

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

I. RESOLUCIONES COMENTADAS

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

No hay obstáculo legal que impida el que, a través del correspondiente pacto, los propietarios de diversos inmuebles puedan constituir un condominio romano sobre la totalidad de los mismos y que a la vez se lleve a efecto el indispensable negocio que agrupe estas fincas en una sola e independiente. En la escritura calificada se considera constituido en todos sus elementos el referido negocio de creación de condominio y agrupación y estructurado en su base, tanto física como jurídica, al establecerse la proindivisión, en proporción ideal al valor de las agrupadas. (Resolución de 16 de mayo de 1979; «Boletín Oficial del Estado» de 30 de junio.)

Hechos.

Por escritura otorgada en Benigánim el día 26 de agosto de 1976 ante su Notario don Antonio Yago Ortega, don José Tortosa Cambra y don José Valls Tortosa, con el consentimiento de sus respectivas esposas, agruparon dos fincas colindantes de su respectiva propiedad, como gananciales de su matrimonio, sitas en términos de Bellus, solicitando la inscripción de la finca resultante, que pertenece en pleno dominio, y con carácter ganancial a don José Tortosa Cambas, en dos quintas partes indivisas, y a don José Valls Tortosa, con el mismo carácter, en tres quintas partes indivisas; y acto seguido, en la misma escritura, los dos comparecientes citados, junto con otros, fundan una sociedad limitada a la que aportan la finca resultante.

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad de Játiva —del que se retiró posteriormente para su presentación en el Registro Mercantil de Valencia en el que se inscribió la constitución de la Sociedad— fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento en cuanto a la agrupación de fincas, único acto del que se solicita operación, por los siguientes defectos:

1. Efectuarse la agrupación respecto de fincas de dueños distintos, en contra de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 44 del Reglamento, en relación con el artículo 8 de la Ley Hipotecaria.

2. Establecerse mediante la simple afirmación de actual pertenencia y partiendo de la base de propiedades individuales y diferentes una situación de proindivisión sobre la finca resultante, sin articulación de contrato alguno oneroso o gratuito que sirva de causa y justifique la sustancial modificación de titularidad dominical que se atribuye. Ambos defectos se estiman insubsanables, extendiéndose esta nota a expresa petición del presentante.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la nota de calificación y alegó: que, respecto al primero de los defectos consignados en la nota recurrida, no existe infracción de los artículos 8 de la Ley Hipotecaria y 44 del Reglamento Hipotecario por cuanto la expresión, «siempre que pertenezcan a un solo dueño o a varios proindiviso», que utiliza el último precepto citado, ha de referirse no a las fincas que son objeto de agrupación, sino a la finca resultante; que de los artículos 348 del Código civil, 13 y 38 de la Ley Hipotecaria, se desprende la facultad de cualquier propietario para agrupar su finca a la de otro; que con la interpretación dada al artículo 44 del Reglamento Hipotecario por el funcionario calificador se obliga a las partes a una transmisión de participaciones indivisas sobre sus respectivas fincas mediante permuta, compraventa, donación, etc., lo que no responde ni a la voluntad de aquéllas ni a la realidad de los hechos ni a las exigencias del ordenamiento jurídico; que, respecto al segundo de los defectos alegados en la nota recurrida, la situación de proindivisión sobre la finca resultante no se establece mediante la simple afirmación de actual pertenencia, sino a través de un contrato cuyo objeto fue el establecimiento de una comunidad de bienes; que si bien a este contrato no se le designa específicamente, su existencia y celebración resultan de la escritura calificada; que, con independencia del carácter traslativo o no de las modificaciones de entidades hipotecarias, y en concreto de la agrupación, ésta puede instrumentar y servir de vehículo a un negocio sustantivo de modificación de titularidad de fincas; que, constituyéndose en la misma escritura de agrupación una Sociedad limitada a la que se aporta inmediatamente la finca resultante de la agrupación, el tiempo en que los agrupantes infringen supuestamente el artículo 44 del Reglamento Hipotecario es prácticamente inexistente, por lo que, aun no estando el Registrador obligado a atender a esta consideración, bien podría desde un punto de vista práctico tenerla en cuenta.

El Registrador informó: Que desde un punto de vista legal, el artículo 45 del Reglamento Hipotecario, en relación con el artículo 44, exige que las fincas a agrupar pertenezcan a un dueño o a varios proindiviso; que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de mayo de 1910 y 28 de septiembre de 1927 parecen presuponer tal requisito; que si bien la de 21 de febrero de 1923 permitió agrupar fincas parafenales con una de carácter ganancial, lo hizo por las especiales circunstancias del caso concreto; que desde un ángulo doctrinal impera como criterio más generalizado el de la necesidad de unidad de dominio o de proindivisión; que, por lo que se refiere al segundo punto de la nota, la transmutación de propiedades individuales en un condominio requiere un contrato (art. 609 del Código civil) que debe quedar claro y suficientemente articulado en el documento inscribible (dado el fin de publicidad que persigue la inscripción) teniendo en cuenta que no se trata de demostrar a «posteriori» o por presunciones ante un órgano jurisdiccional los presupuestos de un negocio, sino de reflejar en un Registro Público el contenido de un documento y según precisamente tal documento; que precisamente lo que se echa en falta es el negocio o contrato que produce la comunicación de bienes; que

la afirmación del recurrente de que a efectos prácticos la posible infracción del artículo 44 del Reglamento Hipotecario es de poca trascendencia por su momentánea vigencia, dado que la finca agrupada se aporta a la Sociedad inmediatamente, no constituye un argumento jurídico, pudo tener una mayor vigencia temporal, y desde luego, agrupación y aportación social son actos autónomos y por lo tanto no involucrables.

