

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

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

DERECHO HIPOTECARIO

EXCESO DE CABIDA.—NO ES INSCRIBIBLE UNA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA PARA ACREDITAR EL EXCESO DE CABIDA DE UNA FINCA PERTENECIENTE AL ESTADO, PUES TALES CERTIFICACIONES TIENEN RECONOCIDA SÓLO VIRTUALIDAD INMATRICULADORA. (Resolución de 20 de noviembre de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 4 de diciembre de 1972.)

Hechos.—Resultando que el Estado adquirió, en virtud de adjudicación por débitos a la Hacienda, una finca urbana con parte edificada y jardín, sita en la calle Jesús, número 8, de Sos del Rey Católico, que fue inscrita en el Registro con una superficie de 148 metros cuadrados, que con motivo de diversas actuaciones administrativas se vino en conocimiento de que la parte edificada medía 164,10 metros cuadrados y la superficie descubierta ocupada por el jardín 143,15 metros cuadrados, que hacen un total de 307,25 metros cuadrados, y que, como consecuencia de ello, el Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado en la Delegación de Hacienda de Zaragoza expidió certificación acreditativa del referido extremo, a fin de que se practicara la oportuna rectificación en la inscripción del inmueble.

Resultando que, presentado en el Registro, el anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: "No verificada la rectificación de la medida superficial de la finca a que se refiere el precedente documento, por no ser aplicable con sólo el documento presentado, ninguna de las reglas contenidas en el número 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario. El defecto se considera subsanable y no se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado.

Resultando que el Abogado del Estado, de Zaragoza, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que parece ser que se ha producido en el Registrador una confusión en los preceptos aplicables, puesto que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario desarrolla el 205 de la Ley y no el 206, que lo está por los 303 a 307 del propio Reglamento; que se trata de una rectificación que debe haberse mediante un título de igual naturaleza que el que sirvió para practicar la inscripción; que la certificación que se presentó en el Registro contiene todos los extremos necesarios para que se realice la rectificación pretendida que se refiere sólo a la cabida; que de no aceptarse ese criterio no comprende cómo habría de rectificarse una inscripción a favor del Estado, que basta leer los artículos 201 a 204 de la Ley Hipotecaria para advertir su inaplicabilidad al presente caso; que si la certificación del funcionario que tiene a su cargo la administración de la finca fue suficiente para que ésta ingresase en los libros registrales, es claro

que otro documento igual debe servir para rectificar cualquier error padecido en aquélla; que aun suponiendo aplicable el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, la conclusión sería la misma, puesto que las certificaciones administrativas son documentos fehacientes; y conforme al principio jurídico de que "quien puede lo más puede lo menos", recogido en la Sentencia de 10 de marzo de 1903, el documento es inscribible, puesto que la rectificación de una inscripción es menos que la práctica de este asiento.

Resultando que el Registrador informó: que la certificación presentada no está expedida conforme a lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, ya que no se expresan en ella todas las circunstancias establecidas en el 303 de su Reglamento, alguna de carácter inexcusable como es el título de adquisición de la finca con la mayor extensión superficial que realmente tiene, o en su caso la formal afirmación de no existir título de dominio inscrito o inscribible, según resulta de la Resolución de 19 de octubre de 1955; que tales omisiones afectan a la validez de la certificación calificada sobre la base de considerarla expedida con arreglo al artículo 206 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, según lo dispuesto en el artículo 98 del propio texto reglamentario; que las certificaciones de dominio libradas por el Estado, Provincia o Municipio aun formalmente extendidas sólo tienen virtualidad inmatriculadora de inmuebles conforme se deduce del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, constituyendo un procedimiento excepcional, si se carece de otro título inscribible para el ingreso de la finca en el Registro, según pone de relieve la citada Resolución de 19 de octubre de 1955; que en cuanto a la fehaciencia de la certificación, una cosa es que el título en su aspecto formal reúna los requisitos legales exigidos y otra que en su aspecto material contenga los requisitos o circunstancias que deben concurrir para su inscripción; que en el primer aspecto no ha puesto ningún obstáculo para que se practique la inscripción, pese al silencio de la legislación hipotecaria sobre la procedencia del medio empleado para hacer constar en el Registro el exceso de cabida de fincas inmatriculadas; que no obstante ha suspendido la práctica del asiento solicitado por no justificarse en el documento presentado ni en otro complementario que el exceso de cabida que se desea registrar se halle comprendido en alguno de los supuestos establecidos en el número 5.º del artículo 298, del Reglamento Hipotecario, único procedimiento posible para extender el asiento pretendido; que es evidente la existencia en la expresión de una medida superficial que no corresponde a la realidad, por lo que, según la Resolución de 28 de febrero de 1951, debe rectificarse conforme al título VI de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento, destinados a restablecer la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral; que con arreglo a reiterada jurisprudencia, consignada la medida superficial de una finca en el asiento de inmatriculación, para subsanar el error es necesario demostrar la verdadera cabida, sin que baste la simple afirmación de los interesados (Resoluciones de 14 de marzo de 1876, 22 de noviembre de 1893, 30 de noviembre de 1910, 14 de marzo de 1944, 22 de noviembre de 1949 y 26 de enero de 1955); que la doctrina sentada por más reciente jurisprudencia, señala que en el número 5.º del artículo 298 se ha recogido reiterada jurisprudencia del

Centro directivo que facilita la rectificación de la medida superficial de fincas inscritas cuando existan linderos fijos, se acredite la extensión con datos catastrales o se trate de pequeñas cabidas en relación con la registrada, siempre que no haya duda acerca de la identidad de los predios y se excluya la posibilidad racional de perjuicio a los colindantes; que en el presente caso no se dan tales circunstancias, pues no existen linderos fijos, se trata de una diferencia importante en relación con la cabida inscrita, no se acredita el exceso con datos catastrales y existe por tanto la posibilidad de perjuicio a terceros; que de lo expuesto se infiere que no procede registrar directamente el exceso de cabida, sino que hay que valerse de alguno de los medios establecidos en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria; que el Estado tiene reconocidos determinados privilegios, como es el uso de la certificación de dominio para la inscripción de sus bienes cuando carezca de título inscribible; que el título utilizado para la inmatriculación no fue una certificación de dominio, sino la expedida por el Tesorero de Hacienda en procedimiento administrativo de apremio de acuerdo con el artículo 26 del Reglamento Hipotecario; y que según resulta del título presentado el error existente no arranca del mismo, sino de la primera medición de la finca, seguramente puesto de manifiesto en la correspondiente diligencia practicada conforme a lo ordenado en el artículo 118 del Reglamento del Patrimonio del Estado para depurar la situación física y jurídica del inmueble.

Resultando que el Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado, en informe solicitado por el Presidente de la Audiencia, al amparo del artículo 115 del Reglamento Hipotecario, indicó que deducida petición de compra de la finca objeto de este expediente se iniciaron las actuaciones previstas en la Ley de Patrimonio del Estado y su Reglamento, en la que, entre otras, el Arquitecto del Servicio de Valoración, al evacuar su informe, manifiesta que el total solar del inmueble es de 307,25 metros cuadrados, y la Dirección General del Patrimonio del Estado en vista de ello y de que sólo se encuentra inscrito 148 metros cuadrados, ordena en 17 de febrero de 1970 que se proceda por la Delegación de Zaragoza a la inscripción de la diferencia de superficie, para lo que se expidió la certificación de dominio calificada, que tras una serie de vicisitudes se entregó a la Abogacía del Estado con la documentación suficiente por si consideraba necesario interponer el recurso procedente, indicando a continuación una serie de fundamentos legales similares a los expuestos por el recurrente en defensa de la inscripción del exceso de cabida.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario.

Doctrina.—“Considerando que la cuestión planteada por el presente recurso consiste en determinar si la certificación administrativa de dominio, es título suficiente para hacer constar en el Registro de la Propiedad, la mayor cabida de una finca inscrita ya a nombre del Estado”;

“Considerando que las certificaciones de dominio expedidas por el Estado y otras entidades de carácter público para inscribir fincas que les pertenecían, fueron introducidas en la legislación hipotecaria española por los Reales Decretos de 19 de junio de 1863 y 11 de noviembre de 1864—aunque entonces tales normas facultaban únicamente para obtener inscripciones

de posesión—, como medio supletorio de inmatriculación, carácter que conservan actualmente, conforme se desprende de los artículos 199, letra c) y 206 de la Ley Hipotecaria”;

“Considerando que de acuerdo con esta finalidad exclusivamente inmatriculadora, atribuida desde su origen a las certificaciones de dominio, se les ha negado por este Centro Directivo virtualidad para inscribir mediante éllas derechos reales sobre cosa ajena (Resoluciones de 12 de diciembre de 1953 y 24 de noviembre de 1960) o para conseguir la reanudación del tracto sucesivo interrumpido (Resolución de 19 de enero de 1960)”;

“Considerando que la constancia registral de los excesos de cabida no puede entenderse como una especie de inmatriculación, aunque a primera vista así pudiese parecerlo en cuanto que ingresa en el Registro una superficie que antes no figuraba inscrita, pero un examen más profundo revela que simplemente se trata de rectificar una medida superficial de fincas ya inscritas en su totalidad, distinción que tiene su fundamento en la propia Ley Hipotecaria, que después de enumerar en el artículo 199 los medios de inmatriculación, entre ellos las certificaciones de dominio, determina en el artículo 200, párrafo 2.º, aquellos que la misma admite para hacer constar en el Registro “la mayor cabida de las fincas ya inscritas”, entre los cuales no se encuentran tales certificaciones, debido, sin duda alguna, al propósito de no atribuir a las mismas otra eficacia que la puramente inmatriculadora.”

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

Consideraciones críticas

La precedente Resolución plantea un problema de cierta actualidad en orden a un punto en el que, ni doctrinal ni jurisprudencialmente, se ha llegado a una verdadera precisión jurídica. Por supuesto, tampoco legalmente la cosa parece muy clara.

Los excesos de cabida no vienen a ser más que “aumentos” superficiales de la medida que registralmente reflejan los libros en los que la finca está inscrita, es decir, los linderos de la finca que delimitan la misma definen la superficie a que se extiende el dominio y caso de error cuantitativo el mismo podrá ser modificado. Esta parece ser la esencia de la constatación registral de los excesos de cabida, pero ni legislativa ni prácticamente se ha entendido así.

Prácticamente el abuso de esta forma de constatar “exceso de superficie” ha llegado a límites insospechados. De los cien metros que inicialmente medía la finca, la nueva medición —previo riego y relleno de espacios sin firme— llega en algunos casos recogidos en mi práctica registral a los novecientos metros. Como ello se suele hacer constar en un título público de los que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario considera inmatriculable, a pesar de que se deniegue inicialmente la constatación registral del exceso de cabida, resulta que “al año” se convierte en título hábil que permite hacer constar el exceso por “inmatriculación”.

De la viciosa manera de entender el precepto citado y de la forma de

proceder consuetudinaria a este respecto, puede resultar un grave problema superficiario, pues si poco a poco se va "metiendo más superficie" en el Registro, se nos pueden agotar los distritos hipotecarios con invasiones de los límites, de zonas marítimas, de mares adyacentes e incluso de países extranjeros.

Legalmente hay una variante terminológica e incluso conceptual en este problema. Destacan esta "desviación" LACRUZ BERDEJO ("Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral") y SANZ FERNÁNDEZ ("Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria"), quienes vienen a decir que propiamente no puede hablarse en el caso del "exceso de cabida" ni de inscripción, ni aun de inmatriculación de una superficie no inscrita, ya que la superficie figura en el Registro, si bien mal expresada en el asiento; *lo que hay es una rectificación de una medida superficial*. Por esto—precisa SANZ FERNÁNDEZ—es exacto el artículo 200 de la Ley que habla de *hacer constar la mayor cabida de las fincas inscritas*, y más aún, el artículo 201, 2.^a que habla de "rectificar la extensión". Al parecer, con arreglo al artículo 51, 4.^o del Reglamento, en los casos de toma de razón de un título transmisivo, constitutivo, etc., bastaría expresar en la nueva inscripción la diferencia entre los datos relativos a la medida facilitados por él y los que constaban en el Registro, procedentes de títulos anteriores.

LACRUZ BERDEJO, de quien son los párrafos anteriores, sigue precisando algo que interesa constatar aquí casi literalmente: junto a todo lo dicho, el apartado 5.^o del artículo 298 del Reglamento establece que "podrán ser constatados sin el requisito de la previa inscripción" los excesos de cabida de las fincas de linderos fijos o de tal naturaleza que excluyan la posibilidad de la existencia de futuros colindantes que pudieran ser perjudicados; los que tengan su base en datos catastrales; y los que no excedan de la quinta parte de la cabida inscrita. "A contrario", se deduce que cualquier exceso de cabida no incluido en esta enumeración deberá ser objeto de *inmatriculación* formal, por los medios previstos en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria, quedando reducido a los casos del 298 el ámbito del artículo 51, 4.^o.

En todo ello, por tanto, vemos que existe una cierta imprecisión legislativa cuyo arranque histórico parte de la anterior a 1944, en la que, como dijo con precisión LA RICA, se permitía inscribir los excesos de cabida, bien por información posesoria, bien por expediente de dominio, a tenor del artículo 504 del Reglamento de 1915, basado en la práctica judicial corriente, dando en ambos trámites audiencia al ministerio fiscal y a los dueños colindantes. También, según reiterada jurisprudencia, podían inscribirse tales excesos de cabida por documento público inmatriculador, conforme al párrafo 3.^o del artículo 20 de la Ley, siempre que el transferente justificase la adquisición de dicho aumento superficial fehacientemente; lo que quedaba cumplido cuando en un título anterior se hubiese hecho constar ese incremento como resultado de nueva medición o por resultar errónea la precedente. Y, finalmente, cuando la diferencia entre la superficie inscrita y la asignada en el título presentado era de poca entidad, la jurisprudencia había sancionado que se pudiera hacer constar en el Registro, sin necesidad de ninguno de aquellos otros procedimientos, sólo aplicables cuando el exceso rebasase el 20 por 100 de lo inscrito.

De todo ello se desprende que de un proceso rectificador de límites superficiales, se pasó insensiblemente a una forma *inmatriculadora* de los excesos de cabida que tienen su cauce en la legislación actual a través del expediente de dominio, el acta de notoriedad y el título público de adquisición (artículos 200, 205 de la Ley Hipotecaria y 298 del Reglamento). Y lo que podría ser una razón legal para constatar esa "rectificación superficial" a través del expediente de dominio o el acta de notoriedad con requisitos y citaciones precisas de colindantes, se esfuma en la aplicación del artículo 205 de la Ley Hipotecaria al ser interpretado reglamentariamente por el artículo 298, 1.º del Reglamento. Bien está que en el título público de adquisición tenga virtualidad inmatriculadora si el transmitente acredita de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de los títulos, pero transformar esa prueba fehaciente en el *transcurso de un año* me parece excesivo, aunque sólo de "excesos de cabida" se trate.

