

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

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

## DERECHO MERCANTIL

**FUSIÓN POR ABSORCIÓN.**—NO ES INSCRIBIBLE EN EL FOLIO DE LA SOCIEDAD ABSORBENTE, UNA ESCRITURA DE FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES POR ABSORCIÓN DE UNA DE ELLAS QUE APARECE INSCRITA EN REGISTRO DISTINTO, SIN QUE CONSTE PREVIAMENTE EN ÉL LA DISOLUCIÓN DE ESTA ÚLTIMA. (Resolución de 21 de junio de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 7 de agosto de 1971).

*Hechos.*—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don Roberto Blanquer Uberos contra la negativa de V. S. a inscribir una escritura de absorción social:

Resultando que mediante escritura autorizada en Madrid por el Notario recurrente en 15 de junio de 1970, entre otros actos jurídicos se declaraba la disolución de «INEXA, Compañía Mercantil de Responsabilidad Limitada», inscrita en el Registro de Valencia, que quedaría absorbida por la Anónima inscrita en el de Madrid, denominada INA, cuyo capital social se ampliaba en la medida pertinente y a la que pasaría en bloque todo el patrimonio social de la primera, entregándose en compensación a sus socios las correspondientes acciones de la Sociedad absorbente;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «No se practica operación alguna por virtud del presente documento, por faltar la inscripción de la disolución de la Sociedad Industrias y Explotaciones Agrícolas, S. L. —INEXA, S. L.— en el Registro Mercantil de la provincia de Valencia, que previene el artículo 146 de la Ley sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951»;

Resultando que subsanado el defecto por haberse inscrito el documento en el Registro Mercantil de Valencia en cuanto a la disolución de INEXA y practicada la inscripción, el Notario autorizante del expresado documento interpuesto, a efectos puramente doctrinales, recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo, contra la anterior calificación, y alegó: que, en general las causas de disolución, cualquiera que sea su origen y justificación, persiguen la finalidad negativa de hacer desaparecer la Sociedad que se disuelve con el natural cese de sus actividades y liquidación patrimonial consiguiente; que la absorción es, por el contrario, una causa de disolución de la absorbida, basada en la concentración de empresas, en la cual desaparece la actividad separada o independiente de la entidad absorbida, pero continuando integrada en la Sociedad resultante de la concentración; que en ella, aunque exista una liquidación patrimonial previa a instancia de los acreedores o accionistas disidentes, el acuerdo de fusión no persigue primordialmente el reparto del patrimonio social, sino un traspaso en bloque del mismo, por lo que funcionalmente es igual que figure

primero la disolución o la absorción; que al tratar de modo general esta materia la Ley de Sociedades Anónimas, en sus artículos 146, 147 y 148, mantiene un criterio cronológico al ocuparse el primero de la disolución de la Sociedad que se extingue; el segundo, de la creación de la Sociedad nueva en el caso de fusión simple, y el tercero, de la ampliación de capital de la Sociedad preexistente en el supuesto de fusión por absorción; que el legislador pudo redactar los citados artículos con criterio funcional en vez de cronológico, con resultados más lógicos, como ha puesto de relieve la doctrina, según la cual, en la fusión, el asiento de disolución no tiene por finalidad esencial publicar ésta, sino la dicha fusión de la que la disolución es consecuencia; que según el Reglamento del Registro Mercantil de 1919, cuando la fusión de Sociedades se hacía por incorporación de una a otra, la inscripción se realizaba en la hoja de la Sociedad subsistente, cerrándose la de aquella que desaparecía, mediante una simple nota de referencia; que actualmente entiendo rige el mismo criterio, aunque la doctrina se ha planteado algunas dudas, por estimar que se exige legalmente una mayor claridad en la constancia de disolución de la Sociedad que se extingue; que en la práctica se pueden distinguir varios supuestos en que la fusión y disolución se documentan de forma diferente; que si la escritura de disolución se otorga por la Sociedad absorbida, no se cerrará el ciclo hasta que la fusión tenga lugar, lo que comportará la necesidad de extender en su folio la nota correspondiente y, en definitiva, el asiento de disolución sólo publicaría la eventual, futura e incierta extinción que sólo tendría lugar en caso de ejecución de la absorción; y que si la escritura se otorgase por representantes de las dos Sociedades —caso del recurso— la inscripción base de la absorción que se extiende en el folio registral de la Sociedad absorbente, comprende la disolución de la Sociedad que se extingue, cuya hoja registral se cerrará con una simple nota, según el modelo oficial, que podrá tener lugar con posterioridad;

