad pedem literae" el contenido de un Decreto-Ley, luego convalidado, que hubo que dictar antes de que se iniciara el presente ejercicio fiscal.

MINISTERIO DE JUSTICIA

13211 *REAL DECRETO 821/1991, de 17 de mayo, por el que se desarrolla el artículo 137 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en materia de nombramiento de miembros del Consejo de Administración por el sistema proporcional.*

La reciente reforma de la Ley de Sociedades Anónimas ha acentuado la necesidad de modernizar el régimen reglamentario de la designación de miembros del Consejo de Administración por el sistema proporcional que se había establecido en el Decreto de 29 de febrero de 1952 («Boletín Oficial del Estado» número 73, de 13 de marzo) y la Orden de 5 de abril de 1952 («Boletín Oficial del Estado» número 99, del 8). En atención a esta circunstancia, a propuesta del Ministro de Justicia, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 17 de mayo de 1991,

DISPONGO

Artículo 1.º *Ámbito de aplicación del sistema de representación proporcional.*–El derecho de nombramiento de miembros del Consejo de Administración por el sistema de representación proporcional será ejercitable para la provisión de las vacantes del Consejo, cualquiera que sea su número.

Art. 2.º *Titulares del derecho.*–1. Sólo podrán agruparse las acciones con derecho de voto. Quedan a salvo los supuestos de recuperación del voto previstos en el artículo 91 de la Ley de Sociedades Anónimas.

2. El valor nominal de las acciones sin voto no se tendrá en cuenta para el cálculo del cociente de representación proporcional.

Art. 3.º *Momento de la agrupación.*–La agrupación de acciones para el nombramiento por el sistema de representación proporcional podrá realizarse, aunque en el momento de la agrupación no existan vacantes en el Consejo de Administración, en previsión de que se produzcan antes de la celebración de la próxima Junta general o en el transcurso de la misma, para el ejercicio de dicho derecho en el seno de la Junta general.

Art. 4.º *Notificación de la agrupación.*–Los accionistas que deseen ejercitar el derecho de agrupación de la totalidad o parte de sus acciones lo notificarán al Consejo de Administración o a los promotores de la Sociedad, según los casos, con cinco días de antelación, cuando menos, al de la fecha prevista para la celebración de la Junta general en primera convocatoria. En la notificación expresarán el número de acciones que cada uno agrupa, su valor nominal, su clase y serie, si existieran varias, así como la numeración de las mismas o, en su caso, los datos de identificación de los valores representados mediante anotaciones en cuenta. Podrá consignarse, además, el nombre del representante común de las acciones agrupadas.

Art. 5.º *Nombramiento por el sistema proporcional.*–1. En el momento de someterse a votación en la Junta general la cobertura de las vacantes existentes, los accionistas agrupados, directamente o por medio del representante común, manifestarán que mantienen la agrupación y nombrarán, a los miembros del Consejo de Administración que correspondan proporcionalmente a la suma del valor nominal de la agrupación. Si existieran varias agrupaciones, el orden de los nombramientos se determinará por el mayor valor nominal hasta que se produzca, en su caso, la cobertura de las vacantes existentes, quedando sin efecto las restantes agrupaciones que no hubieran podido ejercer su derecho, si existieren. Cuando las agrupaciones formadas tuvieran idéntico valor nominal, la preferencia entre ellas para efectuar el nombramiento se decidirá mediante sorteo.

2. Las vacantes que no hubieran sido cubiertas por los accionistas agrupados se cubrirán por mayoría de los votos de las acciones no agrupadas.

Art. 6.º *Nombramiento de suplentes.*–Además del vocal titular, los accionistas agrupados podrán nombrar hasta tres suplentes sucesivos para el caso de que, por cualquier causa, el nombrado dejara de pertenecer al Consejo de Administración.

Art. 7.º *Efectos del nombramiento por el sistema proporcional.*–La agrupación de las acciones que hubieran nombrado algún miembro del Consejo de Administración por el sistema de representación proporcional, subsistirá durante el plazo para el que el miembro de dicho órgano hubiera sido nombrado, sin que dichas acciones puedan intervenir durante el referido plazo en el nombramiento de los demás miembros del Consejo de Administración.

Art. 8.º *Relación de las acciones agrupadas.*–En el acta de la Junta general o por medio de anejo firmado por el Secretario con el visto bueno del Presidente, se relacionarán las acciones agrupadas que hubieran nombrado vocal del Consejo de Administración por el sistema de representación proporcional, con expresión de su valor nominal, clase y serie, si existieran varias y de la numeración de las mismas.

Art. 9.º *Constancia de la agrupación.*–1. Si las acciones agrupadas que hubieran nombrado un vocal del Consejo de Administración están representadas por medio de títulos, se estampillará cada uno de ellos, expresando la fecha del nombramiento y la duración de la agrupación. A tal efecto, los titulares de las acciones o su representante común deberán presentar los títulos al estampillado en el plazo más breve posible desde que tuvo lugar el nombramiento.

2. Si las acciones agrupadas están representadas por medio de anotaciones en cuenta, la Entidad encargada del registro contable, a instancia de la Sociedad o de los interesados, procederá a consignar las circunstancias expresada en el apartado anterior en las correspondientes anotaciones.

Art. 10. *Inscripción del nombramiento.*–1. La inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de un miembro del Consejo de Administración por el sistema de representación proporcional no podrá practicarse si previamente no se han cumplido las formalidades establecidas en el artículo anterior.

El cumplimiento de dichas formalidades se acreditará mediante certificación librada por el Secretario del Consejo con el visto bueno del Presidente o, en su caso, por la Sociedad encargada del registro de anotaciones en cuenta. Las firmas habrán de estar legitimadas notarialmente.

2. En cuanto al contenido de la inscripción, se estará a lo dispuesto en el artículo 140 del Reglamento del Registro Mercantil.

DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogados el Decreto de 29 de febrero de 1952 y la Orden de 5 de abril del mismo año.

Dado en Madrid a 17 de mayo de 1991.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Justicia,
TOMAS DE LA QUADRA-SALCEDO
Y FERNANDEZ DEL CASTILLO

De los Registradores de la Comunidad Valenciana