Prescindiendo aquí de la cuestión de si el exceso de cabida supone o no una "inmatriculación", cosa que nos llevaría a una larga exposición de conceptos, lo cierto es que la facilitación de la inscripción o constatación de un exceso de cabida —aunque la extensión superficial no perjudique a tercero— a través de un documento público con vida de un año, resulta excesivo, sobre todo teniendo en cuenta que nuestro Código civil regula minuciosamente a través del "deslinde" la superficie hasta la que se extiende el derecho de propiedad. Entiendo que, conforme a los artículos 384 y siguientes del Código civil, el medio hábil para esa constatación registral de los excesos de cabida es el de la escritura notarial o judicial de deslinde, con citación de los colindantes, o la escritura pública con un año de antigüedad a la cual se acompaña una *instancia* con firmas legitimadas de los posibles colindantes que consientan en la rectificación.

Destaco esta idea de los "colindantes" por ser, a mi entender, los únicos que pueden resultar perjudicados en la constatación de un exceso de cabida, aunque como este dato, desgraciadamente no tiene pronunciamiento frente a terceros, siempre les queda el gran recurso de la justificación judicial de las posibles diferencias. Existe una resolución de la Dirección General de los Registros en la que haciendo caso omiso de este "singular derecho de los colindantes" se admite a inscripción un auto judicial de declaración de excesos de cabida en el que no resultaba claramente la notificación hecha a los propietarios colindantes ya que el informe del Juez afirmaba que "en lo referente a las formas de hacerse las citaciones el problema puede tener transcendencia en una reanudación de tracto sucesivo interrumpido, pero no en un expediente de exceso de cabida que no puede plantear contradicción con otras titularidades registrales" (Resolución 19 abril de 1972). Es decir, que al amparo de esta doctrina podemos llegar a deformaciones superficiales que a la hora de la verdad van a plantear serios conflictos y oscuridades poco propicias para la necesaria identificación física y jurídica de la finca.

Centrando el problema que la Resolución plantea se hace preciso que distingamos dos aspectos: el primero se refiere al documento inmatriculador y el segundo a si el caso era o no de inmatriculación.

a) *La certificación administrativa*

Con una gran precisión la Dirección General de los Registros resume la esencia y origen de las certificaciones de dominio diciendo en sus primeros considerandos que: “la cuestión planteada por el presente recurso consiste en determinar si la certificación administrativa de dominio es título suficiente para hacer constar en el Registro de la Propiedad la mayor cabida de una finca inscrita a nombre del Estado”, y a ello se responde acertadamente al seguir diciendo: Las certificaciones de dominio expedidas por el Estado y otras entidades de carácter público para inscribir fincas que les pertenezcan fueron introducidas en la legislación hipotecaria española por los Reales Decretos de 19 de junio de 1863 y 11 de noviembre de 1864 —aunque entonces tales normas facultaban únicamente para obtener inscripciones de posesión como medio supletorio de inmatriculación, carácter que conservan actualmente, como se desprende de los artículos 199, letra c) y 206 de la Ley Hipotecaria. De acuerdo con esa finalidad exclusivamente inmatriculadora, atribuida desde su origen a las certificaciones de dominio, se les ha negado por este Centro Directivo virtualidad para inscribir mediante ellas derechos reales sobre cosa ajena (Resoluciones de 12 diciembre de 1953 y 24 de noviembre de 1960) o para conseguir la reanudación del tracto sucesivo interrumpido (Resolución de 19 enero de 1960) y por la presente la de hacer constar los excesos de cabida.

Con ello se viene a respetar la normativa legal que precisa el carácter netamente inmatriculador del certificado de dominio que como título supletorio brinda la legislación hipotecaria (artículos 199, 3.º y 206) y las únicas formas o medios para obtener los excesos de cabida reducidos al expediente de dominio, acta de notoriedad o título público de adquisición (artículo 200 y su complementario 298, 5.º del Reglamento).

Donde pudo fallar toda la argumentación es en el cambio de circunstancias de hecho, pues si la certificación administrativa de dominio en vez de ser expedida y presentada para su inscripción, hubiese tenido un año de antelación, necesariamente se hubiese podido rechazar por no encajar en las letras a), b) y d) del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, como defiende en su informe el Registrador, pero podía incluirse en la letra c) en relación con el párrafo 1.º de dicho artículo que habla de “documentos comprendidos en su artículo 3.º” y este artículo habla genéricamente de escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, dando cabida a la “certificación administrativa de dominio”. Frente a ese supuesto de hecho sólo le quedan al Registrador: los argumentos que se pueden extraer de la doctrina de la Dirección que exige demostrar la verdadera cabida de la finca, sin que baste la simple afirmación de los interesados (Resoluciones de 14 de marzo 1876, 22 de noviembre de 1893, 30 de noviembre de 1910, 14 marzo 1944, 22 de noviembre de 1949 y 26 de enero 1955) o el inciso final del párrafo 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario que impone como condición genérica para todos los supuestos que “será indispensable que no haya duda fundada sobre la *identidad* de la finca” y dentro del concepto *identidad* hay que incluir un exceso superficiario que no quepa dentro de los *linderos normales* de la finca.

En las argumentaciones registrales se hace alusión a una neta diferenciación entre las certificaciones de apremio administrativo admitidas por el artículo 26 del Reglamento Hipotecario con virtualidad inmatriculadora y las certificaciones administrativas de dominio recogidas en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria. Aunque sea salirse un poco del tema, conviene intentar una precisión a este respecto, pues, por supuesto, de su diferenciación o identidad surgirán los problemas de aplicación del artículo 207 de la Ley Hipotecaria y la posible publicación de edictos.

Al comentar el artículo 26 del Reglamento Hipotecario —en su versión de 1949— decía La Rica que “después de la reforma hipotecaria, que dio lugar a que el artículo 199 del texto refundido establezca categóricamente que la inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna se practique: mediante expediente de dominio, mediante el título público de adquisición o mediante certificado a que se refiere el artículo 206, se ha sostenido por algún autor que las certificaciones de adjudicación al Estado han perdido su eficacia inmatriculadora, por considerar que han desaparecido todos los antiguos medios inmatriculadores, casi siempre de posesión, que no están comprendidos entre los enumerados en el citado artículo 199. Esta argumentación es convincente; pero prácticamente no impide la inmatriculación por medio de dichas certificaciones de adjudicación al Estado, pues pueden éstas, sin gran violencia, ser equiparadas a las del dominio reguladas por el artículo 206...”. Al comentar, posteriormente, el mismo artículo —en su versión del año 1959— dice que “si las fincas cedidas carecen de inscripción, el título será entonces inmatriculable directamente, lo que está autorizado por el artículo 299 del Reglamento Hipotecario, y aunque no se diga nada, es de presumir que sin necesidad de edictos, aunque sí con la limitación de efectos respecto de terceros durante dos años”.

La autorizada opinión de este ilustre hipotecarista parece dar por resuelto el problema en contra, por supuesto, de la afirmación del Registrador que defiende en su informe la nota objeto de esta resolución que comentamos. En mi modesta opinión creo que nada tiene que ver la certificación administrativa de dominio del artículo 206 con la que regula el artículo 26 del Reglamento Hipotecario. Creo que todas son diferencias. En una se trata de habilitar de un título inscribible cuando falta la justificación de la adquisición del dominio por parte del Estado y demás entidades con facultad de certificar, mientras que en el otro se admite que un procedimiento de recaudación seguido con los trámites precisos y notificaciones oportunas culmine en un documento administrativo que justifique el acto de atribución de la finca al Estado. Es decir, se está formalizando un acto de adquisición que entra en el supuesto de *título público de adquisición* del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, más que en la *certificación administrativa* del artículo 206 de la misma Ley Hipotecaria. Por ello, tiene o puede tener razón LA RICA en cuanto aplica la limitación de efectos del artículo 207, pero sobre la base de la asimilación antes expuesta.

Al asimilar el supuesto a lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria habría que pensar en la publicación de edictos que confirmasen esa certificación administrativa, cosa a la que se opone, como hemos visto, LA

RICA. Quiero citar, a título de ejemplo, un supuesto de parecidas características y es la *certificación de reparcelación* que el artículo 28 del Reglamento de Reparcelaciones de Suelo Urbano (D. 7 de abril de 1966) estima inmatriculable con la necesidad de publicación de edicto, pero sin la limitación de efectos del artículo 207 de la Ley Hipotecaria. A la vista de ello, y teniendo en cuenta que la interpretación en este caso debe ser restrictiva, podría concluirse que para evitar la publicación de edictos y la limitación de efectos se hace preciso una disposición especial que así libere de estos requisitos.

b) *Rectificación de cabida o inmatriculación de la misma*

De la discusión doctrinal en torno al concepto de inmatriculación, creo que puede darse por buena la postura de SANZ FERNÁNDEZ quien advierte que de inmatriculación sólo puede hablarse en sistemas como el alemán y el suizo, donde la finca ingresa en el Registro previamente, basándose en datos catastrales, practicándose de oficio y limitándose el asiento a la descripción de la finca. En el Derecho español no existe inmatriculación, sino primera inscripción de finca no inscrita con anterioridad y verificada a través de la justificación del dominio que una persona tenga sobre dicha finca. LACRUZ discrepa de todo ello e igualmente ROCA SASTRE y otros autores.

La redacción poco acreditada del artículo 298 del Reglamento Hipotecario dio base en su apartado 5, letra C), a pensar que, fuera de los casos expresamente señalados en las otras letras en las que, por supuesto, se trata de un caso de "rectificación de cabida", ese supuesto era de pura inmatriculación, ya que el mismo artículo aplicaba a los documentos que la provocasen la obligación de la publicación de edictos y la limitación de efectos como si de una verdadera inmatriculación se tratase. Esa redacción y la aplicación al caso del número 1.º de dicho artículo, dificultan enormemente la precisión del concepto.

La Dirección General ahora escoge el buen camino. La constancia registral del exceso de cabida no puede entenderse como una especie de inmatriculación, pues aunque en el Registro ingrese una superficie que antes no figuraba inscrita, lo único que existe es una rectificación de medida superficial de fincas ya inscritas en su totalidad, a las cuales no puede aplicarse la certificación de dominio por quedar excluida de los medios que considera hábiles la Ley Hipotecaria, conforme al artículo 200, 2.º. Hemos visto, sin embargo, que el Reglamento, excediéndose en sus funciones, desvirtúa un tanto esta especial configuración que la Ley vio claramente. La reforma reglamentaria—que en su día se afronte—será buena ocasión para rectificar disposiciones y ajustarlas a esta importante decisión de la Dirección General.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE PARTICIÓN Y ACEPTACIÓN DE HERENCIA DE UN PISO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL EN QUE EL HEREDERO SUCEDE AL TITULAR REGISTRAL SIN QUE SE MODIFIQUE LA SITUACIÓN EXISTENTE. (B. O. E. de 4 de diciembre de 1972.)

Hechos.—Resultando que doña Natalia Salt Vicente falleció en Sagunto el 15 de noviembre de 1962, bajo testamento abierto otorgado el 7 de agosto del mismo año, en el cual, sin perjuicio de la legítima que pudiera corresponder a su segundo esposo, don José Franco Barrachina, instituyó heredero universal a su único hijo, don Emilio Suárez Salt, habido en primer matrimonio con don Emilio Suárez Suárez; que por escritura otorgada el 9 de mayo de 1966, ante el Notario de Sagunto, don Francisco del Hoyo Villameriel, el viudo, don José Franco Barrachina, repudió la herencia de su finada esposa, quedando como consecuencia como único interesado en la misma don Emilio Suárez Salt; y que por escritura autorizada por el Notario recurrente el 20 de mayo de 1970, el heredero se adjudicó en pleno dominio las dos únicas fincas que integraban la herencia, que eran una casa sita en Algimia de Alfara, inventariada bajo el número 2, que se inscribió conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y un piso sito en Puerto de Sagunto, inventariado bajo el número 1, en cuya descripción se decía que “No tiene asignada cuota de participación en el título exhibido, que es anterior a la Ley Especial de Propiedad Horizontal”.

Resultando que, presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, junto con otros documentos complementarios, fue calificada con la siguiente nota: “Suspendida la inscripción de la finca 1 por no constar la cuota de participación en los elementos comunes”.

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el artículo 3 del Código civil sienta el principio general de irretroactividad de las leyes, dirigido tanto a los Tribunales como a las autoridades administrativas; que la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 prevé, en su disposición transitoria 1.^a, la problemática de la adaptación a sus normas de las propiedades horizontales constituidas con anterioridad a su entrada en vigor, limitándose a establecer que los estatutos de las correspondientes comunidades deberán adaptarse a la misma en lo que estuvieren en contradicción con sus preceptos, pero sin exigir la modificación de las descripciones e inscripciones de pisos o locales practicadas antes de su vigencia y que no se ajustasen a sus disposiciones; que el artículo 8, número 4, de la Ley Hipotecaria, al que dio nueva redacción el 2.º de la Propiedad Horizontal, se refiere a la “primera inscripción”, es decir, a la de “constitución del régimen de propiedad horizontal”, según palabras de su exposición de motivos; que el artículo 5 de la misma Ley, al determinar las circunstancias que debe contener la inscripción de cada piso o local, se refiere asimismo al “título constitutivo de la propiedad por pisos o locales”, quedando, por tanto, al margen o fuera de esta normativa, las propiedades horizontales constituidas e inscritas antes de su vigencia; que la disposición transitoria primera del Código civil sanciona claramente el respeto a los derechos adquiridos legítimamente al amparo de la legislación anterior; y que la jurisprudencia registral se ha pronunciado ya sobre proble-

mas similares al planteado, especialmente en las Resoluciones de 19 y 21 de julio de 1966 y 29 de enero de 1970.