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que el recurrente omite el hecho fundamental de que la Sociedad absorbente estaba inscrita en el Registro Mercantil de Madrid y la absorbida en el de Valencia; que si ambas Sociedades hubieran estado inscritas en el mismo Registro, habría realizado una sola inscripción de absorción y disolución en la hoja de Sociedad absorbente y extendido nota de cierre en el folio de la absorbida; que el Registro Mercantil de Madrid no podía practicar inscripción alguna en la hoja de la Sociedad absorbente hasta que constara en el de Valencia la extinción de la Sociedad absorbida, ya que podían existir circunstancias que habría que tener en cuenta en la calificación, como sería, por ejemplo, la existencia de un asiento de suspensión de pagos de la Sociedad absorbida; que si se inscribiera la fusión en el Registro de Madrid antes de la disolución en el de Valencia, podría ocurrir que después se denegase la inscripción en éste, con la consecuencia de subsistir formalmente una Sociedad extinguida, lo que originaría una inexactitud registral; que el artículo 137 del Reglamento del Registro Mercantil y su modelo XIII no se oponen a que, en el caso de que se trate de Sociedades inscritas en distintos Registros se inscriba primero la disolución y luego la fusión, poniéndose, por último, la nota de cierre registral en el folio de la Sociedad disuelta; que la disolución de la Sociedad absorbida se realiza en la escritura que originó el recurso, y esa disolución deberá inscribirse en el

Registro Mercantil correspondiente, según dispone el número 7 del artículo 86 del Reglamento; que al inscribir la previa disolución, el Registro Mercantil de Valencia confirma la nota recurrida; que si se inscribiere primero la absorción, sus efectos habrían de quedar pendientes hasta que se inscribiese la disolución y ese condicionamiento necesario, dada la naturaleza de las inscripciones registrales, no se pide en la escritura calificada; y que, como fundamentos legales de su acuerdo denegatorio, señala los artículos 30, número 4, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 146 de la de Anónimas; 3, 15, adicional 4.ª, 86, número 7, 137 y modelo XIII del Reglamento de Registro Mercantil, y 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento.

*Doctrina.*—«Considerando que la cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar si en la fusión de sociedades mercantiles realizada mediante la absorción de una por otra, cuando ambas figuran inscritas en distinto Registro Mercantil, es necesario que previamente se haya inscrito la disolución de la sociedad absorbida en el Registro Mercantil donde se encuentra inscrita, para que pueda inscribirse la fusión en el Registro Mercantil de la sociedad absorbente.»

«Considerando que conforme al último párrafo del artículo 137 del Reglamento del Registro Mercantil, y según parece también desprenderse del modelo XIII de los que acompañan a dicho Reglamento, la disolución de la sociedad absorbida se realiza en la misma inscripción de fusión que se practica en la hoja correspondiente a la sociedad absorbente, con extensión en la hoja de aquélla de una simple nota de cierre al margen de su última inscripción.»

«Considerando que cuando ambas sociedades están inscritas en el mismo Registro Mercantil, la aplicación del citado precepto reglamentario no ofrece en principio ninguna dificultad, ya que el Registrador Mercantil puede calificar perfectamente el título atendiendo no sólo a éste, sino también a lo que resulte de «los correspondientes asientos del Registro», según el artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil, lo que no ocurre cuando la sociedad absorbida está inscrita en distinto Registro Mercantil y el Registrador a quien corresponde practicar la inscripción de fusión por absorción desconoce los asientos registrales de esta última, con la posibilidad de que exista en ellos alguna circunstancia que impida la absorción.»

«Considerando que el régimen establecido en el último párrafo del artículo 137 del citado Reglamento, que atiende primordialmente a una simplificación de operaciones registrales a practicar, parece dictado exclusivamente para el supuesto de que ambas sociedades estén inscritas en el mismo Registro, lo que permite que se realice en forma simultánea la inscripción de fusión por absorción y la disolución, pero cuando no es así, es indudable que la sociedad absorbida, de seguirse idéntico criterio, podría continuar desarrollando su actividad aun después de haberse inscrito su disolución en el Registro de la sociedad absorbente, en contradicción de las normas generales contenidas en los artículos 146 de la Ley de Sociedades Anónimas, 30, 4.º, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 86, 7.º, del Reglamento del Registro Mercantil, que ordenan la inscripción de la disolución de las sociedades, en la hoja abierta a cada una de ellas, a fin de determinar el momento exacto en que ello ha tenido lugar.»

«Considerando que no constituye obstáculo al anterior criterio la peculiar naturaleza que reviste la disolución por absorción, puesta de manifiesto por el No-

tario recurrente a lo largo de su escrito, ya que es indudable que el asiento que se extienda publicará la causa que ha motivado dicha disolución, o sea, la absorción de la sociedad.»