El Presidente de la Audiencia confirmará en todos sus términos la nota del Registrador, por cuanto en la escritura calificada no se hace referencia alguna al negocio jurídico subyacente que origina la agrupación, con lo que se vulnera el artículo 6 del Código civil, al llegarse a un fin —la agrupación—, soslayando los caminos que el ordenamiento jurídico fija para ello, y los artículos 44 y 45 del Reglamento Hipotecario, además de poderse abrir la puerta a posibles fraudes tributarios.

Apelado el Auto presidencial por el Notario recurrente, la Dirección General acordó revocar el Auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina.

Doctrina.—Este recurso plantea de una parte la cuestión de si es posible agrupar fincas pertenecientes en pleno dominio a diferentes propietarios mediante el correspondiente contrato que crea una comunidad de bienes, y de otra, si admitida esta posibilidad, aparece en la escritura calificada claramente determinado este contrato subyacente que motiva esta situación de comunidad proindivisa.

Como reiteradamente se ha declarado por este Centro directivo, la finca constituye el elemento básico de nuestro sistema hipotecario, y por eso ha merecido una especial atención la regulación legal de su acceso y constancia en el Registro, y de ahí la serie de disposiciones que tratan de esta materia, entre las que nos interesa, a efectos de este recurso, las relativas a la agrupación —art. 44 del Reglamento Hipotecario—, que exige como uno de los requisitos para que la operación registral pueda practicarse el que la finca resultante pertenezca a un solo titular o a varios proindiviso, con objeto de evitar el que registralmente puedan existir situaciones de cotitularidad extrañas, como podría ser el supuesto de dominio solidario o que un solo inmueble figurase en porciones materiales de dominio separadas perteneciente cada una a distintos dueños.

Desde el punto de vista sustantivo y en base al principio de autonomía de la voluntad contenido en el artículo 1.255 del Código civil, no hay obstáculo legal que impida el que, a través del correspondiente pacto, los propietarios de diversos inmuebles puedan constituir un condominio romano sobre la totalidad de los mismos y que a la vez se lleve a efecto el indispensable negocio que agrupe estas fincas en una sola e independiente, con lo que se evita la viciosa práctica —cada vez menos frecuente— de realizar una previa permuta de cuotas entre todos los propietarios, práctica que se pretendía justificar sin aparente fundamento en una mal entendida literalidad de la norma reglamentaria contenida en el artículo 44.

Considerando, en cuanto al segundo defecto, que el referido negocio de creación de condominio y agrupación aparece constituido con todos sus

elementos en la escritura calificada, sin que obte a ello la carencia de un «nomen juris» específico, al estar suficientemente amparado —como ya se indicó anteriormente— por el principio de libertad de contratación —y dada la ausencia de norma prohibitiva que impida tal negocio, que, por otra parte, se encuentra perfectamente estructurado en su base tanto física, máxime dada la colindancia de las dos parcelas, como jurídica—, al haberse establecido la proindivisión en proporción ideal al valor de las fincas agrupadas, por lo que está plenamente justificada la apertura del folio registral autónomo, que exige —según el repetido artículo 44 del Reglamento— que pertenezca a un solo titular o a dos o más proindiviso.

CONSIDERACIONES CRITICAS

La presente resolución aborda un tema que ha sido muy trabajado por la doctrina y que ofrecía pocas interpretaciones amplias en su posible solución. El fenómeno físico —que tan dejado de lado está cuando se proyecta sobre el Registro de la propiedad— de la agrupación no es tan simple como parece y se relaciona íntimamente con el jurídico que lo permite. La normativa exige que se cumpla un requisito de hecho, cual es la colindancia, y otro de derecho, o que las fincas pertenezcan a un solo propietario o a varios proindiviso. El segundo de los requisitos viene impuesto por la fuerza creada por la situación del hecho material de la agrupación, pues de todos es conocido el principio jurídico que rige el sistema posesorio español: la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas fuera de los casos de indivisión. Una finca formada por otras dos no admite ni situaciones de posesión simultánea ni titularidades dominicales a favor de dos personas sin determinación de las partes que a cada uno pueda corresponder. El fenómeno inverso a la agrupación, desde el punto de vista jurídico, es la división de la cosa, adjudicando a cada partícipe una parte de finca que pasa a formar una nueva. Por ello, la agrupación exige el fenómeno contrario: formación de un previo o simultáneo condominio.

La solución que al caso se le da por la Dirección creo que encaja los dos previos requisitos que hemos apuntado mediante una interpretación del negocio subyacente que figura en la escritura presentada a inscripción. Extremas son las dos posturas del Notario y Registrador en sus respectivos informes y poco convincente la postura del Presidente de la Audiencia al alegar la posible existencia de un fraude fiscal, cosa que no influye para nada en el problema hipotecario de calificaciones, pues si bien se exige por el 254 de la L. H. el previo pago o justificación del impuesto, el artículo 414 del Reglamento Hipotecario bien que no se «interfieren» nunca, pues el Registrador a lo más que puede llegar es a poner en conocimiento del Delegado de Hacienda los «errores o deficiencias que advirtieren», si lo estimaren procedente.

Como en la Resolución que comentamos se abordan los dos temas que la nota calificadora ofrece, vamos nosotros a separar los problemas distin-

guiendo los requisitos que la legislación impone para llevar a cabo la agrupación y la forma en que esto debe o puede cumplirse.

A) Requisitos legales de la agrupación.