Resultando que el Registrador informó: que el problema decidido por la Resolución de 19 de julio de 1966 no tiene nada que ver con el ahora suscitado, como puede comprobarse leyendo su primer Considerando; que la Resolución de 21 de julio, también citada por el recurrente, se refiere exclusivamente a la posibilidad de hipotecar un piso no descrito en folio independiente, sin que haga mención alguna a la cuota de participación; que la Resolución de 23 de julio de 1966 se refiere a la necesidad de consignar en las escrituras de venta la cuota de participación en los elementos comunes; que la Resolución de 5 de mayo de 1970 afirma también la necesidad de expresar la referida cuota en las escrituras de transmisión de pisos o locales en régimen de propiedad horizontal; que en cuanto a la irretroactividad general de las leyes hay que distinguir, por una parte, lo que son propiamente derechos adquiridos y, por otra, la dinámica de esos mismos derechos; que el respeto a los derechos adquiridos nadie lo discute, pero en cuanto a su ejercicio, la disposición transitoria 4.^a del Código civil dice que se sujetará a lo establecido en el propio Código; que el mismo criterio se mantiene en la disposición transitoria 5.^a y 12; que la doctrina distingue varios grados en la retroactividad de las leyes, siendo de grado medio la correspondiente a la de propiedad horizontal, que en su primera disposición transitoria dice que “regirá en todas las comunidades de propietarios cualquiera que sea el momento en que fueron creadas y el contenido de sus estatutos, que no podrán ser aplicados en contradicción con lo establecido en la misma; que el artículo 3 del Código civil y disposición transitoria 1.^a del mismo, no plantean un dilema de todo o nada en cuanto a la retroactividad, sino que ésta puede ser mínima, media o máxima, como se comprueba analizando algunas reformas, entre las que cabe mencionar la del artículo 1.413, referente a las facultades del marido en la enajenación de gananciales; que en apoyo de esta interpretación señala las Sentencias de 7 de febrero y 13 de marzo de 1964 y las Resoluciones de 1 y 2 de marzo de 1963; que la Ley de Propiedad Horizontal deroga en su disposición final todas las normas que se opongan a la misma, constituyendo en su conjunto, como se dice en su preámbulo, más que una reforma de la legalidad vigente, la ordenación “ex novo”, de manera completa, de la propiedad de casas por pisos; que la consecuencia que se deduce del examen global de los anteriores textos es que, o bien las normas y estatutos anteriores a la Ley continúan vigentes por ser conformes a la misma, o, por el contrario, están derogados si se oponen a sus disposiciones; que la retroactividad de la Ley en la medida que defiende, aparece reconocida en las Resoluciones de 19, 21 y 23 de julio de 1966 y 5 de mayo de 1970; que falta por precisar cuál sea el alcance de esta retroactividad en el caso debatido, en el cual, al no haber estatutos de la comunidad, ésta se regirá por lo establecido en la Ley según resulta de la práctica notarial y lo expuesto en el preámbulo de la misma; que, en consecuencia, al no haber estatutos rige toda la Ley y a su conjunto deberán atenerse los copropietarios; que como su articulado establece la necesidad de la existencia y constancia de una cuota de participación en los elementos comunes, no hay más remedio que consignarla; que el artículo 392 del Código civil se remite también a la Ley de Propiedad Horizontal como

norma aplicable a las comunidades de viviendas; pues, por consiguiente, es la Ley de 21 de junio de 1960 la que regirá la dinámica de la comunidad cuestionada por inexistencia de estatutos, y entre los preceptos de dicha Ley están los artículos 3, 5, 9, 11, 15 y 16, que se ocupan o hacen referencia a la cuota de participación; que la Resolución de 28 de mayo de 1971 llama la atención sobre la necesidad de extremar el cuidado en todas las operaciones de que sea objeto un piso o apartamento, sin que baste describirlo única y exclusivamente con las circunstancias reglamentarias, pues al corresponder al titular derechos que radican en el conjunto, debe hacerse igualmente referencia a la descripción de este último para que resulte plenamente identificado, sin omitirse la cuota de participación en los elementos comunes que ocupa en ella un lugar destacado; que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, hay que hacer constar en las inscripciones la extensión del derecho que se inscribe y uno de los elementos que determinan dicha extensión es la mencionada cuota; que igualmente el artículo 54 del Reglamento Hipotecario establece que las inscripciones de partes indivisas de una finca precisarán la porción ideal de cada condueño, con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente. y aunque la propiedad horizontal es una comunidad compleja, se dan en ella relaciones de interdependencia que afectan a los respectivos cotitulares; y que la Resolución de 20 de abril de 1967 declara que la descripción de inmuebles en los documentos sujetos a Registro se hará "expresando con la mayor claridad posible los requisitos y circunstancias imprescindibles o convenientes para realizar la inscripción".

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la Nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y el fedatario se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos.

Doctrina.—“Considerando que inscritos los diferentes pisos de un edificio en folios separados a favor de sus respectivos titulares, conforme a la legislación hipotecaria anterior a la vigente Ley de Propiedad Horizontal, este expediente plantea la cuestión de si para inscribir uno de los pisos a nombre del heredero único del titular registral será necesario previamente y de acuerdo con el artículo 5,2.º de la mencionada Ley, fijar la cuota de participación en los elementos comunes, que no aparece establecida, por no haberse adaptado los Estatutos a la nueva situación legal;”

“Considerando que la Ley de Propiedad Horizontal en la Disposición transitoria primera ordena la adaptación de los Estatutos de aquellas comunidades constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, a fin de que se puedan salvar las contradicciones que pudieran existir con la nueva regulación legal, y establece unos procedimientos para lograrlo, señalando, caso de que no hubiese acuerdo, las personas legitimadas para solucionarlo, ante la Autorización judicial;”

“Considerando que cuestión diferente de la anterior es la relativa a las vicisitudes que cada piso o propiedad individual puede sufrir en tanto se realice la indicada adaptación, pues en este caso, como ya declaró la Resolución de 19 de julio de 1966, “y aunque el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal exige otros requisitos y circunstancias, por lo que sería muy conveniente.

que al otorgarse un acto relativo a una finca inscrita antes, se modificase su descripción y se adaptara a las nuevas exigencias legales, con lo cual quedaría cumplida, además, la prevención del artículo 171 del Reglamento Notarial”, es lo cierto que—dada la situación presente— el propietario del piso o apartamento no puede realizar tal modificación unilateralmente y necesitaría la comparecencia de los demás, al menos en lo que a fijación de la cuota se refiere, lo que sería tanto como exigir de nuevo el consentimiento de todos los titulares para la realización de un acto que afecta exclusivamente al poder dispositivo de uno sólo de ellos, circunstancias que seguramente movieron al legislador en la disposición transitoria primera de la Ley de 21 de julio de 1960, a exigir sólo la adaptación de aquellos estatutos cuyo contenido estuviera en contradicción con los preceptos legales, pero sin establecer idéntica previsión para aquella descripción de las fincas que no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 5.º de la misma Ley;”

“Considerando que en el presente caso se trata de inscribir una transmisión “mortis-causa” en virtud de una escritura de aceptación y manifestación de herencia por la que el heredero sucede al titular registral, acto que para los demás propietarios de los pisos del inmueble es “res inter alios”, y en el que no se modifica la situación ya existente, de adaptar los Estatutos en lo contradictorio con la Ley, caso de que fuese necesario, pero ello habrá de hacerse en el procedimiento adecuado, pues exigirlo en el acto calificado sería tanto como mermar o desconocer el contenido y eficacia de un derecho, que además se inscribió en virtud de un título constitutivo perfecto en el momento de tener acceso al Registro, y que se encuentra amparado por un asiento que producé todos sus efectos de conformidad con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria;”

“Considerando, por último, que el artículo 396 del C. c., antes de la reforma por la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, establecía que salvo pacto en contrario las cuotas de copropiedad se presumían iguales, por lo que no puede afirmarse que tan importante circunstancia falte en la actual regulación de la comunidad de copropietarios, y a ella habrá que atenerse hasta tanto no se modifique el actual título constitutivo.”

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

Consideraciones críticas.

El problema que suscita la presente Resolución lo es de derecho transitorio provocado por la existencia de una inscripción de propiedad horizontal, válida y realizada antes de la vigencia de la ley actual, y la solicitud de una inscripción de una transmisión hereditaria de la parte de uno de los copropietarios.

Doctrinalmente el supuesto fue contemplado por diversos autores. Me limitaré a citar dos de los que en su día utilicé y una publicación moderna sobre este punto. SÁNCHEZ DE FRUTOS—en la ponencia que presentó al Congreso internacional celebrado con motivo del centenario de la Ley Hipotecaria— planteaba diversos supuestos en orden a la adaptación de estatutos ordenado por la disposición transitoria 1.ª de la Ley de Propiedad Horizontal. De

los cuatro supuestos que contemplaba, dos podían ser de aplicación al presente caso: el de comunidades anteriores a la Ley que no están en contradicción con lo dispuesto en ella y que no ofrecen dificultad alguna en sus reflejos registrales posteriores y comunidades anteriores, en contradicción con la ley, que dejan pasar los dos años sin que ningún titular pida la adaptación y con posterioridad realizan negocios jurídicos relativos a los pisos o locales inscritos y que pretenden su inscripción. No obstante, el supuesto, como veremos luego, sólo al primer caso debe entenderse referido.

ALVAREZ ALVAREZ también hacía referencia a esta situación transitoria, centrandó uno de los supuestos que contemplaba en el de que la casa esté inscrita en propiedad horizontal y que figuren inscritos todos los pisos, pero faltándoles o la descripción de los pisos, la fijación de las cuotas, la numeración independiente de los pisos, etc. Todas estas casas—decía el autor citado—están perfectamente constituidas en propiedad horizontal y la publicación de la nueva ley no puede perjudicar los derechos adquiridos y sus situaciones, si bien habrán de ejercitarse conforme a la Ley nueva; es decir, los efectos actuales, provocados por actos también de ahora, se habrán de regir por la legislación actual, mientras que las situaciones y derechos en sí y aun los efectos actuales de actos anteriores, se regirán por la legislación precedente.

Frente a estas opiniones discreparon otros. BATLLE, por ejemplo, dijo que faltando los datos de los artículos 8 Ley Hipotecaria y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, es preciso, conforme a la disposición transitoria 1.^a, que consten esos datos para que se inscriban los actos sobre ellos y que esa complementación no es posible sólo con la declaración del propietario del piso, porque estas determinaciones afectan al derecho de los demás, pudiendo provocar una alteración en la situación existente que sólo podría ser variada por la Junta. En igual sentido se pronunció VENTURA TRAVESET en esa exigencia descriptiva y adaptadora. Diversas opiniones registraron las posturas de Monet (que consideraba innecesaria la adaptación por esos pisos a la nueva Ley), la de FUENTES LOJO, PERÉ RALUY, etc.

El I Simposio sobre Propiedad Horizontal celebrado en Valencia en octubre de 1972, en sus conclusiones recoge las posibles bases de una necesitada reforma de la Ley de Propiedad Horizontal y dice que "En los casos de edificios constituidos íntegramente en propiedad horizontal y totalmente inscritos en el Registro de la Propiedad, se inclina la Comisión por la *innecesidad* de otro título recreador de la propiedad horizontal ya constituida e inscrita con todos los requisitos vigentes en el momento de su creación, pero con *obligación de adaptar* todos los actos jurídicos que se vayan produciendo con posterioridad a la Ley a las disposiciones imperativas de ésta".

La Dirección General viene a seguir la tesis del segundo de los autores citados, basándose fundamentalmente en tres razones de aparente fuerza y que ya parcialmente habían sido utilizados en otras Resoluciones anteriores:

a) La adaptación de los Estatutos de la Propiedad Horizontal constituida con anterioridad a la vigencia de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, sólo debe hacerse en el plazo de dos años cuando exista contradicción con la nueva regulación, sin establecer idéntica previsión para aquella descripción de las fincas que no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 5.º de la misma Ley.

La matización que la Dirección hace entre "estatutos" y "ley", "estatutos" y "título constitutivo", permite aceptar en principio su argumento, pues si bien los posibles estatutos de esa propiedad horizontal no estaban en contradicción con los preceptos de la ley vigente, sí lo estaba su título constitutivo, en cuanto en el mismo no se reflejaba la cuota que necesariamente ha de constar conforme al artículo 5.º de la Ley y el 8 de la Hipotecaria.

b) Aunque el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal exige otros requisitos y circunstancias, por lo que sería muy conveniente que al otorgarse un acto relativo a una finca inscrita antes, se modificase su descripción y se adaptara a las nuevas exigencias legales, con lo cual quedaría cumplida, además, la prevención del artículo 171 del Reglamento Notarial, es lo cierto que el propietario del piso o apartamento no puede realizar tal modificación "unilateralmente" y necesitaría la comparecencia de los demás, al menos en lo que a fijación de cuota se refiere. Exigirlo en el caso planteado en el recurso sería tanto como mermar o desconocer el contenido y eficacia de un derecho, que además se inscribió en virtud de un delito constitutivo perfecto en el momento de tener acceso al Registro y que se encuentra amparado por el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria.

El argumento no puede ser más exquisitamente jurídico, ya que viene a respetar la idea genérica de los *derechos adquiridos* el criterio de *no retroactividad* y la protección judicial de los asientos registrales. De otra parte es el que ha mantenido la misma Dirección en las Resoluciones de 19 y 21 de julio de 1966.

c) El tercer argumento es "nuevo en la plaza", ya que no aparece ni en las Resoluciones antes citadas, ni en la posterior de 29 de enero de 1970. La Dirección General estima que, conforme al artículo 396 del C. c., antes de la Ley de Propiedad Horizontal establecía que, salvo pacto en contra, las cuotas de copropiedad se *presumían iguales*, por lo que este requisito no puede decirse que falte en la regulación del régimen de propiedad horizontal y a ello habrá que atenerse mientras no se modifique el actual sistema o título constitutivo.

La argumentación a mi entender debe ser objeto de elogioso comentario, pues creo que es la única forma de solucionar esa serie de casos que la disposición transitoria 1.ª de la Ley de Propiedad Horizontal no supo o no quiso afrontar. Si aceptáramos la distinción entre título constitutivo, ley y estatutos, es preciso restringir la modificación o adaptación solamente a los casos de *estatutos contrarios a la Ley*, pero no al *título constitutivo* debidamente inscrito, en el cual, a falta de pactos legalmente establecidos, funciona el criterio de la igualdad de cuotas, conforme al artículo 396 del C. c. en su redacción de 1939 y que supuso, como todos sabemos, un criterio distinto al mantenido en la redacción del primitivo artículo de 1889, que hablaba de participación en relación "con el valor de cada piso".

No es éste el criterio que mantiene la doctrina hipotecarista de actual relevancia en el momento presente. Me estoy refiriendo a mi compañero TIRSO CARRETERO, quien en el comentario a esta Resolución estima que en el año 1973 no se debe aplicar la presunción de igualdad del apartado 2.º de la redacción de 1939 y menos con un carácter "iures et de iure", que conduzca a la consecuencia de que la ley derogada completa el contenido registral con

una cuota de participación regida por el principio de igualdad. Acaso en algún supuesto raro los Jueces y Tribunales puedan y deban acudir a aquel apartado para la determinación de la participación en los elementos comunes de una propiedad horizontal anterior a la Ley de 1960, aunque los comuneros contribuyan a los gastos desigualmente en razón a reconocer valores desiguales a los pisos (apartado 3 del artículo 396 C. c.). Pero no creo muy segura la postura de la irretroactividad a ultranza del considerando último, que para la vía de la jurisdicción voluntaria (efectos "erga omnes") hace renacer la confusa y dudosa presunción de igualdad de 1939 contra los usos y costumbres, que por influencia del texto original de 1889, de las normas registrales y de los más elementales principios jurídicos venían considerando, aun antes de 1960, la cuota de participación proporcional al valor de cada piso, como módulo general para el ejercicio del derecho al voto, reparto de beneficios, participación en elementos comunes... (Revista "Cr. D. Inmobiliario", mayo-junio 1973, página 705, número 496).

Entiendo que una cosa es la *presunción de igualdad* y otra la *participación en gastos* y otros supuestos *según el valor de la parte privativa*, pues si partimos de una presunción es evidente que la participación debe ser igual, salvo que la existencia de un pacto en contra—cosa que no existe en este supuesto—desvirtúe esa presunción que aceptada "iuris tantum" sólo está esperando una prueba en contra.

EXCESO DE CABIDA.—REITERA LA DÒCTRINA DE LA RESOLUCIÓN DE 20 DE NOVIEMBRE QUE DECLARÓ NO ES IMPRESCINDIBLE UNA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EXPEDIDA CON LA FINALIDAD DE ACREDITAR EL EXCESO DE CABIDA DE UNA FINCA PERTENECIENTE AL ESTADO, PUES TALES CERTIFICACIONES TIENEN RECONOCIDA SÓLO VIRTUALIDAD INMATRICULADORA. (Resolución de 23 de noviembre de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 9 de diciembre de 1972.)