Esta Dirección General ha acordado confirmar la nota y acuerdo del Registrador.

*Consideraciones críticas.*—La presente Resolución aborda el problema de la fusión de sociedades, en su modalidad de absorción, por sociedades inscritas en Registros Mercantiles de distintas poblaciones y que el Notario autorizante provoca por razones puramente doctrinales, después de haber subsanado el defecto que la nota calificadora establecía. Juegan un importante papel los artículos 146 a 148 de la Ley de Sociedades Anónimas, el artículo 137 del Reglamento del Registro Mercantil y el Modelo XIII acompañatorio de dicho Reglamento. Aparte de ello citaremos otros preceptos que pueden llevarnos a conclusiones muy de acuerdo con las sustentadas por la Dirección General, en contra de la tesis sostenida brillantemente por el Notario recurrente.

Estimo que en esta discusión doctrinal provocada por el recurso, están indebidamente mezcladas dos ideas que, por supuesto, son compatibles, pero que aisladamente pudieran llevarnos a puertos de conclusiones más pacíficas. Una puede ser el aspecto sustantivo del fenómeno que entraña la fusión y otro el aspecto formal de su reflejo en el Registro Mercantil. Anticipemos, sin embargo, que al hablar de creación y extinción de Sociedades Mercantiles la inscripción y, por supuesto la cancelación, vienen a ser requisitos sustanciales para reputar existentes o extinguidas las mismas. Afirmación ésta que, aun siendo discutida doctrinalmente, es presupuesto básico que la Ley refleja en el artículo 6 y en el 153 y que el Reglamento del Registro Mercantil ratifica en el artículo 86. Partiendo de estas bases vamos a distinguir los dos aspectos citados.

a.—*Aspecto sustantivo.*—El fenómeno de la fusión y cualquiera que sea la clase o la forma de llevar a cabo esta transformación del ente social exige, a juicio de RODRIGO URÍA, cuatro presupuestos: 1.º Disolución de todas o de alguna de las sociedades que se fusionan. 2.º Transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades disueltas a la sociedad anónima nueva o a la absorbente. 3.º Ausencia de liquidación en las sociedades fusionadas, y 4.º Paso de los socios que integraban las sociedades extinguidas por la fusión a la sociedad nueva o a la absorbente.

El autor anteriormente citado, con el prestigio que su opinión lleva consigo, dice que es cosa evidente que la fusión exige en todo caso la disolución de alguna de las sociedades participantes en la operación. Si los artículos 142, 146 y 148 de nuestra Ley ya son por sí suficientemente claros sobre este punto, viene además el artículo 150 a disipar cualquier posible duda, incluyendo entre las causas de disolución de la sociedad anónima «la fusión o absorción a que se refieren los artículos 142 y 148». Está, pues, claro —remata el autor citado— que sin disolución no puede haber fusión.

Previa, pues, a la absorción está la disolución de la sociedad absorbida, aunque esta disolución esté basada, como dice el Notario en su informe, en la concentración de empresas, en la cual desaparece la actividad separada e independiente de la entidad absorbida, pero continuando integrada en la Sociedad resultante de la concentración. La absorción es, conforme hemos visto, una causa de disolución. La

Dirección General en su último considerando así lo reconoce e igualmente el Notario, pero mientras este último estima que es lo mismo que figure primero la disolución o la absorción, la Dirección matiza y considera que «el asiento que se extienda publicará la causa que ha motivado dicha disolución, o sea, la absorción de la sociedad». Con ello no creo que la Dirección General quiera decir que lo único que va a publicar el Registró sea la absorción y como consecuencia de la misma el cierre registral de la sociedad absorbida, sino que el asiento que se practique reflejará la disolución de la sociedad como requisito previo para poder realizar la absorción, que es causa de dicha disolución.

Lo que sucede es que, por razones de economía, la escritura de fusión reflejará la previa disolución y la absorción, así como en el Registro se hará constar el cierre y la inscripción de absorción. Todo ello conforme a lo que disponen los artículos 148 de la Ley de Sociedades Anónimas, 137 del Reglamento del Registro Mercantil y Modelo XIII acompañatorio. Sin embargo, esta normativa, pensada para los casos normales, al no contemplar el supuesto de hecho ahora existente entorpece la argumentación sustantiva.