Como hemos visto anteriormente, los requisitos son dos: colindancia y pertenencia en propiedad a una sola persona o a varias proindiviso de las fincas que se agrupen. A ello hay que añadir, hipotecariamente hablando, que ambas fincas consten inscritas previamente o que se inscriban simultáneamente.

El requisito de la propiedad de las fincas a favor de una persona o a varias proindiviso generó en la doctrina una serie de trabajos a través de los cuales se intentó superar la dificultad que la exigencia ofrece. Hipólito Sánchez Velasco, en su trabajo «Problemas en torno a las agrupaciones de fincas pertenecientes a distintos titulares» (A.A.M.N. VI), ofrecía diversas salidas para dichos casos. En el mismo trabajo destacaba las grandes dificultades que había que salvar en aquellos casos en los que la agrupación se pretendía realizar con fincas del patrimonio conyugal, dado el principio de prohibición de contratación entre cónyuges. Este último punto —en forma un tanto marginal lo destacamos por su actualidad— merece atención en los presentes momentos, ya que la reforma llevada a cabo en el Código civil por la Ley de 13 de mayo de 1981 suprime el principio prohibitivo de la contratación entre cónyuges (art. 1.323 del C. c.), elimina el principio de inalterabilidad del régimen económico matrimonial (art. 1.392 del C. c.) y permite la existencia del proindiviso entre bienes gananciales y privativos (art. 1.354 C. c.). Como legislación pionera en este aspecto puede citarse la de Concentración Parcelaria (sustituida hoy por la de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973) que prevé la posible agrupación de fincas de los cónyuges durante el procedimiento de concentración, concretándose al final en las fincas de reemplazo la cuota correspondiente a cada uno de los cónyuges.

La Rica («Unificación de fincas y sus problemas» R.D.P. 1941) y Martínez Santonja («Algunas consideraciones sobre lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer en la redacción de documentos públicos sujetos a inscripción», Centro de Estudios Hipotecarios, 1950) estudiaban diferentes supuestos de las agrupaciones de fincas, concretamente el del caso de cuotas diferentes en proindiviso y las agrupaciones de fincas hereditarias. Si hemos citado estos trabajos es porque en ellos está el germen de la solución que proporciona la Dirección en el presente caso, pero que ofrece algunas dudas interpretativas.

El requisito de la pertenencia de las fincas colindantes para ser agrupadas de que pertenezcan en propiedad a un solo dueño o a varios proindiviso parece inevitable para ser viable la operación. El Notario, al redactar la escritura que los antecedentes no reflejan con la debida claridad, parece dar por supuesto que ese requisito no puede ser un obstáculo para llevar a efecto la agrupación, ya que da lo mismo que las fincas pertenezcan proindiviso a dos personas que agrupan antes o después de la agrupación o simultáneamente. Su tesis debe apoyarse en esa dirección que marcara La

Rica al entender que «al condicionar su párrafo primero (se refiere al artículo 44 del Reglamento Hipotecario), la inscripción unitaria de varias fincas a la *ratio* de que pertenezcan a un solo dueño o a varios proindiviso, se refiere no tanto a las parcelas o porciones integrantes como a la *entidad resultante*, que en definitiva es lo fundamental, puesto que va a formar una nueva entidad registral, caracterizada como todas por estar sometida a un solo dominio de uno o de varios titulares».

Sin perjuicio de que inmediatamente afrontemos el tema de la forma de llevar a cabo la agrupación, lo que sí parece cierto, aun y a pesar de la inestimable opinión de La Rica, que ni física ni jurídicamente puede llevarse a cabo una agrupación, sin que previa o simultáneamente se forme un condominio cuando las fincas que se deseen agrupar pertenezcan a diferentes personas. Juntar fincas es un problema fáctico, pero unir dominios es un problema jurídico que exige una determinación de participaciones en la totalidad del formado. En esto hay que doblérgase y estimar que la primera falta que el Registrador pone al documento es irreprochable. Ya así lo reconoce la misma Resolución de la Dirección General, aunque luego vuelva la espalda a la premisa de que parte. El segundo de los considerandos de la resolución apunta una idea distinta: «exige como uno de los requisitos para que la operación pueda practicarse el que la *finca resultante* pertenezca a un solo titular o a varios proindiviso, con objeto de evitar el que registralmente puedan existir situaciones de cotitularidad extrañas, como podría ser el supuesto de dominio solidario o que un solo inmueble figurase en porciones materiales de dominio separadas pertenecientes cada una a distintos dueños». Choca abiertamente el último de los incisos del considerando con la definición de finca que hemos admitido tradicionalmente y, una de dos, o hablamos de una finca en proindiviso o no podemos hablar de una finca que materialmente se ha hecho una, pero que jurídicamente es doble porque un trozo corresponde a una persona y otro a otra. Sigo estando con el Registrador en este punto y, por supuesto, me niego a aceptar la tesis notarial de que el artículo 348 del C. c., el 13 y el 38 de la Ley Hipotecaria puedan utilizarse para hacer desprender de los mismos la facultad de cualquier propietario para agrupar su finca a la de otro. Esto es como citar lo del Pisuerga y Valladolid.

Quizá las citas de Resoluciones que haga el Registrador en apoyo de su nota calificadora no sean muy definitivas, ya que la de 10 de mayo de 1910 no tiene relación con el problema «jurídico» de la proindivisión y si con el requisito de la «colindancia», la de 21 de febrero de 1923 más que apoyar su tesis favorece la idea de la transitoriedad de una agrupación no efectuada con arreglo a los cánones legales, pero cuyo resultado final sí se ajustaba a los mismos y la de 28 de septiembre de 1927¹ sea la que más responde a la idea normativa del dominio único o el proindiviso al esclarecer la identidad de los propietarios de las fincas que se agrupaban. Los vistos citan las de 8 de julio de 1914 y 18 de marzo de 1916, que hubieran servido más efectivamente para intentar defender la línea tradicional de la Dirección, aunque la misma frecuentemente se quiebra en aras de unas interpretaciones progresivas de «lege ferenda».