Hechos.—Resultando que el Estado adquirió, en virtud de adjudicación por débitos a la Hacienda, una finca urbana sita en la plaza del Mercado, número 9, de la localidad de Uncastillo, que fue inscrita en el Registro con una superficie de 40 metros cuadrados; que con motivo de diversas actuaciones administrativas se comprobó que la extensión superficial de dicho inmueble era de 53 metros cuadrados; y que, como consecuencia de ello, el Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado expidió certificación acreditativa de dicho extremo, a fin de que se practicase la oportuna rectificación en la inscripción del inmueble.

Resultando que, presentado en el Registro el anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: "No verificada la rectificación de la medida superficial de la finca a que se refiere el precedente documento por no ser aplicable, con sólo el documento presentado, ninguna de las reglas contenidas en el artículo 298 del Reglamento Hipotecario. El defecto se considera subsanable y no se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado".

Resultando que el Abogado del Estado de Zaragoza interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que parece ser que se ha

producido en el Registrador una confusión en los preceptos aplicables, puesto que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario desarrolla el 205 de la Ley y no el 206 que lo está por los 303 a 307 del propio Reglamento; que se trata de una rectificación que debe hacerse mediante un título de igual naturaleza que el que sirvió para practicar la inscripción; que la certificación que se presentó en el Registro contiene todos los extremos necesarios para que se realice la rectificación pretendida que se refiere sólo a la cabida; que de no aceptarse ese criterio no comprende cómo había de rectificarse una inscripción a favor del Estado; que basta leer los artículos 201 a 204 de la Ley Hipotecaria para advertir su inaplicabilidad al presente caso; que si la certificación del funcionario que tiene a su cargo la administración de la finca fue suficiente para que ésta ingresase en los libros registrales, es claro que otro documento igual debe servir para rectificar cualquier error padecido en aquélla; que aun suponiendo aplicable el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, la conclusión sería la misma, puesto que las certificaciones administrativas son documentos fehacientes; y que conforme al principio jurídico de que "quien puede lo más puede lo menos", fue recogido en la Sentencia de 10 de marzo de 1903, el documento es inscribible puesto que la rectificación de una inscripción es menos que la práctica de este asiento.

Resultando que el Registrador informó: que la certificación presentada no está expedida conforme a lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, ya que no se expresan en ella todas las circunstancias establecidas en el 303 de su Reglamento, alguna de carácter inexcusable, como es el título de la adquisición de la finca con la mayor extensión superficial que realmente tiene, o en su caso la formal afirmación de no existir título de dominio inscrito o inscribible, según resulta de la Resolución de 19 de octubre de 1955; que tales omisiones afectan a la validez de la certificación calificada sobre la base de considerarla expedida con arreglo al artículo 206 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, según lo dispuesto en el artículo 98 del propio texto reglamentario; que las certificaciones de dominio libradas por el Estado, Provincia o Municipio aun formalmente extendidas sólo tienen virtualidad inmatriculadora de inmuebles conforme se deduce del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, constituyendo un procedimiento excepcional, si se carece de otro título inscribible para el ingreso de la finca en el Registro, según pone de relieve la citada Resolución de 19 de octubre de 1955; que en cuanto a la fehaciencia de la certificación, una cosa es que el título, en su aspecto formal, reúna los requisitos o circunstancias que deben concurrir en la inscripción; que en el primer aspecto no ha puesto ningún obstáculo para que se practique la inscripción, pese al silencio de la legislación hipotecaria sobre la procedencia del medio empleado para hacer constar en el Registro el exceso de cabida de fincas inmatriculadas; que no obstante, ha suspendido la práctica del asiento solicitado por no justificarse en el documento presentado ni en otro complementario que el exceso de cabida que se desea registrar se halle comprendida en alguno de los supuestos establecidos en el número 5 del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, único procedimiento posible para extender el asiento pretendido; que es evidente la existencia de una inexactitud registral consistente en la expresión de una medida superficial que no corresponde a la realidad, por lo que, según la Resolución de 28 de febrero de 1951, debe

rectificarse conforme al título VI de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento, destinados a restablecer la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral; que con arreglo a reiterada jurisprudencia, consignada la medida superficial de una finca en el asiento de inmatriculación, para subsanar el error es necesario demostrar la verdadera cabida, sin que baste la simple afirmación de los interesados (Resoluciones de 14 de marzo de 1876, 22 de noviembre de 1893, 30 de noviembre de 1910, 14 de marzo de 1944, 22 de noviembre de 1949 y 26 de enero de 1955); que la doctrina sentada por más reciente jurisprudencia señala que en el número 5 del artículo 298 se ha recogido reiterada doctrina del Centro Directivo, que facilita la rectificación de la medida superficial de fincas inscritas cuando existan linderos fijos, se acredite la extensión con datos catastrales o se trate de pequeñas cabidas en relación con la registrada, siempre que no haya duda acerca de la identidad de los predios y se excluya la posibilidad racional de perjuicio a los colindantes; que en el presente caso no se dan tales circunstancias, pues no existen linderos fijos, se trata de una diferencia importante en relación con la cabida inscrita, no se acredita el exceso con datos catastrales y existe, por tanto, la posibilidad de perjuicio a terceros; que de lo expuesto se infiere que no procede registrar directamente el exceso de cabida, sino que hay que valerse de alguno de los medios establecidos en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria; que el Estado tiene reconocidos determinados privilegios, como es el uso de la certificación de dominio para la inscripción de sus bienes cuando carezca de título inscribible; que el título utilizado para la inmatriculación no fue una certificación de dominio, sino la expedida por el Tesorero de Hacienda, en procedimiento administrativo de apremio de acuerdo con el artículo 26 del Reglamento Hipotecario; y que según resulta del título presentado el error existente no arranca del mismo, sino de la primera medición de la finca, seguramente puesto de manifiesto en la correspondiente diligencia practicada conforme a lo ordenado en el artículo 118 del Reglamento del Patrimonio del Estado para depurar la situación física y jurídica del inmueble.

Resultando que el Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado, en informe solicitado por el Presidente de la Audiencia, al amparo del artículo 115, del Reglamento Hipotecario, indicó que deducida petición de compra de la finca objeto de este expediente se iniciaron las actuaciones previstas en la Ley de Patrimonio del Estado y su Reglamento, en la que, entre otras, el Arquitecto del Servicio de Valoración, al evacuar su informe, manifiesta que el total solar del inmueble es de 53 metros cuadrados, y la Dirección General del Patrimonio del Estado, en vista de ello y de que sólo se encuentra inscrito 40 metros cuadrados, ordena, en 17 de febrero de 1970, que se proceda por la Delegación de Zaragoza a la inscripción de la diferencia de superficie, para lo que se expidió la certificación de dominio calificada que, tras una serie de vicisitudes, se entregó a la Abogacía del Estado con la documentación suficiente por si consideraba necesario interponer el recurso procedente, indicando a continuación una serie de fundamentos legales similares a los expuestos por el recurrente en defensa de la inscripción del exceso de cabida.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la Nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario.

Doctrina.—“Considerando que la cuestión planteada en este recurso, consistente en determinar si la certificación administrativa de dominio es título suficiente para hacer constar en el Registro de la Propiedad la mayor cabida de una finca inscrita a nombre del Estado, es la misma que ya fue decidida en la Resolución de 20 de los corrientes, que declaró que la constancia registral de los excesos de cabida no puede entenderse como una especie de inmatriculación, por lo que, y en base a los argumentos allí expuestos, debe mantenerse el mismo criterio.”

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

Consideraciones críticas

La identidad de supuestos y la doctrina que los soluciona me obliga a remitir al posible lector al comentario que hago de la Resolución de 20 de noviembre de 1972. Cabrían más puntualizaciones al filo de los informes del Abogado del Estado y del Registrador, pero creo que la “esencia” está recogida en donde me remito. El resto puede ser anecdótico de los distintos enfoques y conocimientos de la legislación hipotecaria.

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDAD ANÓNIMA.—NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR ÚNICO SIN PLAZO DETERMINADO EN ACTO NO FUNDACIONAL.—ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA EN QUE SE MODIFICAN LOS ESTATUTOS Y SE NOMBRA ADMINISTRADOR, CARGO SIEMPRE TEMPORAL Y REVOCABLE, AUNQUE NO SE FIJA PLAZO. (Resolución de 8 de junio de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 12 de julio de 1972.)

Hechos.—Resultando que, en Junta Universal de la citada Compañía, celebrada el 2 de noviembre de 1971, se acordó modificar el artículo 31 de los Estatutos y nombrar Administrador único de la Sociedad a don Fernando Beya Rodríguez, facultando a doña María Antonia Colomer Marqués para que, en nombre y representación de la Sociedad, llevase a efecto los anteriores acuerdos, otorgando los documentos públicos o privados necesarios o convenientes; y que, en cumplimiento de dicha autorización, el 25 de noviembre de 1971 se otorgó ante el Notario de Barcelona, don Luis Félez Costea, la correspondiente escritura, por la que se elevaban a públicos los acuerdos mencionados, sin que en ningún sitio se determinase el plazo de duración del nombramiento efectuado.

Resultando que, presentada en el Registro primera copia del anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: “SUSPENDIDA la inscripción del documento que antecede por no constar determinado el plazo de actuación del Administrador que se nombra ni de los acuerdos tomados por la Junta en que se designa, ni de los Estatutos sociales y ser tal requisito indispensable

a tenor del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas. No se ha solicitado anotación preventiva.

Resultando que don Fernando Beya Rodríguez, en nombre propio y como Administrador de "Tomás Colomer, S. A.", interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó; que el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas se refiere a los Administradores designados en el acto constitutivo, mas sin hacer mención para nada del plazo de duración de los designados posteriormente; que el antecedente jurisprudencial más en consonancia con el problema planteado lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1956, que se pronuncia negativamente sobre el nombramiento con carácter indefinido de los Administradores, fundándose en el respeto a los derechos de las minorías, en el supuesto de existir órgano colegiado de administración; que los argumentos de la mencionada Sentencia son de manifiesta fragilidad, sobre todo teniendo en cuenta que por otros medios protegidos por la Ley puede llegarse a idénticos resultados que los pretendidos con los nombramientos indefinidos o vitalicios, por lo que el requisito-garantía del plazo determinado debe estimarse inútil e innecesario; que la Dirección General de los Registros, en su Resolución de 18 de abril de 1958, se limita a tipificar el supuesto con lo previsto en el párrafo 1.º del artículo 72; que la cuestión que debe resolverse en el presente recurso se plantea en términos distintos a los examinados, que se refieren al nombramiento de Administradores conjuntamente, mientras que en el presente caso se trata del nombramiento indefinido de un Administrador único; que si el argumento central de la doctrina del Tribunal Supremo, opuesta al nombramiento de Administradores con carácter indefinido es el respeto a los derechos de las minorías, regulado en el artículo 71, cuando tal derecho no existe por no ser colegiado el órgano de administración, no se comprende cuáles puedan ser los argumentos que ampararían el cumplimiento de un requisito inútil; que se establezca o no plazo de duración del ejercicio del cargo, el nombramiento de Administrador es esencialmente temporal al poder revocarse, sin que deba existir obstáculo a que la Junta haga los nombramientos por tiempo indefinido o mediante la fórmula de que subsistirán mientras no sea revocado por la Junta General; y que, como es sabido, este derecho de suspensión de los Administradores no puede limitarse o condicionarse a la existencia de un "quorum" reforzado (Sentencia de 31 de mayo de 1957).

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación con los siguientes fundamentos: que la jurisprudencia española, después de algunas vacilaciones interpretando adecuadamente el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, parece haberse orientado hacia el criterio europeo de exigir la fijación de un plazo limitado para el desempeño del cargo de Administrador; que es pieza esencial de dicha orientación la citada Sentencia de 1956, aludida sólo parcialmente por el recurrente; que, ciertamente, parte de la doctrina mantuvo el mismo criterio que el recurrente, pero a partir de la referida Sentencia, agudamente analizada por un ilustre jurista, pocas dudas quedan sobre la ruta trazada, que prácticamente es seguida por todos los tratadistas; que el hecho de que la Ley y la jurisprudencia acentúen su actuación en los casos de Sociedades con Consejo de Administración es sumamente natural, dado que constituyen no sólo el prototipo, sino también las más nume-

rosas y las de mayor importancia, más detalladamente reguladas y con más complejos problemas; que la "ratio legis" o argumentos utilizados en el Considerando cuarto de la Sentencia de 1956 respecto a la conveniencia de evitar violencia en el relevo, no sólo son perfectamente aplicables, sino también de mucho mayor valor en las Sociedades con Administrador único; que tanto la Ley como la jurisprudencia y la doctrina distinguen con perfecta nitidez el término genérico de Administrador y el específico de miembro del Consejo o Administrador mancomunado, requiriéndose el plazo determinado por el Administrador en general; que el hecho de que se puedan obtener resultados análogos a los de un nombramiento indefinido mediante otros procedimientos no dejan de ser impugnables, pues los Tribunales de Justicia, a su libre discreción, pueden apreciar la infracción producida; y que es función de la jurisprudencia aclarar con la luz de la "ratio legis" las normas incompletas o dudosas, como ocurre en el presente caso.

Doctrina.—"Considerando que la cuestión planteada se reduce a resolver si es inscribible el nombramiento de Administrador único sin plazo de actuación hecho por la Junta de una Sociedad Anónima cuyos Estatutos modificados admiten aquella forma unipersonal de gestión activa de la Sociedad, o, por el contrario, el carácter indefinido de tal nombramiento contradice el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas."

"Considerando que, cualquiera que sean las razones que, en efecto, existan para dar facilidades a la posible sustitución del cargo de Administrador de las Sociedades, protegiendo los derechos de los socios y especialmente de las minorías, lo cierto es que de una manera que hace violenta toda interpretación, la Ley de Sociedades Anónimas sólo ha querido limitar y ha limitado—al tiempo que asegurado—la vigencia del nombramiento de administradores hecho en el acto constitutivo, señalando al efecto un plazo de ejercicio no superior a los cinco años, aunque puedan ser indefinidamente reelegidos, saliendo al paso de un posible enquistamiento y vinculación a esa gestión que, por su carácter estatutario, resulta más rígida, pues exige para su modificación unos "quorum" especiales."

"Considerando que, por lo demás, el carácter de Administrador único o formando parte de un Consejo, siempre es temporal y revocable "ad nutum" por la Junta, y más todavía cuando no se señala plazo para su ejercicio, el cual, por otra parte, podía ser extremadamente largo y hacer inoperante los fundamentales principios de temporalidad y revocabilidad del cargo."

"Considerando que ni el derecho de las minorías regulado en el artículo 71 juega en este supuesto de Administrador único ni tampoco las prudentes motivaciones aludidas por nuestro más alto Tribunal en singular Sentencia de 3 de mayo de 1956—como son la mayor libertad de movimientos de la Junta y una mayor sinceridad de la misma ante una revocación parcial de carácter estatutario—, parece que puedan, como dice el recurrente, "pretender la exigibilidad de un requisito, que no entraña tutela o reconocimiento de derechos u obligaciones" y que la expresiva redacción del artículo 72 denuncia haber sido deliberadamente silenciado por la Ley."

"Esta Dirección General ha dispuesto revocar el acuerdo y la Nota del Registrador."

Consideraciones críticas.