Tampoco creo que pueda ser argumento decisivo el utilizado por el Notario al contemplar el supuesto de que sea la sociedad absorbida la que otorgue la escritura de disolución, pues en este caso, dice el recurrente, el asiento de disolución que se practique sólo publicará la eventual, futura e incierta extinción que sólo tendría lugar caso de ejecución de la absorción. Aún suponiendo que pueda darse ese caso, lo que ya es difícil admitir es que solamente se presente a inscripción la escritura de disolución sin ser acompañada de la de absorción. No obstante, aún admitiendo ese supuesto excepcional, lo que sí sucedería es que si la escritura de absorción no se otorga, siempre habría la posibilidad de rectificar el Registro conforme a las normas del Reglamento Hipotecario (disposición cuarta de las transitorias y adicionales).

b.—*Aspecto formal.*—Parece ser decisiva para resolver el aspecto formal de la cuestión la forma de proceder que impone el artículo 137 del Reglamento del Registro Mercantil y el Modelo XIII ya citado, conforme a los cuales hay que realizar una sola inscripción de absorción y disolución en la hoja de la sociedad absorbente y extender nota de cierre en el folio de la absorbida. Así lo reconoce una de las argumentaciones dadas por el Registrador en defensa de su nota y la Dirección General en uno de sus considerandos, refiriendo, sin embargo, esa forma de proceder al solo caso de que ambas sociedades —absorbente y absorbida— estén en un mismo Registro.

La disposición cuarta de las transitorias y adicionales del Reglamento del Registro Mercantil remite al Reglamento Hipotecario en las materias de jurisdicción disciplinaria, publicidad formal, rectificación de errores, honorarios «y demás materias no previstas en este Reglamento». Forzando un poco la argumentación hemos visto que el caso contemplado por el recurso no estaba incluido expresamente en la norma reglamentaria, pues aplicando la misma a ese supuesto podrían contravenirse otras como el artículo 146 de la Ley de Sociedades Anónimas, 30, 4.º de la Responsabilidad Limitada y 86, 7.º del Reglamento Mercantil.

Si no estaba contemplado, habrá que acudir al Reglamento Hipotecario y en él ver el espíritu que anima la doctrina contenida en el artículo 383 al dictar una norma coordinadora entre dos Registros: es imposible inscribir en el Registro de la

Propiedad una aportación a sociedad que antes no está inscrita en el Registro Mercantil. La doctrina es clara y perfectamente aplicable al caso contemplado: no es posible inscribir una absorción de sociedad que previamente no se ha disuelto y su disolución se ha hecho constar en el Registro respectivo.

Es bien cierto, como pone de relieve JESÚS RUBIO, que la Ley de sociedades anónimas no expresa la necesidad de la inscripción de la absorción, siendo una laguna inexplicable, pues constituye el elemento decisivo para determinar el momento de eficacia de la fusión y la posición como socios de la sociedad absorbente de los procedentes de las absorbidas, pero también es cierto que si la Ley no lo dice, pueden ser aplicadas las normas de modificación estatutaria, y los artículos 86, 136 y 137 del Reglamento Registro Mercantil.

Aparte de estos argumentos, la Dirección General acertadamente añade que el artículo 137 del Reglamento del Registro Mercantil es perfectamente aplicable en los casos en que ambas sociedades están inscritas en un mismo Registro Mercantil, ya que el Registrador puede calificar ateniéndose a lo que resulte de «los correspondientes asientos del Registro», lo que no ocurre en el caso del recurso, con la posibilidad de que pueda existir en los que el Registrador no tiene a la vista alguna circunstancia que impida la absorción.

**SOCIEDAD COMANDITARIA: CESE Y NOMBRAMIENTO DE GERENTE.**—LA VOLUNTAD SOCIAL EN UNA SOCIEDAD DE TIPO PERSONALISTA PUEDE MANIFESTARSE DE CUALQUIER MODO, SIN QUE SEA NECESARIO ACUDIR A LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE NORMAS ESPECIALES DICTADAS PARA OTRA CLASE DE SOCIEDADES. (Resolución de 2 de noviembre de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 1 de diciembre de 1971).

*Hechos.*—En el recurso gubernativo interpuesto por don Ricardo Rodríguez Quintana y otros, contra la negativa de V. S. a inscribir un acuerdo sobre cese y nombramiento de Gerente de la Sociedad en comandita «Rodríguez y Moreno»;