B) Forma en que debe realizarse.

La doctrina que hemos citado anteriormente daba como soluciones viables para llevar a cabo la agrupación de fincas de diferentes propietarios las siguientes: la de realizar una serie de ventas o permutas entre ellos hasta conseguir el resultado apetecido (ruinoso sistema por la amenaza fiscal y de plus valía), recurrir al procedimiento del testafierro al que se enajenasen la totalidad de las parcelas, el cual, una vez agrupadas, las segregaría y vendería a los primitivos propietarios, constituir una sociedad entre ellos, cuyo capital es representado por los distintos solares y apoyarse en el artículo 392 del Código civil, que prejuzga la existencia de un contrato que regule la comunidad, constituyan un condominio sobre la parcela agrupada.

Resulta curioso cómo la Dirección General abre paso al último de los caminos apuntados por la doctrina, considerando retrógrados los anteriores, que se basaban en la permuta de cuotas. Creo que es importante el considerando tercero, aparte de las críticas que hace a la «viciosa práctica» y a la «mal entendida literalidad» de la norma reglamentaria, pues en él se dispone —y es importante el orden que el considerando respeta en base de la literalidad del precepto que rechaza— de «no hay obstáculo legal que impida el que, a través del correspondiente pacto, los propietarios de diversos inmuebles *puedan constituir un condominio romano* sobre la totalidad de los mismos y *que a la vez se lleve a efecto el indispensable negocio que agrupe estas fincas en una sola e independiente...*».

¿Es esto lo que hizo el Notario? Es muy difícil saberlo, porque los hechos no dan pie a ello. En su escrito se extiende en la innecesidad de esa viciosa práctica de transmisión de participaciones indivisas mediante permuta, compraventa y donación, pero al llegar a la demostración de la existencia del negocio de comunicación dice que ese contrato «no se le designa específicamente», pero su existencia y celebración «resultan» de la escritura calificada en cuanto de la misma se deduce que la infracción del artículo 44 del Reglamento Hipotecario (lamentable que esto se diga en un informe y que se acepte por la Dirección) es sólo transitoria, ya que la finca se aporta a una Sociedad que se constituye simultáneamente. Resulta sumamente difícil saber lo que el Notario hizo, ya que los hechos o el relato oficial de los mismos no es claro, pero sí es cierto las afirmaciones notariales la existencia de la comunidad hay que inducirla y transitoriamente hay que suponerla, pues la finalidad última es la aportación social a un ente que se crea. Es decir, parece que se obliga al Registrador a una calificación basada en «conjeturas» y esto choca abiertamente con el principio calificador y su normativa del artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Aparte de ello, si la finalidad era la constitución de una Sociedad y la aportación a ella de la finca «agrupada», pudo hacerse (incluso desde el punto de vista fiscal) al revés: aportar las fincas al patrimonio y una vez constituida la Sociedad que ésta las agrupase. Ya Hipólito Sánchez Velasco apuntaba esta solución.

El último considerando de la Dirección General me tranquiliza enormemente, ya que parece ser que el Notario —a pesar de su lamentable infor-

me— entiende que de la escritura se deduce la creación de un condominio, aunque no se le designe de esta forma y que el mismo está estructurado en su base física y jurídica (colindancia y proporción ideal de valor de las fincas agrupadas). Verdaderamente que si esto es así no había razón de ser para el Registrador negase la posible inscripción, sobre todo si en la aportación a una comunidad el valor de cada finca se ajusta a la proporcionalidad de cuota que exige el condominio. Que esto sucediera así o no es un problema de valoraciones, pues el Registrador dice que no hubo tal comunicación de bienes (cosa que reconoce el Notario en su informe) y la Dirección, sin embargo, lo admite.

En las sociedades debe distinguirse la representación orgánica del consejero-delegado y la representación voluntaria del gerente, no siendo precisa la renovación del cargo de este último, al actuar a través de la concesión de un poder.

En el ámbito mercantil no es necesario que el poder conferido al gerente sea expreso para hipotecar, ya que comprende todo tipo de contratos sobre objetos del giro y tráfico del establecimiento.

En el recurso gubernativo no pueden tenerse en cuenta documentos posteriores no examinados por el Registrador. (Resolución de 31 de marzo de 1979.)

Hechos

Por escritura autorizada en Valencia por el Notario don Emilio Garnero-Codoñer el 8 de marzo de 1977, don Juan García Blat, en nombre y representación de la Compañía mercantil «Vicente García Pascual, S. A.», como Director Gerente de la misma, y don Juan Luis Rubert Civera, en representación de «Vicente Trullols, S. A.», formalizaron acuerdo de reconocimiento de deudas y constitución de hipoteca por la primera a favor de la segunda. Son datos esenciales a tener en cuenta que el Notario pone de manifiesto que la Sociedad hipotecante fue constituida en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil, destacando los siguientes artículos de sus Estatutos: «Artículo 8: La Sociedad será regida y administrada por la Junta general de accionistas, por el Consejo de Administración y por uno o más Directores-Gerentes o Consejeros-Delegados»; «Artículo 24: La representación de la Sociedad en juicio y fuera de él corresponde al Consejo de Administración, quien tendrá la gestión de los negocios sociales, para lo cual estará investido de los poderes más amplios, pudiendo celebrar toda clase de actos de administración y de dominio a nombre de la Sociedad, así como en interés de la misma realizar toda clase de operaciones de crédito y giro, disposición de fondos y cualquiera otras que estime oportuno, realizando su formalización en las condiciones que proceda a fin de que puedan surtir sus efectos en derecho, es decir, que sus facultades son ilimitadas en cuanto a la representación de la Sociedad se refiere, incluso para transigir cuestiones y someter aquéllas a la resolución de árbitros, pudiendo otorgar poderes.