Para intentar un comentario crítico de la resolución anterior se hace preciso la distinción entre lo que podríamos llamar nombramientos de administradores "estatutarios" y los que realiza posteriormente la Junta General. Este, es verdad, es el punto neurálgico sobre el que gira la problemática planteada: si a los nombrados posteriormente les afecta la limitación quinquenal que establece el artículo 72 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas.

Lo dice con otras palabras el primer considerando de la Resolución: la cuestión planteada se reduce a resolver si es inscribible el nombramiento de Administrador único sin plazo de actuación hecho por la Junta de una Sociedad Anónima, cuyos Estatutos modificados admiten aquella forma unipersonal de gestión activa de la Sociedad, o, por el contrario, el carácter indefinido de tal nombramiento contradice el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Es tan clara la doctrina que comenta el artículo 72 y esa Sentencia que la parte promotora del recurso alega, que se hace difícil encontrar razones de peso jurídico para haber podido sostener un recurso que, a todas luces, estaba sentenciado favorablemente para el promotor. La defensa de una legalidad subjetivamente apreciada es el único justificativo que da margen para sostener la discusión planteada. Procediendo, como dijimos al comienzo, podríamos distinguir:

A) *Nombramiento de administrador en el acto constitutivo.*—GARRIGUES y URÍA ("Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", pág. 45, Tom II) parten de la distinción que hemos apuntado, y al referirse a los antecedentes del actual artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, perfilan la distinción clara que existía en el anteproyecto, en el cual se distinguía la figura del Administrador estatutario, con limitación temporal en su cargo, y la del que nombra posteriormente la Junta General, con otra limitación, cosa que no parece subsistir en la actual legislación, aunque no se diga claramente.

Realmente, la Ley, como dicen esos autores citados, omite toda alusión al caso de nombramiento por la Junta General, lo cual es índice de que la Ley ha querido conceder amplia libertad a la Junta General en cuanto a la determinación del plazo de duración del cargo de administrador. La Junta puede, por tanto, nombrar Administrador por un plazo mayor o menor del de cinco años.

La legalidad vigente para los administradores nombrados en el acto constitutivo es que, conforme al artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, no puede exceder su cargo del plazo de cinco años. Es un caso de caducidad. Así, pues, los administradores nombrados en el acto constitutivo, aunque la fundación sea simultánea o sucesiva, sólo pueden ser nombrados por el plazo dicho de los cinco años.

GARRIGUES y URÍA, matizan más esta limitación diciendo que como estos Administradores han de someter su nombramiento a la aprobación de la primera Junta General que se celebre (artículo 15), en definitiva, la duración del cargo depende de la Junta General, primero porque puede reducir o ampliar el plazo establecido en el acto constitutivo y, segundo, porque sea cual fuere ese plazo y tanto si fue establecido en el acto constitutivo como en

Otra Junta General, siempre se reserva la Junta la facultad de separar a los Administradores (artículo 75).

Igual opinión parece sustentar RUBIO Y GARCÍA MINA ("Curso de Derecho de Sociedades Anónimas", Madrid, 1964, página 238), quien dice que sin perjuicio de la limitación de cinco años para los administradores designados en el acto constitutivo que, sin embargo, pueden ser indefinidamente reelegidos, el artículo 71 abandona a los Estatutos la fijación del número de administradores y el plazo de su designación, disponiendo en el párrafo segundo un sistema de rigurosa representación proporcional.

No acabo de ver muy claro el razonamiento de uno y otro autor, pues el artículo 15 no habla más que de "aprobación" confirmatoria de un cargo estatutario y el 75 permite que, llegado el plazo de caducidad legal, puedan ser reelegidos por la Junta General, lo cual no quiere decir que esta Junta General tenga facultad para prorrogar un plazo que aún está pendiente de cumplir. Podrá reducirlo, pero no creo que sea posible ampliarlo hasta que el mismo se cumpla.

Creo que ese es el espíritu de la Resolución comentada y que literalmente en su segundo considerando apunta: "sólo ha querido limitar, y ha limitado, —al tiempo que asegurado— la vigencia del nombramiento de administradores hecho en el acto constitutivo, señalando al efecto un plazo de ejercicio no superior a los cinco años, aunque puedan ser indefinidamente reelegidos, saliendo al paso de un posible enquistamiento y vinculación a esa gestión, que, por su carácter estatutario, resulta más rígida, pues exige para su modificación unos "quorum" especiales".

B) *Nombramiento de Administrador en acto posterior.*—Nombrar no es ratificar, ni aprobar una designación, sino, como su nombre indica, realizar en un acto social un nombramiento a favor de persona o personas determinadas. En este punto la Ley no contiene ningún precepto que sujete el poder de la Junta General en orden al nombramiento de Administradores y al plazo de su duración. Vaya el criterio mantenido en el "anteproyecto" legislativo.

La doctrina antes apuntada mantiene este criterio que refuerza en la actualidad la Resolución que comentamos, ya que, atendiendo a los argumentos del recurrente, acepta que el precepto del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas sólo se refiere a los Administradores designados en el acto constitutivo, mas sin hacer mención para nada del plazo de duración de los designados posteriormente.

Otro argumento de sutil apreciación era el de que la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1956 se había pronunciado negativamente en orden al nombramiento de administradores con carácter indefinido, fundándose en el respeto de los derechos de las minorías, en el supuesto de existir órgano colegiado de administración, mientras que en el presente caso se trata de nombramiento "indefinido" de un Administrador único. Por ello, dice la Dirección General que "ni el derecho de las minorías regulado en el artículo 71 juega en el supuesto de Administrador único ni tampoco las prudentes motivaciones aludidas por nuestro más alto Tribunal en singular Sentencia de 3 de mayo de 1956—como son la libertad de movimientos de la Junta y una mayor sinceridad de la misma ante una renovación parcial de carácter estatutario—,

párece que puedan, como dice el recurrente, pretender la exigibilidad de un requisito que no entraña tutela o reconocimiento de derechos u obligaciones. y que la expresiva redacción del artículo 72 denuncia haber sido deliberadamente silenciado por la Ley”.

SOCIEDAD ANÓNIMA: CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL.—NO PUEDE SER CONVOCADA POR UNO SOLO DE LOS ADMINISTRADORES, SINO QUE REQUIERE PREVIO ACUERDO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. (Resolución de 3 de octubre de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 18 de octubre de 1972)..

Hechos.—Resultando que, según anuncio publicado en el “Boletín Oficial del Estado” de 22 de agosto de 1970 y reproducido en el “Correo Catalán”, de Barcelona, de 6 de septiembre del mismo año, “de conformidad con lo previsto en el artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas y los artículos 11 y siguientes de los Estatutos de esta Sociedad, se convoca Junta General Ordinaria y Junta General Extraordinaria de accionistas de “Fortuny, S. A.”, que se celebrará el 29 de septiembre próximo a las dieciocho horas en primera convocatoria, y si procediera en segunda, al siguiente día a la misma hora, en su domicilio social, calle Hospitalet, 32, con los siguientes asuntos a tratar: ... 6. Revocación del Consejo de Administración y nombramiento de administradores si procediere... Barcelona, 30 de junio de 1970.—El Administrador, José Fortuny”; que el señalado día 29 de septiembre, el señor Fortuny requirió al Notario de Barcelona, don Carlos Valcárcel Tribaldos, para que acudiese a la Junta convocada y levantase Acta de la misma; que no concurrió ningún otro socio además del requirente, por lo que el Notario fue de nuevo requerido para que compareciese en la segunda convocatoria, fijada para el día siguiente; que a esta segunda convocatoria acudieron el requirente, señor Fortuny, y don Martín Gelaberto Planas, quien manifestó no ser socio sino sólo Secretario de la Sociedad y asegurando que únicamente son socios don José Fortuny Tarrés y su hermano, don Ignacio Fortuny Tarrés, que no acudió a la reunión; que constituida la Junta General Ordinaria y Extraordinaria se levantó acta incorporándose a la notarial certificación de la reunión, librada por don Martín Gelaberto Planas y firmada también por J. Fortuny como presidente; que en dicha certificación consta lo siguiente: “Ocupa la Presidencia don José Fortuny Tarrés, Vicepresidente del Consejo de Administración de “Fortuny, S. A.”, nombrado en Junta General de 26 de noviembre de 1955; se halla presente don Martín Gelaberto Planas, a quien en este acto, y de conformidad con el último párrafo del artículo 61 de la Ley de Sociedades Anónimas, se le designa Secretario de esta Junta...—Concorre sólo un accionista, con un total de 1.861 acciones de 500 pesetas de valor nominal (930.500), lo que equivale a la mitad del capital desembolsado, teniendo en cuenta las 278 acciones de la Sociedad que fueron adquiridas en 3 de abril de 1967 por “Fortuny, S. A.”, a cargo de reservas para amortizar.—... En cuanto al número 6.º de los asuntos a tratar, no asistiendo ningún otro socio de los que tienen derecho a concurrir, no se procede a renovar el Consejo de Administración, ya que hasta el mo-

mento presente no se ha notificado ni alegado causa alguna que les imposibilite para asistir a esta Junta, para poder deliberar y acordar al respecto. No obstante, dadas las graves circunstancias que está atravesando la Sociedad y por las razones expuestas anteriormente y considerando lo dispuesto en el número 4.º del Acta de la Junta General Ordinaria de 26 de noviembre de 1955, se dispone inscribir en el Registro Mercantil de esta provincia y a todos los efectos que en Derecho sean procedentes, el siguiente Acuerdo: Don José Fortuny y Tarrés seguirá siendo Administrador de "Fortuny, S. A., por un período de cinco años"; y que, en escritura autorizada en Barcelona ante el Notario señor Valcárcel, el 23 de octubre de 1970, don José Fortuny Tarrés aceptó el cargo de Administrador de "Fortuny, S. A."

Resultando que, presentado en el Registro Mercantil de Barcelona el anterior documento, junto con otros complementarios, fueron calificados con la siguiente nota: "Denegada la inscripción del precedente documento por los siguientes defectos: 1.º Por no estar efectuada la convocatoria de la Junta General por persona legitimada para ello, ya que no existe previo acuerdo del Consejo de Administración, tal como dispone el artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas. 2.º Falta de formación de voluntad social o acuerdo de Junta, requisito que indica expresamente como necesario la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960. Los citados defectos se califican de insubsanables, por lo que no procede tomar anotación preventiva".

Resultando que don José Fortuny Tarrés interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó; Que únicamente él es el legítimo Gerente y legal representante de "Fortuny, Sociedad Anónima", como demuestra el hecho de haberse revocado a su instancia los poderes otorgados en su día a don Santiago Fernández Núñez, revocación que ha sido inscrita el 7 de julio de 1970 por el propio Registrador, y hallarse en trámite de inscribir la revocación de poderes al otro socio, don Ignacio Fortuny Tarrés; que si el Gerente de la Sociedad puede revocar un poder en nombre de la misma y conseguir su inscripción en el Registro Mercantil, con más razón podrá convocar Junta de accionistas que no es más que un trámite puramente formal, previsto en los Estatutos, al que viene obligado para que no quede paralizada la vida de la Compañía; que para que la convocatoria de Junta se haga judicialmente la Ley exige que con anterioridad se requiera notarialmente al órgano que lleve la administración de la Sociedad (artículos 56 y 57 de la Ley de Sociedades Anónimas); que no tendría sentido en el presente caso que el recurrente requiriese al otro socio que no ostenta cargo alguno en la Empresa para que convocase la Junta de la Sociedad; que, además, la celebración de la Junta fue interesada por el socio don Ignacio Fortuny en carta de 8 de julio de 1970 dirigida al recurrente por conducto del Notario don Trinidad Ortega Costa, en cuyo último párrafo le "requiere para que le rinda cuentas"; que la Resolución de 24 de junio de 1968 admite como válida la convocatoria efectuada por un Administrador con mandato caducado; que la Sentencia que invoca el funcionario calificador no es aplicable al presente caso, pues se refiere a un supuesto completamente distinto al ahora planteado; que en la Junta de "Fortuny, S. A.", no se negó al otro accionista su asistencia a la misma, sino que, por el contrario se le notificó su celebración por carta certificada y se

anunció además en la Prensa y "Boletín Oficial del Estado"; que, en todo caso, el socio disidente, de conformidad con lo previsto en los artículos 66 y 68 de la Ley de Sociedades Anónimas, pudo impugnar los acuerdos tomados y no lo hizo; que la denegación de inscripción favorece la conducta dolosa de un socio disidente y perjudica al que procede de buena fe y es legal representante de la Sociedad; que el socio disidente está en la actualidad procesado por los Juzgados de Instrucción número 12 de Barcelona y número 1 de Reus, por los delitos de apropiación indebida, falsedad y estafa, cometidos en la época en que fue Gerente de "Fortuny, S. A."; y que la documentación que prueba estos hechos ya fue acompañada al solicitarse la inscripción y a estos efectos se remite además a las actuaciones sumariales y al protocolo del Notario, señor Davi.

Resultando que el Registrador Mercantil dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que las Juntas Generales, tanto Ordinarias como Extraordinarias, deben ser convocadas por los Administradores de la Sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas, precepto infringido en la convocatoria cuestionada como lo demuestra el hecho de que, a pesar de estar regida "Fortuny, S. A.", por un órgano colegial, cual en su Consejo de Administración, fue hecha por uno de los componentes de dicho Consejo sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 79 de la propia Ley; que del hecho de que don José Fortuny Tarrés, en su calidad de Gerente de "Fortuny, S. A.", resulte legitimado para revocar poderes, no debe deducirse que pueda, con tal carácter, convocar Juntas Generales, ya que tal facultad está reservada a los Administradores por el citado artículo 49, Administradores representados en el presente caso por las decisiones de su Consejo de Administración; que así lo entiende la generalidad de los autores representantes de la doctrina más solvente; que de los artículos 56 y 57 de la Ley de Sociedades Anónimas, invocados por el recurrente, resulta que en los casos de manifiesta contradicción e intereses y falta de colaboración entre los accionistas, como ocurre en el presente caso, puede cualquiera de ellos acudir al Juez para que convoque la Junta designando la persona que deba presidirla; que la doctrina sentada por la Resolución de 24 de junio de 1968, que admite la convocatoria hecha por Administradores con mandato caducado, para evitar la paralización de la vida social, no autoriza a deducir la legalidad de la convocatoria realizada por persona que no siendo Administrador se atribuye facultades decisorias propias del Consejo de Administración; que en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960 se declara sin distingos que sin la asistencia de un número plural de socios no es admisible que uno sólo, aunque sea mayoritario, se erija en definidor de una declaración vinculante, lo que, además, pugna abiertamente no sólo con el sentido gramatical de la palabra junta, sino con lo que es esencial en un órgano deliberante; que los artículos 66 y 68 de la Ley de Sociedades Anónimas se refieren a derechos que la Ley concede al accionista respecto a los acuerdos tomados en Juntas convocadas con los requisitos legales y en las que hayan intervenido pluralidad de socios, elemento indispensable para deliberar, supuestos ambos que no se dan en el caso contemplado; que el funcionario calificador no puede pronunciarse sobre la situación procesal de uno de los socios, por ser

esta circunstancia elemento extraño a la calificación; y que el artículo 5.º del Reglamento del Registro Mercantil obliga al Registrador a examinar si han sido cumplidos los preceptos legales de carácter imperativo en relación con los títulos presentados, añadiendo el 44 que en caso de contener el título alguna falta insubsanable, se denegará la inscripción sin que pueda tomarse anotación preventiva.