de todas clases en las formas y con las facultades que considere oportunas, incluso a Procuradores y Letrados»; «Artículo 25: El Consejo podrá delegar en uno o varios Consejeros-Delegados o Directores-Gerentes la totalidad o parte de sus facultades, a excepción de las enunciadas en el artículo 77 de la Ley. Para desempeñar el cargo de Director-Gerente de la Sociedad o de Consejero-Delegado no será necesario que la persona designada ostente la cualidad de accionista ni de miembro del Consejo de Administración, es decir, que el nombramiento podrá recaer en persona ajena a la Sociedad». A continuación el Notario autorizante de la referida escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca manifiesta que le consta por notoriedad que el señor García-Blat se halla en el ejercicio del cargo para el que fue designado en la propia escritura fundacional, en la que le fueron delegadas la totalidad de las facultades contenidas en el referido artículo 24.

Presentada primera copia de la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Torrente fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los defectos subsanables siguientes: 1) No acreditarse la renovación del nombramiento de don Juan García Blat como Director-Gerente, que fue designado tal en la escritura de constitución de 31 de marzo de 1969 (art. 72 de la Ley de Sociedades Anónimas), y 2) Supuesta tal renovación, no haberse acreditado que tenga el Director-Gerente, facultades para hipotecar bienes de la Sociedad, al no constar en qué términos le fue hecha la delegación que permite el artículo 25 de los Estatutos de la Sociedad, y aunque hubiera sido delegación total de las facultades del artículo 24 de los mismos Estatutos, están las mismas limitadas a la gestión de los negocios sociales y es indudable que dentro de esta gestión no puede incluirse la facultad de hipotecar inmuebles. Tomada, a petición del interesado, anotación preventiva de suspensión por plazo de sesenta días hábiles, durante los cuales podrán ser subsanados los expresados defectos. Esta nota se extiende con la conformidad de los otros dos titulares».

Don Juan Luis Rubert Civera, en nombre y representación de la Compañía mercantil «Vicente Trullols, S. A.», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, en el que en síntesis mantiene que el cargo de Director-Gerente no precisa de renovación alguna por no ser aplicable a estos cargos el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, que se refiere en exclusiva a los Administradores, y que en contra de la afirmación del Registrador, constan en la escritura calificada los términos en que le fue hecha al señor García-Blat la delegación de facultades regulada por el artículo 25 de los Estatutos sociales al decirse «mediante su designación como Director-Gerente», delegándole todas las facultades del artículo 24.

El Registrador mantuvo su calificación en el informe, apoyándose en que el artículo 8º de los Estatutos consideraba al Director-Gerente como verdadero órgano de la sociedad con facultad para administrarla, por lo que según la doctrina de los mercantilistas, al estar previsto su nombramiento en los Estatutos y efectuado en el acto constitutivo de la Sociedad, ha de ser considerado como órgano de administración sujeto al artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas. y en cuanto al ámbito de poder, el que

sea para hipotecar ha de ser expreso, conforme al artículo 1.713 del Código civil, debiendo ser ratificada la escritura de hipoteca por la junta general de socios.

El Notario autorizante de la escritura de hipoteca emitió informe entendiendo que el otorgante es Director-Gerente y no Consejero-Delegado, por lo que no es aplicable el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, y por tanto, no se precisa la renovación del cargo; y en cuanto a las facultades, estima que son bastantes amplias.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia solicitó del recurrente la presentación de copia autorizada de los Estatutos de la Sociedad «Vicente Pascual», así como el acta en la que el Consejo de Administración delega las atribuciones a favor de don Juan García-Blat, y al no ser posible al recurrente presentar los mencionados documentos, dado el secreto del protocolo notarial, por no haber sido otorgante de dichas escrituras, en su lugar, aportó una copia simple de las mismas, que obraba en su poder, así como una certificación literal de los asientos e inscripciones en el Registro Mercantil de la Sociedad mencionada, así como otra del Registro de la Propiedad en la que consta la adquisición de un piso por la mencionada Sociedad, efectuada por su Director-Gerente, don Juan García Blat, apareciendo de la primera de las certificaciones que el nombramiento realizado tiene lugar no en el acto constitutivo de la Sociedad, sino en la primera Junta general.

El Presidente de la Audiencia de Valencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y teniendo en cuenta el contenido de los documentos que había solicitado.

Doctrina.—Interpuesta apelación por el Registrador, la Dirección confirma el auto apelado en el sentido de revocar la nota del Registrador, por lo siguiente:

«Considerando que este recurso ha de resolverse tal y como quedó planteado, sin que puedan tenerse en cuenta documentos posteriores que no fueron examinados por el funcionario calificador —art. 117 del Reglamento Hipotecario—, y todo ello a pesar de la importancia que para la calificación de la cuestión debatida pudieran presentar las nuevas aportaciones realizadas».