Resultando que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento del Registro Mercantil, se solicitó por este Centro Directivo, en diligencia para mejor proveer, del Registro Mercantil de Barcelona certificación acreditativa del último Consejo de Administración de la Sociedad "Fortuny, S. A.", que fue remitida a esta Dirección, y de la que resulta que según la última inscripción estaba formado: Presidente, don Pedro Fortuny Gasetta; Vicepresidente, don José Fortuny Tarrés; Vocal, don Oscar Fortuny Cosp; que este nombramiento tuvo lugar en Sesión de 13 de junio de 1953; según escritura de 7 de diciembre del mismo año; y que el artículo 21 de los Estatutos por los que se regía la Sociedad establecía un plazo de cinco años para la duración del cargo.

Doctrina.—"Considerando que el recurso que se va a examinar plantea en primer lugar la cuestión de si ha sido ajustada a Derecho la convocatoria de Junta General realizada solamente por uno de los Administradores de la Sociedad o si requiere previo acuerdo del Consejo de Administración, conforme al artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas, según expone el funcionario calificador."

"Considerando que, salvo en el caso de Junta General Universal a que se refiere el artículo 55 de la Ley, y en la que por estar presente todo el capital social no es necesario ninguna formalidad de convocatoria, los preceptos legales exigen que para que pueda celebrarse tanto la Junta ordinaria como la extraordinaria se requiere que sea convocada por los Administradores de la Sociedad—artículo 49—, es decir, por el Administrador único en el caso de que sólo uno se hubiese designado, o por el Consejo de Administración si los nombrados fuesen varios."

"Considerando que, si bien normalmente la convocatoria de la Junta de accionistas debe ser acordada por el Consejo de Administración cuando éste exista, no por ello hay que considerar nula y que carezca de efectos legales toda convocatoria en que esto no haya ocurrido, pues, por el contrario, hay casos en que en la misma Ley se preocupa de que tenga lugar a toda costa, como sucede en el supuesto previsto en el artículo 56 y párrafo 2.º del artículo 57, en donde se admite la convocatoria de la Junta General Extraordinaria realizada por el Juez de Primera Instancia del domicilio social cuando lo solicitare el número de socios a que se refiere el primero de dichos preceptos y los Administradores requeridos notarialmente para convocarla no lo hubiesen hecho, o también en el supuesto del artículo 57, párrafo 1.º, respecto de la Junta General Ordinaria, en donde la convocatoria corresponde igualmente al Juez de Primera Instancia del domicilio social."

"Considerando que, sin entrar en el examen de una serie de hechos que son extraños al recurso gubernativo y que han de tener su resolución en la vía adecuada, son circunstancias a tener en cuenta: a) que el artículo 21 de

los Estatutos de la Sociedad establece un plazo de duración de las funciones de Administrador de cinco años; b) que según los libros del Registro Mercantil aparecen inscritos los nombramientos de los miembros del Consejo de Administración de la Sociedad "Fortuny, S. A.", en escritura de 7 de diciembre de 1953, sin que después se haya practicado inscripción alguna de su renovación o de la designación de nuevo Administrador; c) que el que aparece como Vicepresidente, con cargo caducado, ha convocado unilateralmente las Juntas Generales Ordinaria y Extraordinaria en donde se han adoptado los acuerdos discutidos con la sola presencia del convocante, que es a la vez accionista."

"Considerando que ciertamente este Centro Directivo, en Resolución de 24 de junio de 1968, declaró ser válida la convocatoria de Junta General hecha por los Administradores tácitamente reelegidos y que venían actuando como tales, aunque su mandato resultase caducado según el Registro por haber transcurrido el plazo para el que fueron elegidos, fundándose entre otras razones, que la mencionada Resolución indica, en la paralización que se produciría de la vida social, sin solución posible y que constituiría un resultado contrario a los principios que inspiran la Ley de 17 de julio de 1951, pero en el caso concreto de este expediente, como ya se ha expuesto, no concurren las mismas circunstancias, pues no es el propio Consejo quien ha convocado la Junta, sino uno sólo de sus miembros sin encontrarse legitimado para ello, ya que no se han seguido, respecto de la Junta Extraordinaria, los trámites prevenidos en los artículos 56 y 57, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, ni en cuanto a la ordinaria lo dispuesto en el artículo 57, párrafo 1.º."

"Considerando que el segundo de los defectos señalados en la Nota plantea la cuestión de si puede estimarse que hay voluntad social o acuerdo de la Junta cuando a la misma concurre solamente un socio, titular de acciones que representan la mitad del capital desembolsado."

"Considerando que, conforme a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960, citada en la Nota por el funcionario calificador, aunque el artículo 51 de la Ley de Sociedades Anónimas declara que la Junta General queda válidamente constituida en primera convocatoria cuando concurren a ella la mayoría de los socios, o cualquiera que sea el número de éstos, si los concurrentes representan, por lo menos, la mitad del capital desembolsado, de ello no debe deducirse que pueda celebrarse la Junta con la concurrencia de un solo accionista cuyas acciones representan dicha mitad, ya que ello "pugna abiertamente no sólo con el sentido gramatical de la palabra Junta, sino con lo que es esencial en un órgano deliberante... porque sin la asistencia de un número plural de socios, aunque sólo sean los dos a que se refiere el artículo 51, no es admisible que un socio mayoritario se erija en definidor de una declaración vinculante, que no es precisamente un acuerdo por una interpretación que pugna con las palabras de la misma y sobre todo con un recto sentido."

"Considerando que la anterior interpretación del artículo 51 de la Ley de Sociedades Anónimas es indudablemente la que más se ajusta al espíritu y a la letra de la Ley, como lo demuestra el que incluso cuando se admite alternativamente para el cómputo del "quorum" de presencia en primera

convocatoria la concurrencia de la mayoría de los socios o de la mitad del capital desembolsado, se habla en este segundo caso también en plural utilizando la expresión "concurrente", siendo ésta asimismo la interpretación que en un supuesto análogo, aunque se tratara de una sociedad de responsabilidad limitada, mantuvo este Centro Directivo en Resolución de 20 de julio de 1957, al negar que por el juego del principio mayoritario se pudiera llegar al establecimiento del Gobierno de la sociedad ejercido exclusivamente por un socio, doctrina reiterada en Resolución de 20 de junio de 1963."

"Esta Dirección General ha acordado confirmar la Nota del Registrador."

Consideraciones críticas

Son dos los defectos que el Registrador opone para que sea inscrito el acto que se pretende y dos son los pronunciamientos de la Dirección General. Dos deberán ser, por tanto, nuestros comentarios:

A) *Requisito de convocatoria de la Junta de accionistas.*—Conforme a la normativa vigente para que la Junta General de accionistas, tanto ordinaria como extraordinaria, pueda celebrarse, es preciso, entre otros requisitos, que sea convocada por los Administradores de la Sociedad, conforme al artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas vigente. La palabra Administradores lleva consigo la doble proyección que la Ley da a la misma; es decir, cabe que siendo único el Administrador sea éste el que la convoque, o que siendo varios y formando Consejo de Administración, sea éste el que tome la iniciativa. Es decir, el artículo 49 precisa la persona que está legitimada para realizar esta convocatoria.

Este es el primer defecto que el Registrador apunta en su nota, en la cual añade, sin embargo, el que aparte de falta de legitimación "no existe acuerdo del Consejo de Administración", lo cual —como se desprende de lo dicho— no es preciso, pues sólo cuando el mismo exista podría hablarse de tal acuerdo. La Dirección General sigue en este punto la línea expuesta, pues si bien acepta el argumento de la falta de legitimación, niega la necesidad de ese acuerdo, que puede no existir en el caso del Administrador único o en los casos que con indudable acierto pone de relieve, esto es: convocatoria de Junta General Extraordinaria hecha por el Juez de Primera Instancia (artículo 56 y 57, 2.º, de la Ley) y convocatoria de Junta General Ordinaria hecha por el Juez de Primera Instancia en el caso que contempla el artículo 57, 1.º, de la misma Ley.

En el caso contemplado existía un órgano colegial que formaba el Consejo de Administración, aunque todos sus miembros tenían el nombramiento caducado por haber transcurrido el plazo de los cinco años del artículo 72 de la Ley. A pesar de la existencia de ese Consejo de Administración, con Administradores cuyo nombramiento había caducado, el Vicepresidente, con cargo también caducado, convoca las Juntas Generales Ordinaria y Extraordinaria en las que se adoptan los acuerdos con la sola presencia del convocante, que es a la vez accionista.

Este último hecho plantea el problema de, si en vez de haberse procedido así por uno de los Administradores, con cargo caducado, se hubiesen reunido todos los componentes del Consejo, a pesar de tener caducado su mandato, y hubiesen acordado la convocatoria, si sería válida o no la misma. Cuestión incidental que la Dirección ya tiene solucionada en virtud de la Resolución de 24 de junio de 1968 y en la cual se declaró válida la convocatoria de la Junta General fundándose, entre otras razones, en la "paralización que se produciría de la vida social, sin solución posible y que constituiría un resultado contrario a los principios que inspiran la Ley de 17 de julio de 1951".

A este sencillo argumento se reduce el apoyo de la Dirección General que desmonta la alegación del recurrente de que si el Gerente y legal representante de la sociedad puede revocar un poder a otro socio en nombre de la sociedad, con más razón (?) podrá convocar Junta de accionistas que no es más que un trámite formal, previsto en los Estatutos, al que viene obligado para que no quede paralizada la vida de la sociedad.

Claro que es fácil decir que conforme a la legalidad vigente si existe Consejo de Administración es éste y su acuerdo el que tiene la fuerza necesaria para convocar la Junta, aunque los miembros del mismo, por razones de caducidad de su cargo, estén desvinculados del mismo. Es decir, la posible buena voluntad de los consejeros con cargo caducado puede prestarse a una reunión y a un acuerdo de convocatoria, pero en otro caso sólo queda la vía judicial del artículo 56 ó 57 de la Ley, cuando pudieron arbitrarse facultades en el Presidente, por ejemplo, del Consejo para evitar esa posible paralización del ente social. Es un caso límite a tener en cuenta en una posible reforma legislativa.

B) *Formación de la voluntad social.*—Voluntad social parece indicar la unificación de un acuerdo de un conjunto de voluntades. Frente a la voluntad individual surge así la social o de varios unificada a través de un acuerdo. La aristocracia, por así decirlo, frente a la democracia. El problema del caso presente es que se pretende dar por válida, como voluntad social, el de un acuerdo de Junta en la que el único concurrente es un socio, titular de acciones que representan la mitad del capital desembolsado.

La Dirección General opina que lo sucedido no es válido y en su apoyo utiliza unos argumentos que se me antojan endebles. Hubiese sido más bonito confirmar el primer defecto para que de rechazo no pudiese inscribirse el segundo, pero no lo hizo así y dice que de lo dispuesto en el artículo 51 no puede entenderse que pueda celebrarse la Junta con la concurrencia de un solo accionista, ya que ello pugna con el sentido gramatical de la palabra, con lo que es esencial en un órgano deliberante y con el hecho de que un socio mayoritario se erija en definidor de una declaración vinculante.

La verdad es que los argumentos están sacados de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960, citada y alegada por el funcionario calificador, y en el fondo responden a la doctrina que sostienen GARRIGUES y URÍA en sus conocidos comentarios, quienes dicen que: "el puro criterio capitalista para el cómputo del *quorum* de presencia llevado a sus últimas consecuencias conduciría a admitir la celebración de Juntas con la concu-

rrencia de un solo accionista titular de la mayoría o de la mitad del capital. Pero esa consecuencia sería inadmisibile, no sólo por ser conceptualmente incompatible con la idea de Junta o asamblea, que es por definición reunión de varias personas, sino porque la ley habla en plural de concurrentes que representen la mitad del capital desembolsado y además exige que la Junta tenga cuando menos un Presidente y un secretario (art. 71).

Leído sin apasionamiento, este artículo es preciso opinar lo contrario. El dilema es claro: la Junta General queda válidamente constituida cuando concurren o "la mayoría de socios" o "cualquiera que sea el número de éstos" (uno, dos, tres, cuatro, cinco...), si los concurrentes (uno, dos, tres, cuatro, cinco...) representan la mitad del capital social. Que se quiso decir otra cosa y no se dijo, es distinto, pero que esa interpretación gramatical que pretende darse a la disposición es errónea, es tan claro como que el artículo nunca pudo decir "concurrente" en vez de *concurrentes*, pues en esta última palabra se comprendía el supuesto anterior de la oración que mediatiza la misma: "cualquiera que sea su número".

El que el artículo 71 exija un Presidente y un Secretario y se haya o no cumplido en el presente caso es una cuestión, pero no es argumento convincente para destruir lo anteriormente dicho, pues no debemos olvidar que el Presidente estará asistido por un Secretario, designado por los estatutos o por los accionistas asistentes a la Junta y como en este caso sólo es uno, pudo muy bien designar Secretario. No debe olvidarse que la palabra *asistentes* siempre debe estar relacionada con esa frase del artículo 51 antes dicha "o cualquiera que sea su número".

A los apoyos gramaticales utilizados por la Dirección se unen, por supuesto, los del "espíritu" de la Ley y la cita de dos Resoluciones de 20 de julio de 1957 y 20 de junio de 1963, que tratan de evitar a toda costa que por el juego mayoritario se pueda llegar al establecimiento del gobierno de la sociedad ejercido exclusivamente por un socio.

Si las razones gramaticales y jurídicas no me convencen, pudiera ser que la situación de hecho aconsejase tomar esta decisión pensando no sólo en este posible caso, sino en otros sucesivos que complicasen más la situación legislativa. No obstante, creo que el camino, si quiere evitarse situaciones de este tipo, es dictar disposiciones que eliminen el supuesto exigiendo requisitos, circunstancias y garantías para estas sociedades de pocos socios, que en el fondo tienen una razón de tipo familiar.

DERECHO HIPOTECARIO MUEBLE

HIPOTECA MOBILIARIA.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE HIPOTECA MOBILIARIA SOBRE MAQUINARIA INDUSTRIAL CON PACTO DE EXTENSIÓN A TODO LO QUE SE LE INCORPORA EN EL FUTURO, CUANDO EL LOCAL EN QUE SE ENCONTRABA INSTALADA HABIA SIDO PREVIAMENTE HIPOTECADO EN LAS CONDICIONES PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 109, 110 Y 111 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 215 DE SU REGLAMENTO. (Resolución de 16 de noviembre de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 29 de noviembre de 1972).

Hechos.—Resultando que por escritura otorgada en Madrid el 22 de noviembre de 1965, ante el Notario don Pedro Taracena Taracena, la Entidad “Grumetal, S. A.”, hipotecó, a favor del Banco de Crédito Industrial, una finca que le pertenecía, sita en Zaragoza, Utebo, carretera de Logroño, kilómetro 11, en garantía de un préstamo de 31.800.000 pesetas, concedido al amparo de lo prevenido en el apartado a) del artículo 2.º del Decreto-Ley de 19 de julio de 1962, artículo 8.º, de la Ley de 28 de diciembre de 1963 y Ordenes de la Presidencia del Gobierno de 1 de febrero de 1964 y 3 de julio del mismo año, teniendo en cuenta un plan de inversiones presentado por la Sociedad hipotecante por un total de 79.550.000 pesetas, distribuido en diversas partidas, entre las cuales figuraba la tercera, referente a maquinaria nacional, por un total de 11.500.000 pesetas, y la sexta, referente a maquinaria extranjera, por valor de 23.000.000 de pesetas, obligándose expresamente “Grumetal, S. A.”, a no utilizar los fondos del préstamo que concertaba para la adquisición de equipo o maquinaria extranjera, de conformidad con lo dispuesto en la Orden de la Presidencia del Gobierno de 15 de enero de 1965; que en la referida escritura de préstamo hipotecario constan las siguientes cláusulas: “Séptima: Aparte de con la responsabilidad ilimitada de todos sus bienes que, como deudor, contrae la Sociedad prestataria, se garantiza especialmente el cumplimiento de las obligaciones dimanadas del presente contrato, en la forma siguiente: A) Con la hipoteca voluntaria que en favor del Banco constituye la Compañía mercantil “Grumetal, S. A.”, sobre la finca de su propiedad relacionada con el apartado A) del antecedente tercero de la parte expositiva, demarcada en el Registro de la Propiedad de Zaragoza, con el número 2.550, cuya descripción del terreno damos por reproducida. La hipoteca así constituida lo es en seguridad de la devolución de 31.800.000 pesetas del capital del préstamo concertado, más sus intereses correspondientes pactados en la cláusula sexta, con la extensión de tres anualidades que autoriza el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, y en solvencia de 3.180.000 pesetas que se fijan para responder de costas y gastos, comprendiendo además de esta finca mencionada cuantos terrenos, edificios, obras y elementos industriales la integran, aparezcan o no inscritos registralmente todas las nuevas obras o mejoras y ampliaciones que se realicen en ella y la maquinaria y utillaje que pueda serle incorporado en el futuro, pues por pacto expreso dicha carga real se extiende a todo cuanto mencionan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y 215 de su Reglamento.—Octava: Pese al expreso pacto de extensión de hipoteca establecido en la cláusula anterior, con la amplitud en la misma prevenida, a fin de que los libros del

Registro de la Propiedad reflejen fielmente el estado físico y situación real de la finca sobre la que tal gravamen se ha constituido, la Sociedad prestataria se obliga, caso de que al Banco así le interese, a inscribir, describiéndola con todo detalle, cualquier obra e instalación realizada o que se realice en la finca hipotecada y que no aparezca en la descripción que de la misma se ha transcrito, especialmente en cuanto construya, adquiera e instale a virtud del cumplimiento del plan de inversión detallado en el antecedente segundo, y que se da en este momento por íntegramente reproducido, a fin de que todo ello quede expresamente inscrito como afectado por la hipoteca que se ha constituido. Para el caso de que no se cumpliera por la Sociedad prestataria la obligación establecida en el párrafo anterior, y sin perjuicio de las responsabilidades que puedan dimanar de su incumplimiento en orden a la rescisión de este contrato, podrá el Banco solicitar la inmatriculación en el Registro de la Propiedad de las nuevas obras e instalaciones con los dichos efectos hipotecarios, a cuyo fin la Sociedad prestataria le apodera irrevocablemente para que en nombre suyo pueda otorgar los oportunos actos declarativos; que la hipoteca causó la inscripción sexta de la finca número 2.550 del Registro número 3 de Zaragoza; que con posterioridad se inscribió la declaración de una serie de obras nuevas a las que se extendió la hipoteca; que la finca hipotecada, acogida a los beneficios del Polo de Desarrollo Industrial localizado en Zaragoza, fue agrupada con otra—la número 2.988—, construyéndose sobre la nueva formada varias edificaciones para la instalación de la correspondiente factoría, inscribiéndose esta agrupación y la nueva declaración de obra el 20 de febrero de 1970; que por escritura autorizada en Madrid el 15 de diciembre de 1970, ante el Notario don Manuel Ramos Armero, la Entidad “Grumetal, S. A.”, reconoció adeudar, por suministro de mercancías, a la Compañía “Nederlans Verkoopkantoor Voor Walserijproducten (N. V. W.)”, Sociedad Anónima Holandesa, la cantidad de 15.388.327,87 pesetas, en garantía de cuya devolución, intereses de dos años al 4 por 100 y 1.000.000 de pesetas más para costas y gastos, constituyó hipoteca mobiliaria a favor de la Sociedad acreedora, sobre la maquinaria que en dicha entidad deudora, en su factoría de Utebo, Zaragoza, carretera de Logroño, kilómetro 11, destinada a la fabricación de boterío; que en la referida escritura, “Grumetal, S. A.”, estuvo representada por don Juan Villaró Tarragó, como Presidente de su Consejo de Administración y Consejero-delegado, haciendo uso de las facultades conferidas en escritura otorgada en Madrid el 5 de diciembre de 1964, ante el Notario don Alberto Ballarín Marcial, acreditando dicho señor estar en el ejercicio de su cargo, mediante escritura de protocolización de acuerdo otorgada ante el Notario de Zaragoza don Gerardo Molpeceres Rodríguez, el 15 de junio de 1970, en la que consta incorporada certificación expedida por don Joaquín Gimeno Martínez, Vicepresidente y Secretario accidental del Consejo de Administración y Junta General de dicha Sociedad, de fecha 15 de junio citado, en la que se certifica la continuidad del ejercicio del cargo de Presidente por el señor Villaró Tarragó, con las facultades acordadas en la Junta General Extraordinaria de los días 2 y 3 de noviembre de 1964, que fueron objeto de la delegación de facultades que constan en la escritura mencionada; que la Sociedad “Nederlans Verkoopkantoor Voor Walserijproducten (N. V. W.)”, fue representada

por don Enrique Fuentes Cruz, como Director-Gerente de "Proma, S. A.," —quien disponía de las necesarias facultades "para la gestión de la Compañía de acuerdo con las limitaciones señaladas por la Ley"—, Entidad a la que la Compañía holandesa había otorgado el correspondiente poder para actuar en su nombre; que por acuerdo de Junta General Extraordinaria de accionistas de "Grumetal, S. A.," celebrada el 9 de septiembre de 1971, se revocaron los poderes y delegación de facultades que tenía conferidas don Juan Villaró Tarragó, inscribiéndose la correspondiente escritura en el Registro Mercantil; y que en virtud de mandamiento librado el 24 de septiembre de 1971 por el Juez de primera instancia del Juzgado número 2 de Zaragoza, por providencia de la misma fecha, se tuvo por solicitada la declaración de suspensión de pagos de "Grumetal, S. A.," cuyo mandamiento se presentó en el Registro el 27 del citado mes de septiembre.

Resultando que presentada en el Registro de Hipoteca Mobiliaria de Zaragoza primera copia de la escritura de 15 de diciembre de 1970, de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca mobiliaria, antes relacionada, fue calificada con la siguiente nota: "Presentado el precedente documento y complementado posteriormente con un acta autorizada el 18 de octubre de 1969 por el Notario de Madrid don Fernando Fernández Savater, por la que se protocolizan acuerdos de la Sociedad "Comercial Proma, S. A."; con un testimonio liberal de la escritura de constitución de la misma Sociedad, expedido el 21 de febrero de 1964 por el mismo Notario, ambos documentos legalizados con fechas 24 y 25 de septiembre del corriente año; y con otra acta autorizada el 24 del mismo mes de septiembre por el Notario de Madrid, don Manuel Ramos Armero, "de acuerdo con lo que dispone el artículo 2.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, de 16 de diciembre de 1954, se deniega la inscripción de la hipoteca mobiliaria a que el mismo se refiere, por el defecto insubsanable" de que la finca en que está instalada la maquinaria ha sido hipotecada por la Sociedad "Grumetal, S. A.", a favor del "Banco de Crédito Industrial, S. A.", en escritura otorgada el 22 de noviembre de 1956 ante el Notario de Madrid, don Pedro Taracena Taracena, que causó la inscripción 6.ª, de la finca número 2.440, al folio 73 del tomo 196 del archivo, libro 53 de Utebo; y aunque la maquinaria no consta descrita en la inscripción de la hipoteca referida que, por pacto expreso, ésta se extiende "a los elementos industriales que la integran, aparezcan o no inscritos registralmente, a todas las obras nuevas o mejoras y ampliaciones que se realicen en ella y a la maquinaria y utillaje que pueda serle incorporado en el futuro, pues, por pacto expreso, dicha carga real se extiende a todo cuanto mencionan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y 215 de su Reglamento. Se aprecian además los defectos subsanables siguientes: a) Que se halla caducado el poder con que actúa don Juan Villaró Tarragó y que no es suficiente el de don Enrique Fuentes Cruz, por tratarse de un Gerente, que al tener la condición de mero mandatario, sus poderes son limitados a los términos en que están conferidos. Zaragoza, 18 de octubre de 1971".

Resultando que don Manuel Bergareche Piñón, Presidente de "Comercial Proma, S. A.", interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la escritura cuestionada no infringe el artículo 2.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, ya que, dado su

sentido exacto y técnico y la interpretación restrictiva que hay que dar a todo precepto limitativo, lo que prohíbe dicho artículo es únicamente que se pueda constituir hipoteca mobiliaria sobre bienes ya gravados con otra hipoteca de igual clase, que aun no estimándolo así, el pacto de extensión de la hipoteca inmobiliaria a la maquinaria, que no aparece descrita en los libros del Registro de la Propiedad, es absolutamente contrario al principio de esencialidad (e igualmente sería contrario a la posibilidad de gravar con hipoteca bienes futuros), ya que, como derecho real, sujeta y recae directa e inmediatamente sobre bienes y derechos reales existentes y determinados; que en puridad de doctrina, técnicamente no puede confundirse ni identificarse el bien que queda hipotecado por recaer la hipoteca directa e inmediatamente sobre él, con aquellos a que por la Ley o por pacto se extiende la hipoteca, ya que una cosa es el estar un determinado bien mueble gravado directamente con una hipoteca mobiliaria y otra muy distinta el estar el mismo bien afectado por una extensión pactada en una hipoteca inmobiliaria; que si es lógico que doctrinal y prácticamente las partes integrantes, o sea, los elementos a los que materialmente se extiende la hipoteca, se consideren no sólo afectados, sino más bien hipotecados, ya existan en el momento de hipotecar la finca, ya se integren en ella después, no pudiendo, en consecuencia, ser objeto de prenda ni hipoteca mobiliaria, no ocurre lo mismo con las llamadas pertenencias, a cuya especie corresponde la maquinaria objeto de discusión, ya que estos bienes o pertenencias no quedan, en sentido estricto, hipotecados, sino más bien afectados por la extensión objetiva de la hipoteca, pudiendo distinguirse en ésta aquellos bienes que ya estaban destinados a la finca al tiempo de ser hipotecada y aquellos otros que se instalan en la misma después, ya que para los primeros sería necesario el consentimiento del acreedor hipotecario inmobiliario para desafectarlos, mientras que con relación a los segundos, tanto su afección como su desafectación se hace unilateralmente por voluntad del propietario de la finca hipotecada, materializada en el hecho de su incorporación o separación; que, en cuanto al segundo defecto, por escritura de 18 de octubre de 1971, otorgada por el recurrente ante el Notario de Madrid, don Manuel Ramos Armero, el compareciente ratificó lo hecho por don Enrique Fuentes Cruz, vigente aún el asiento de presentación de la escritura de hipoteca mobiliaria discutida, y por lo que se refiere a los poderes y facultades de don Juan Villaró Tarragó, los estima suficientes, por serle aplicable la doctrina de los Administradores, conforme a lo declarado por la Resolución de 24 de junio de 1968; y que como fundamentos de derecho alegaba los artículos 2.º, de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria, 215 de su Reglamento, el principio de especialidad consagrado en nuestro Ordenamiento jurídico positivo inmobiliario, la imposibilidad de constituir hipoteca sobre bienes futuros, indeterminados y contingentes, recogida en forma indirecta en nuestro Ordenamiento jurídico, el artículo 4.º del Código civil, las normas sobre el mandato, la Resolución de 24 de junio de 1968 y el artículo 73 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, en relación con el 44 y demás concordantes—especialmente los 53, 54 y 55— del Reglamento del Registro Mercantil.

Resultando que el Registrador de Hipoteca Mobiliaria de Zaragoza dictó

acuerdo considerando legitimado para interponer el recurso al seño: Bergarache Piñón y manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que el artículo 2.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria claramente dice que no puede constituirse esta clase de garantía "sobre bienes que ya estuviesen hipotecados"... , sin que quepa, por consiguiente, la alegación del recurrente, según la cual la frase transcrita hace referencia sólo a la hipoteca mobiliaria, quedando, por tanto, excluida de su ámbito la hipoteca inmobiliaria, ya que al emplear la Ley esa expresión escueta, sin completo ni calificativo alguno que limite su significado, indica que ha querido usar ese término en toda su amplitud; que de querer limitar la prohibición sólo a la segunda hipoteca mobiliaria en relación con otra de igual clase, tendría que haberlo dicho expresamente; que de no entenderlo así carecía de sentido la justificación que se hace en la exposición de motivos de dicha Ley de la prohibición que establece el artículo comentado; que la colisión y el confusionismo que la Ley trata de aludir con el pragmatismo de esa norma se darían tanto si la primera hipoteca fuese mobiliaria como si lo fuese inmobiliaria, porque al haber pedido la Sociedad deudora la suspensión de pagos, de admitirse el título cuya inscripción se ha denegado, concurrirían sobre la maquinaria los dos créditos hipotecarios; que de no estimarlo así, quedaría además incompleto el artículo 75 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, pues así como contempla en su párrafo tercero el supuesto de una hipoteca inmobiliaria que es segunda en relación con otra mobiliaria, debería haber contemplado el supuesto contrario, y al no hacerlo, es porque esta hipoteca es irrealizable a la vista del artículo 2.º de la Ley; que de igual modo no tendría razón de ser el apartado 4.º del artículo 85 de la misma Ley, cuando impide que se haga efectiva una hipoteca mobiliaria inscrita después de otra inmobiliaria convenida con el pacto del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, y ordena la suspensión del procedimiento incoado y que se pongan los hechos en conocimiento del Juzgado de Instrucción correspondiente para la actuación del artículo 1.862 del Código civil; que tal interpretación es la sostenida por la doctrina jurídica más solvente; que el principio de especialidad, fundamental ciertamente en nuestra Ley Hipotecaria, hace referencia a la finca en sí, pero no a sus partes integrantes ni a sus pertenencias, que podrán no figurar descritos en la inscripción de la finca, como reconoce la jurisprudencia, porque más que dirigirse a la impugnación de la calificación, constituye una crítica del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, que podrá ser tenida en cuenta por el legislador futuro, pero que no afecta al Registrador que tiene que acatar dicha estipulación en cuanto permitida por la Ley, tomando en consideración lo que conste en los asientos del Registrador, sin que pueda prescindir de su contenido, por hallarse bajo la salvaguardia de los Tribunales y producir todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud; que tampoco cabe admitir la alegación de que así como las partes integrantes o inmuebles por incorporación quedan irrevocablemente afectas a la hipoteca por el simple hecho de su unión a la finca, las pertenencias sólo quedan vinculadas si por estar a la sazón en la finca son incluidas en la hipoteca por pacto expreso e individualmente, pudiendo ser, las incorporadas después, desafectadas de la ejecución hipotecaria por actos jurídicos unilaterales del dueño de la finca, porque esta tesis, verdadera en cuanto se refiere a las partes inte-