«Considerando que el primer defecto de la nota hace referencia a si por no haber sido renovado el nombramiento del denominado en la escritura Director-Gerente no podía éste ejercitar su función, dado lo establecido en el artículo 18 de los Estatutos sociales, que limitan el tiempo de duración del cargo de Administrador designado en la primera Junta general a sólo cinco años o si por el contrario no le es aplicable esta norma al no ostentar el nombrado el carácter de Administrador, puesto que se trata de un simple apoderado no sujeto a plazo alguno, según sostiene el recurrente»;

«Considerando que la distinción entre lo que constituye la representación orgánica de la Sociedad —supuesto en que ésta actúa por sí— y el caso en que este tipo de entes actúan —como cualesquiera otros— a través de personas ajenas a sus órganos y que permite el artículo 77 de la Ley, y que

es evidente, en el plano teórico y conceptual, no se refleja con la nitidez debida cuando se trata de plasmar esta diferenciación en la realidad cotidiana, en donde con diferentes denominaciones introducidas por la práctica se entremezcla una u otra situación, y de ahí el frecuente confusionismo, que hay que tratar de evitar, para que resulten claramente delimitadas ambas figuras, y puedan confuir ambos tipos de representación, ya que a una Sociedad puede convenir el que un mismo sujeto sea Administrador —incluso Consejero-Delegado, si se estima oportuno por el Consejo— con una duración temporal limitada y con la consiguiente participación durante el período de su mandato en las deliberaciones de este órgano social, y que a la vez pueda ostentar unas facultades representativas más o menos amplias, que no se verán —de esta forma— afectadas por las incidencias de su cargo administrativo en la Sociedad, sino por las propias de la extinción de su poder»;

«Considerando que en el presente expediente, y de la lectura de los documentos tenidos a la vista por el Registrador, aparecen justificadas las reservas de este funcionario, que tiene su fundamento en el confusionismo de los preceptos estatutarios transcritos, que no distinguen con la precisión técnica debida los supuestos de delegación de funciones dentro del mismo Consejo y de apoderamientos voluntarios por parte de este último, como puede apreciarse al examinar el artículo 8 de los Estatutos, que parece equiparar Consejero-Delegado a Director-Gerente, o cuando se indica en el artículo 25 que se podrán «delegar» la totalidad o parte de las facultades del Consejo en uno o varios Consejeros-Delegados o Directores-Gerentes, lo que hace en principio presuponer que se está ante un verdadero Consejero al que se han delegado las correspondientes facultades»;

«Considerando, no obstante, y pese a que hubiera sido preferible haber aclarado en la escritura calificada que el comportamiento en la anterior escritura de constitución de la Sociedad había sido nombrado simultáneamente tanto para el cargo de miembro del Consejo de Administración como para el de apoderado —y no limitarse a indicar el fedatario la constancia por «notoriedad» de hallarse el apoderado en el ejercicio del «cargo» con la totalidad de las facultades delegadas—, con lo que de paso habría observado la recomendación hecha en el artículo 146 del Reglamento Notarial y disipado las dudas existentes sobre el particular, es indudable que del propio contexto del artículo 25 de los Estatutos transcrito en la escritura e inscrito en el Registro Mercantil, y que se refiere al desempeño del cargo de Consejero-Delegado o Director-Gerente, sin que se requiera la cualidad de miembro del Consejo de Administración se deduce, por reducción al absurdo, que tal precepto estatutario está referido únicamente al supuesto de los apoderamientos que el Consejo de Administración puede realizar en base al artículo 77 de la Ley, y que, en consecuencia, no procede aplicar el plazo de caducidad que para la duración del cargo se fija por la Ley exclusivamente a los Administradores»;

«Considerando, en cuanto al segundo defecto, que al tratarse de un supuesto de apoderamiento que supone la realización por una tercera persona de las facultades que le han conferido el órgano social en virtud del poder

«correspondiente, procederá, por tanto, examinar si la persona que actuó en la escritura discutida tenía poder suficiente para hipotecar el inmueble de la Sociedad»;

«Considerando que para determinar las facultades que ostente el apoderado habrá que estar a los términos del mandato conferido, con aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 1.712 —que distingue entre mandato general y especial— y 1.713, que a su vez lo hace entre mandato concebido en términos generales y mandato expreso, lo que dio lugar a que la doctrina se plantease si esta disparidad de redacción se debe a que se trata de una clasificación diferente o por el contrario es la misma, si bien con el empleo de distintas denominaciones, siendo esta última la postura acertada, lo que se traduce, siguiendo una reiterada jurisprudencia, a que el contenido propio del mandato expreso o especial es el de los actos de riguroso dominio indicados «nominatim» en el correspondiente instrumento, mientras que los poderes generales comprenden todos los negocios del mandante y están limitados a los actos de administración, salvo que se trate de mandato mercantil, en donde, de conformidad con lo establecido en los artículos 281, 283, 284 y 286 del Código de Comercio, el Gerente o Factor de una Sociedad comercial está facultado para realizar todo tipo de contratos, siempre que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento»;

«Considerando que en el presente caso se ha procedido por las Sociedades interesadas —con similar objeto social— a realizar como consecuencia de las relaciones mercantiles entre ellas una liquidación de las cuentas pendientes, y se ha señalado el saldo resultante, así como la forma y tiempo en que debe ser abonado, con establecimiento de una garantía real sobre inmueble de la Sociedad deudora para asegurar el cumplimiento de la obligación contraída, todo lo cual entra dentro de la gestión social para la que es competente por su propia esencia —y con independencia de la simple enumeración del artículo 24 de los Estatutos— el Consejo de Administración y en consecuencia también lo será el Director-Gerente que con el carácter de factor actúa, al ostentar todas las facultades que al propio Consejo competen y que éste le ha conferido con arreglo al artículo 25 de los Estatutos sociales».

Consideraciones críticas

Son diversas y variadas las cuestiones que la Resolución intenta solucionar y que rozan temas tan sumamente perfilados doctrinalmente que hacen difícil su comentario. Hay un tema central de representación orgánica, otro de representación voluntaria, otro de extensión de facultades por razones de notoriedad y, por último, un problema procedimental que aclara la mecánica rigurosa del recurso gubernativo que sólo puede solucionarse con los documentos que han sufrido la previa calificación registral. Los temas son abiertamente importantes para generar un amplio comentario.

Como en la elección de la forma en que este comentario debe hacerse

pueden mezclarse las cuestiones tratadas y frenar de ese modo su posible claridad descabalgamos el tema del requisito de la documentación al que se refiere el primer considerando que es doctrina muy seguida por la Dirección al exigir que el recurso se resuelva con la documentación inicial que pone en marcha el recurso, y que en este caso se produce cuando la intervención del Presidente de la Audiencia solicita la presentación de copia autorizada de los estatutos y el acta del Consejo de Administración de donde surgen las atribuciones delegadas. Ello no hace más que ratificar lo dispuesto en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario. El resto de la resolución tiene dos partes bien diferenciadas que se ajustan a los dos defectos que el Registrador pone en su calificación: falta de renovación del cargo y falta de facultades para hipotecar.

A) Representación orgánica y voluntaria.

El tercer considerando de la resolución acepta la distinción doctrinal de la representación orgánica y la voluntaria. PORPETA CLERIGO (sustitución de poder, A. A. M. N. 1945) lo expuso clarísimamente: «El poder de representación orgánica tiene carácter inmanente. Esto quiere decir que las facultades representativas de que disfruta el órgano no proceden de una delegación, no proceden de otro sujeto de derecho, sino que al ejercerlas el órgano es el propio sujeto representado quien inmediatamente las ejerce por conducto suyo. En la representación eventual ocurre precisamente lo contrario; aquí los poderes funcionan a base de facultades delegadas y la personalidad del apoderado se destaca de la del poderdante, permaneciendo frente a él como una cosa distinta... sólo cabe sustitución cuando el sustituyente opera con facultades que no le pertenecen».

Este mismo autor —antes de la vigente Ley de Sociedades Anónimas de 1951— ya destacaba la posibilidad de la figura del «organicismo de terceros» y decía que al lado del Consejo de Administración llamado a concentrar las más importantes funciones gestoras o representativas, se permite que los componentes de este Consejo sean reclutados entre personas que no tengan el carácter de accionistas. Pero al lado de esta actuación orgánica de la persona jurídica está la posibilidad de la representación eventual. Y aquí es donde se viene a plantear el encuadramiento de las dos figuras que en el tema de la resolución se manejan: el Director-Gerente y el Consejero-Delegado. ¿Son órganos o apoderados?

Las posiciones en el recurso son tajantes. El Registrador entiende que la persona que actúa como Director-Gerente es un órgano de la sociedad y al estar previsto su nombramiento en los Estatutos ha de ser considerado como órgano de administración y sujeto a la renovación quinquenal del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas. El Notario —causante de toda la oscuridad del supuesto, como se desprende del quinto considerando de la resolución— dice que el compareciente lo hace como Director-Gerente y no como Consejero-Delegado, pues en este último caso sí sería necesaria la renovación del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas. La Dirección General en el considerando cuarto nos habla de la oscuridad de los estatutos sociales en los que parece equipararse los cargos de Director-

Gerente y Consejero-Delegado, aunque lo que persigue la Dirección es demostrar —como así lo hace en los considerandos tercero y quinto— que un miembro del Consejo de Administración, sea Gerente o Consejero-Delegado, puede al mismo tiempo ser apoderado eventual del Consejo, actuando en el primer caso con representación orgánica y en el segundo con representación voluntaria o eventual, estando en el primero limitada su actuación al quinquenio legal y en el segundo por la amplitud y duración del apoderamiento. La conclusión que saca es que la actuación no era orgánica, sino de apoderamiento eventual.

Y esto es lo que no encaja en la unidad de la Resolución. Con ser importante la distinción entre Director-Gerente y Consejero-Delegado, es más a nuestro entender la diferencia entre la representación orgánica y la eventual del apoderamiento y si resulta que el compareciente actuó no como órgano, sino como apoderado, hay que estar a los términos del poder, sin poder invocar «el giro o tráfico de la empresa» que se reserva para el Director-Gerente o Factor de la Sociedad comercial. Aquí hay una incongruencia que parte la resolución sin posible encaje de sus dos afirmaciones.

Sería positivo intentar llegar a una diferenciación de las figuras citadas, pero entiendo que existiendo monográficamente trabajos como el de FERNANDO RODRIGUEZ ARTIGAS («Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración») o el de JUAN LUIS IGLESIAS PRADA («Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima»), ambos recensionados por mí hace tiempo, lo que ahora pueda ya decirse es repetición. Si resulta importante, sin embargo, destacar cómo esta doctrina sienta como base diferencial de las figuras las ideas de «delegación y apoderamiento» que hacen surgir en el primer caso al «Consejero-Delegado» y a la «Comisión ejecutiva» y en el segundo al Director General, Gerente o simple apoderado singular. Mi compañero JOSE MANUEL GARCIA GARCIA. («Comentario a esta misma Resolución» en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 547, 1981) hace un alarde expositivo para llegar, partiendo de la diferenciación entre representación orgánica y voluntaria, a la diferenciación de las figuras citadas, destacando la del Gerente estatutario y afirmar, por último, que en el caso contemplado había indicios a favor de la configuración como Consejero-Delegado y no como Gerente del compareciente. Y en este punto sí resulta constructivo la opinión de este autor, que plantea el interrogante de si cuando la persona en quien se delegan facultades es miembro del Consejo de Administración puede subsistir la duda de si puede estarse ante un Consejero-Delegado o un Gerente, pero si no es así y la persona es ajena a la sociedad, podría intentarse un esfuerzo interpretativo para descubrir la figura de un Gerente al que habría que conferir un poder para actuar.