grantes, se aparta, por lo que se refiere a las pertenencias, de la lógica interna del instituto de la accesión, que es un simple hecho o acto objetivo que podrá o no realizar el dueño, pero que en todo caso trasciende y es independiente de su voluntad, estableciendo, además, una distinción de los efectos de la accesión, respecto a una y otra clase de bienes—partes integrantes y pertenencias—, que no tiene razón de ser dentro de dicha institución; que tampoco puede ser tenido en cuenta el argumento según el cual es distinto que una cosa esté hipotecada o que se extienda a ella la hipoteca, puesto que esta distinción no tiene base alguna en la interpretación gramatical, histórica y sistemática de la legislación aplicable al caso planteado; que la hipoteca inmobiliaria a que la nota de calificación se refiere está constituida a favor del “Banco de Crédito Industrial”, Entidad de derecho público en cuya actividad sólo encaja lo que hace referencia a la promoción de industria, por lo que la maquinaria pasa a primer plano en relación con la finca en que se halla instalada; que en ella la concesión del préstamo y la determinación de su cuantía se hizo teniendo en cuenta, además de la finca, dos partidas referentes a maquinaria que a la sazón ni pertenecía al acreedor ni estaba colocada en la finca, todo lo cual obliga a considerar que al establecer el pacto expresado de extensión de la hipoteca a la maquinaria se quiso sujetar al gravamen la maquinaria futura, por lo que no puede ahora el mismo deudor desvincular esa maquinaria de la hipoteca inmobiliaria a que por pacto la afectó; que no pueda admitirse la alegación del recurrente de que las pertenencias que no estén individualizadas en la escritura de constitución de hipoteca, así como las que se incorporen después a la finca, aunque exista el pacto del artículo 111 no se comprenden en la hipoteca hasta el momento de la ejecución y sólo si entonces están en la finca, pudiendo, por tanto, desafectarlas antes que el dueño unilateralmente, bien mediante el hecho de su separación o bien mediante un acto formal de segregación de lo dispuesto en el apartado 4.º, del artículo 85, de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y porque la desafectación de la maquinaria daría derecho al acreedor para ejercitar la acción de devastación o habría de ser denegada al implicar, en el supuesto de segregación, una cancelación de la hipoteca que requeriría el consentimiento del acreedor; que, aun no prosperando las razones aducidas, siempre resultará que toda la argumentación del recurrente está basada en dar por sentado, sin demostrarlo, que la maquinaria no constituye una parte integrante de la finca, sino una pertenencia de ésta, cuando la realidad es que ni en el Registro ni en la escritura presentada hay base alguna en que apoyar esta suposición; que, en cuanto al segundo de los defectos apreciados, no se hace en el escrito de interposición del recurso alegación alguna en contrario, sino más bien se reconoce en parte su procedencia, puesto que para subsanarlo ha sido otorgada la escritura a que dicho escrito se refiere, razón por la cual no procede ahora entrar a examinar dicho defecto ni calificar de nuevo la escritura en cuanto a este extremo hasta que fuere otra vez presentada y sin que proceda tampoco la anotación preventiva que expresamente se solicita, porque, además de las razones anteriores, lo impide el carácter insubsanable atribuido al primero de los defectos apreciados; que, en cuanto a la vigencia de los poderes y facultades de don Juan Villaró Tarragó, como su nombramiento de Presidente del Consejo de Administración

de "Grumetal, S. A.", tuvo lugar en la primera Junta General celebrada por dicha Sociedad el mismo día de su constitución—30 de enero de 1962—, le es aplicable lo que dispone el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, en razón de lo cual su cese se produjo "ex lege" de 30 de enero de 1967, sin que por lo demás sea apreciable en este caso la doctrina de los Administradores de hecho, admitida por Resolución de 24 de junio de 1968, establecida para supuestos excepcionales; que si bien es cierto que con posterioridad a la fecha de caducidad dicho Administrador otorgó una escritura de ampliación de capital que causó la inscripción tercera, es de tener en cuenta que en ella no actuaba como representante de la Sociedad, sino como mandatario designado expresamente por la Junta, que fue la que acordó la ampliación; y que aunque se pudiera aplicar en este caso la doctrina de los Administradores de hecho, resulta que don Juan Villaró Tarragó, al tiempo en que autorizó la escritura calificada, era efectivamente Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad, pero no Consejero-Delegado, que fue el cargo con que figuraba en dicha escritura, para lo que no tenía facultades, al estar en este aspecto caducados sus poderes.

Doctrina.—"Considerando que la primera de las cuestiones planteadas en este expediente consiste en determinar si es posible constituir hipoteca mobiliaria sobre maquinaria industrial instalada en una finca que estaba ya hipotecada a su vez con el pacto de que la hipoteca se extendería a los elementos industriales que la integran, aparezcan o no inscritos registralmente, a la maquinaria y utillaje que pueda serle incorporada en el futuro, y, en general, a cuanto mencionan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y 215 de su Reglamento."

"Considerando que, conforme al artículo 2.º, de la Ley de 16 de diciembre de 1954, no podrá constituirse hipoteca mobiliaria entre otros que menciona sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, lo que se justifica en la exposición de motivos que precede a la Ley, con el fin de dar a la nueva institución la mayor sencillez y seguridad y evitar situaciones que conducirían a colisiones de derechos y que en el momento de la ejecución crearían un confusiónismo perjudicial para el buen desarrollo de ambas hipotecas, sin que se deseche la posibilidad de que en ulteriores reformas legislativas pueda llegar a ser aconsejable la supresión de estas prohibiciones."

"Considerando que no parece pueda aceptarse la tesis del recurrente, que sostiene que la prohibición del artículo 2.º de la Ley hace referencia sólo a las hipotecas mobiliarias anteriores, y deja excluido de su ámbito el caso de la hipoteca inmobiliaria, dado que en ésta no hay más que una afectación de bienes—pues, aparte de que esto último no es rigurosamente exacto, ya que el artículo 111 de la Ley Hipotecaria extiende mediante pacto la hipoteca a los elementos que enumera, que entran en su consecuencia a formar parte del gravamen—, la distinción establecida no aparece reflejada en el primero de los artículos citados, que se manifiesta en términos generales y amplios, sin hacer excepción alguna en concordancia con lo que el legislador ha indicado en la exposición de motivos."

"Considerando que el artículo 75, 3.º, de la Ley de Hipoteca Mobiliaria confirma lo anteriormente expuesto, al contemplar y resolver la colisión entre

una hipoteca mobiliaria anterior y otra inmobiliaria posterior con pacto de extensión a los elementos señalados en el artículo 111 de la Ley Hipotecaria, mientras que no se contempla en el supuesto contrario, sin duda, porque no puede tener lugar a causa de la prohibición establecida en el artículo 2.º de la Ley.”

“Considerando que la misma orientación aparece reflejada dentro del sistema legal, en el artículo 85, 4.º, al ordenar la suspensión del procedimiento incoado para hacer efectiva una hipoteca mobiliaria cuando se haya acreditado, mediante certificación registral, que los mismos bienes se encuentran ya sujetos a otra hipoteca inmobiliaria inscrita con anterioridad a la que motivó el procedimiento, e incluso establece la obligación de poner en conocimiento del Juzgado de Instrucción esta circunstancia a los efectos de la responsabilidad criminal prevenida en el artículo 1.862 del Código civil, sanción que no tiene otro fundamento que el haber vulnerado la prohibición contenida en el artículo 2.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954.”

“Considerando, en cuanto a los defectos calificados como subsanables en el apartado a) de la nota del Registrador, uno de ellos lo acepta tácitamente el recurrente, mediante la presentación del documento subsanatorio correspondiente, que habrá de ser calificado en su día de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, y en cuanto al otro, el relativo a la falta de poder con que actúa don Juan Villaró, dado que su nombramiento como Administrador, según pone de relieve en su informe el funcionario calificador, no tuvo lugar en el acto constitutivo, sino por acuerdo de la primera Junta General, no está sujeto a la limitación del plazo de cinco años que para el ejercicio de su cargo señala el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, y al menos por esta causa—única alegada—su mandato no estaba caducado.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el defecto insubsanable de la nota del Registrador y revocar el único subsanable que ha sido objeto de apelación.”

Consideraciones críticas

Fundamentalmente son dos las cuestiones que el presente recurso y su solución plantean a través de la Resolución. Una, es la posibilidad o no de la hipoteca mobiliaria sobre bienes que ya están anteriormente hipotecados, y otra es la problemática de los poderes y funciones de los que actúan en nombre de la Sociedad hipotecante. Debemos destacar cómo esta Resolución es una de las primeras que comentamos sobre esta materia de hipoteca mobiliaria en estas páginas. Distinguiendo las dos clases de problemas apuntados, dividimos el comentario en dos partes:

A) *Bienes susceptibles de ser hipotecados mobiliariamente.*—Realmente lo que aquí debemos destacar son los bienes que no pueden ser objeto de hipoteca mobiliaria, entre los cuales figuran los que señala expresamente el artículo 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954: *los bienes que ya estuvieren hipotecados*. La interpretación de la palabra hipotecados es el arma fundamental que utiliza el recurrente para defender su postura, pues según su opinión debe referirse

únicamente a hipotecas de la misma clase que la constituida y no a las de carácter inmobiliario. La Dirección, como veremos, sigue otra postura por una serie de razones que alega.

Doctrinalmente la cosa parece clara, bien se estime que se trata de una prohibición legal o de una falta de legitimación para hipotecar. La primera postura la defiende VALLET DE GOYTISOLO ("Estudios sobre derechos de cosas y garantías reales", Barcelona, 1962, pág. 623) y la segunda GÓMEZ ACEBO (*La hipoteca de establecimiento mercantil*, en "Rev. Derecho Mercantil", número 55, del año 1955). Para VALLET el artículo 2 supone una prohibición que comprende tanto el caso de que la hipoteca anterior sea mobiliaria como el supuesto de afección a hipoteca inmobiliaria, por la extensión prevista en el artículo 111 de la Ley Hipotecaria. La prohibición es objetiva, como resulta del propio texto de la Ley. El Notario debe negarse a su autorización y el Registrador denegar la inscripción en caso de contravenirse el precepto. Pero puede ocurrir que, aun existiendo alguna o algunas de las causas expresadas que motivan la prohibición, éstas no puedan ser apreciadas por el Notario ni por el Registrador y, posiblemente, que incluso sean desconocidas por el acreedor que pretende garantizar su crédito. En estos casos, probablemente se inscribirán dichas hipotecas o prendas irregularmente constituidas. Para tales supuestos, así como en caso de constitución a "non domino", deberá tenerse en cuenta lo que dispone el último párrafo del artículo 3.º de la Ley. "La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes."

GÓMEZ ACEBO estimaba que el supuesto era un caso de falta de legitimación para constituir hipoteca, criticando duramente la disposición. Supone—decía—otra grave desviación del sistema de los derechos de garantía "ad valorem". En ellos, como es sabido, cabe la coexistencia pacífica de varios derechos concurrentes todos ellos sobre el valor de la cosa gravada. Rige el principio del "rango", configúrese éste como parcelas autónomas, incluso topográficamente, de valor, al modo alemán, o como prioridad comprensionada de valor, al modo español y, en general, latino. Ya ve la Exposición de Motivos de la Ley las posibles consecuencias de la prohibición: "Tal vez, y ello se ha tenido muy en cuenta, se limiten las posibilidades del crédito...". El deudor, frente al primer acto de gravamen, tendrá que agotar al máximo la posibilidad de un crecimiento con garantía de la cosa, consciente de que ya no podrá volver a hipotecarla. La limitación nos parece excesivamente rigurosa y no del todo justificada. Por ello, debe interpretarse en forma flexible; debe permitirse la ampliación de hipoteca, o sea, un segundo o ulterior crédito del mismo acreedor, elevando la responsabilidad de la cosa hipotecada. Es muy posible que el acreedor particular se niegue sistemáticamente a toda ampliación, puesto que tiene en su mano todas las cartas al prohibir la Ley al deudor un segundo gravamen; pero esta interpretación flexible puede dar juego cuando el acreedor sea un establecimiento oficial de crédito con sus actividades regladas.

Frente a estas dos opiniones doctrinales cabe ya traer la solución dada al caso por la Dirección General, que, acogiéndose a la legalidad vigente, estima la prohibición del artículo 2, extensible no sólo a la anterior hipoteca mobiliaria, sino a la inmobiliaria, sin perjuicio de reconocer la crítica que al

precepto hiciera GÓMEZ ACEBO, al decir en su segundo considerando "sin que se deseché la posibilidad de que en ulteriores reformas legislativas pueda llegar a ser aconsejable la supresión de estas prohibiciones". Los argumentos dados, son los siguientes:

a) El artículo 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria no hace distinción entre una y otra clase de hipoteca, manifestándose en términos generales y amplios, sin hacer excepción alguna en concordancia con lo que el legislador ha indicado en la exposición de motivos. La hipoteca inmobiliaria no supone solamente una afectación de bienes, ya que el artículo 111 de la Ley Hipotecaria extiende mediante pacto la hipoteca a los elementos que enumera, que entran, en su consecuencia, a formar parte del gravamen.

b) El artículo 75, 3.º, de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, contempla un supuesto para resolver la colisión de una hipoteca mobiliaria y otra inmobiliaria posterior, pero no viceversa, ya que el caso no puede darse por el juego del artículo 2 de la Ley.

c) Otro argumento se apoya, por último, en el artículo 85, 4.º, al ordenar la suspensión del procedimiento incoado para hacer efectiva una hipoteca mobiliaria cuando se haya acreditado, mediante certificación registral, que los mismos bienes se encuentran ya sujetos a otra hipoteca inmobiliaria inscrita con anterioridad.

La argumentación es irreprochable, sobre todo en el presente caso, en donde la cláusula de extensión hipotecaria no permitía ni el posible escape de alegación del *principio de especialidad*, en cuya virtud podría alegarse que los bienes muebles no especificados en la inscripción podrían estar exentos de la extensión hipotecaria. Quizá en una reforma legislativa en este punto fuera esa una posible solución a la coexistencia de ambas hipotecas.

B) *Poderes y limitación temporal de nombramiento.*—El Registrador alegaba la caducidad de un poder, el que actuaba en nombre del acreedor, y la temporalidad del cargo del que representaba a la entidad deudora. Habiéndose subsanado el primero, sólo queda como problema el del segundo.

Se alegaba que el nombramiento como Administrador estaba limitado al plazo de cinco años que señala el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas vigente. En un comentario hecho a la Resolución de 8 de junio de 1972 en este mismo número del ANUARIO DE DERECHO CIVIL, hemos distinguido el nombramiento de administrador hecho estatutariamente y el que se realiza con posterioridad por la Junta General, circunscribiendo el límite de los cinco años solamente a los casos de nombramiento estatutario, cosa que afirmaba la citada resolución y que repite ésta sin una remisión concreta a aquélla.

En mérito de la brevedad y, sobre todo, evitando repeticiones innecesarias remitimos al lector a dicho comentario. El presente caso suponía un nombramiento posterior y una inaplicación, por tanto, de lo que dispone el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas. De ahí que la Dirección revoque la nota del Registrador en este punto.