La solución que la Dirección General arbitra en este caso tiene la virtud de no convencer. Falta algo en esas piezas que no encajan plenamente. Parece que se va a dar la razón, por razones de prudencia y de interrogación ante el caso, al Registrador, pero el Notario, especie de «ente necesitado de protección», a pesar de sufrir una reprimenda, llega a salirse con la suya sembrando una confusión doctrinal en algo que debió estudiarse con más.

profundidad. Salvar un instrumento público tiene unas buenas razones sociales, pero hay que hacerlo con un decoro jurídico que los razonamientos de la Dirección ni logran, ni siquiera creo que lo pretendieron.

Me sigue preocupando mucho la idea de que en la representación orgánica no cabe la sustitución, según la tesis de BERGAMO, y no entiendo muy bien ese negocio que parece realizarse en el caso concreto de esta resolución, en el cual se nombra un Director-Gerente «delegándole» las facultades que el artículo 24 de los estatutos conceden al Consejo de Administración. ¿La delegación es apoderamiento o es cosa distinta? Conviene preguntárselo, ya que en esa delegación de facultades está incluida la de otorgar poderes, lo cual supone que el Gerente apoderado puede a su vez otorgar poderes a favor de otra persona. Quizá todo ello esté ya resuelto, pero la contradicción entre el artículo 1.721 del C. c., que admite la sustitución si no existe prohibición, y la del artículo 261 del C. de c., que prohíbe la sustitución sin una autorización expresa, ponen ciertos interrogantes en la interpretación de esa delegación que hacia una persona que puede o no a su vez sustituir.

B) Facultades para hipotecar.

Hemos apuntado antes que la Dirección parte de la base notarial de que el compareciente en su calidad de Director-Gerente no ostenta una representación orgánica, sino de apoderamiento que parece derivarse de esa delegación de facultades que admite el artículo 25 de los estatutos con la amplitud de contenido del artículo 24 o «gestión de negocios sociales». El Registrador, siguiendo esa constante pauta que marca la Dirección General y repite el Código civil de que para hipotecar y realizar actos de riguroso dominio se necesita mandato expreso, niega la inscripción y exige la justificación de tal extremo.

Cuando después de varios años de estudio tiene unos criterios inmutables sobre las dicciones legales, parece abrírselo la tierra jurídica con el gran deseo de hacerle desaparecer. No sé de dónde la Dirección General ha podido sacarse esa «disparidad de redacción» entre los artículos 1.712 y 1.713 del Código civil, hablando el primero de «mandato general y especial» y el segundo de «mandato en términos generales y mandato expreso». Al hilo de mi comentario he consultado el que hace JOSE MANUEL GARCIA GARCIA y veo con satisfacción que coincide en mi apreciación y que, no contento con ello, cita doctrina capaz de aplacar todo intento de defensa de postura contraria.

Después de esta desafortunada salida jurídica de la Dirección culmina todo su razonamiento con algo que no tiene explicación. Habíamos partido de que el Director-Gerente actuaba por medio de un apoderamiento (o si se quiere delegación) y que, por tanto, no era un órgano social y debía de atenerse, por ello, al mandato expreso que hubiera recibido. Pues bien, a la hora de sacar conclusiones y defender a ultranza la postura notarial se acude al Código de comercio y se habla del Gestor, Factor «facultado para realizar todo tipo de contratos, siempre que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento». No, eso no puede admitirse, pues el artículo 283 del C. de comercio —suponiendo que pueda

ser aplicable al caso— habla de «más o menos facultades», según haya tenido por conveniente el propietario y aquí parece partirse de una especie de representación orgánica con plenitud de facultades.

También se cita como argumento poderoso por la Dirección el artículo 286 del Código de comercio, que creo recordar NÚÑEZ LAGOS utilizaba hábilmente para divulgar la idea de la notoriedad del cargo y la actuación del factor. Pero es que la Resolución sigue confundiendo situaciones, mezclándolas y rompiendo la unidad de la argumentación. ¿Qué tendrá que ver aquí la notoriedad del factor con el poder expreso que el Director-Gerente ha recibido para la realización de los actos objeto de inscripción? Son ganas de complicar las cosas y de no acertar a señalar el camino claro que podría haber llevado a exigir unas justificaciones de todo lo que el Notario afirma para redactar el instrumento. Aquí hay un poder expreso —por delegación— inscrito o no en el que habrá que investigar si comprende el acto de constituir hipoteca que por el imperio territorial de la Ley Hipotecaria y, por supuesto, del Código civil como legislación supletoria, exige poder especial y bastante. ¿Podrá el tráfico mercantil eludir esta exigencia y ser excepción a la regla general? Yo entiendo que mientras esto llegue —que igual llega, como han llegado otras cosas— el Registrador que debe calificar con arreglo a la «lege data» debe muy bien tener en cuenta aquello de que para «transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio se necesita mandato expreso», no vaya a ser que luego alguien diga, ¿y por qué no impugnamos esta inscripción y exigimos responsabilidad al funcionario? Cuando jugamos con responsabilidad, apartemos veleidades, aunque sean tan sugestivas como las del «giro o tráfico del establecimiento». Ya sé que antes las noches eran desde que se ponía hasta que salía el Sol y ahora ni se mencionan en el Código civil y sí en el prosaico Código de la circulación.