Resultando que por escritura otorgada en Las Palmas, el 25 de octubre de 1922, ante el Notario don José Múrtula Soler, se constituyó la Compañía Mercantil Rodríguez y Moreno, Sociedad en comandita; que como consecuencia de acuerdo tomado en Junta General el 22 de agosto de 1946 se otorgó otra escritura ante el Notario don Juan Zabaleta Corta, cuya cláusula II dice lo siguiente: «La designación de Gerente a favor de don Alejandro Rodríguez Quintana, es irrevocable mientras dure la vida de los padres de los otorgantes, don Francisco Rodríguez Moreno y doña María del Carmen Quintana Cruz, pero una vez fallecidos ambos padres, podrán los socios colectivos, por mayoría de capital, designar nuevo Gerente si así lo estimasen conveniente, pero entendiéndose que mientras no hiciesen uso de este derecho seguirá desempeñando el cargo de Gerente don Alejandro Rodríguez Quintana»; que una vez fallecidos los citados padres, mediante acta autorizada por el Notario de Las Palmas don José María Bloch Rodríguez, el 14 de noviembre de 1969, los recurrentes, que integraban, junto con el Gerente, la totalidad de los socios, requirieron a don Alejandro Rodríguez Quintana, que ocupaba el mencionado cargo, para que con toda urgencia, y en el plazo máximo de cinco días, convocase Junta General, que habría de celebrarse dentro de los

veinte siguientes, con objeto de nombrar nuevo Gerente, absteniéndose, mientras tanto, el requerido, de realizar otras operaciones que las indispensables al normal desarrollo del negocio; que el notificado contestó dentro del plazo legal accediendo a la petición y citando, en consecuencia, a los socios a Junta General, que habría de tener lugar el 17 de diciembre, en el domicilio social, para tratar del nombramiento de nuevo Gerente y presentar el balance de situación; que los recurrentes estimaron que el plazo señalado era demasiado largo, por lo que acordaron celebrar la reunión en fecha más próxima, y, a tal fin, el 21 de noviembre de 1969, mediante acta autorizada por el Notario don Mariano Nieto Lledó, citaron al mencionado Gerente, don Alejandro Rodríguez Quintana, para la Junta que se celebraría el 26 de noviembre de 1969; que el requerido manifestó que tenía que ausentarse a Madrid, exhibiendo a tal efecto pasaje en la Compañía Iberia, adquirido el día 15 anterior, para ser utilizado el 23, por cuyo motivo no estaría en la reunión del 26, manteniendo por su parte la convocatoria hecha por él para el 17 de diciembre, que se acomodaba, según dijo, a las pretensiones de los requirentes, y sin que hiciese uso de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas, que señala un plazo de treinta días a partir de la fecha en que hubiesen sido requeridos notarialmente los Administradores para convocar a Junta general; que igualmente manifestó que consideraba ilegal la convocatoria de los requirentes por ser contraria a lo pretendido por ellos mismos en su requerimiento de 14 de noviembre y a lo dispuesto en el citado artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas; que en el mismo acto requirió, a su vez, a los requirentes para que se abstuviesen de inmiscuirse en los asuntos y negocios de la Compañía, de penetrar en sus locales y de sacar libros y papeles de la Sociedad, debiendo reintegrar los documentos contables que habían tomado, acción que paralizaba la contabilidad de la Empresa; que el señalado 26 de noviembre se celebró, sin la asistencia del gerente, don Alejandro Rodríguez Quintana, la Junta general convocada por los restantes socios, tomándose el acuerdo de destituir al nombrado gerente, designando para sustituirle a don Arturo Rodríguez Quintana, quien tendría las facultades administrativas que específicamente se señalaban; con fecha de 7 de octubre de 1970 se presentó en el Registro Mercantil de Las Palmas una certificación del acta de la anterior Junta general, cuya inscripción fue denegada, sin que se recurriese contra la misma; que el 2 de enero de 1971 los concurrentes a la Junta del 26 de noviembre de 1969 comparecieron en el estudio de don Mariano Nieto Lledó y le manifestaron que habían decidido celebrar nueva Junta general el día 15 siguiente para ratificar los acuerdos tomados en la reunión anterior, por lo que le requerían para que citase al socio don Alejandro Rodríguez Quintana, diligencia que tuvo lugar el día 5 de enero, manifestando el interesado que la convocatoria no era válida por las razones que expuso; que el día 15 de enero, y en presencia del citado notario, tuvo lugar la reunión anunciada con asistencia de todos los socios colectivos—excepto el antiguo gerente—, que ostentaban la mayoría absoluta del capital social, asistiendo también, aunque sin voz ni voto, el único socio comanditario, don Manuel Rodríguez Quintana; que en la reunión se acordó ratificar el cambio de gerente tomando en la Junta celebrada el 26 de noviembre de 1969 y el otorgamiento de la correspondiente escritura pública para su inscripción en el Registro Mercantil; y que el 23 de marzo de 1971 se otorgó tal escritura,

aceptando don Ricardo Arturo Rodríguez Quintana el cargo para el que había sido nombrado, prometiendo desempeñarlo fiel y lealmente;

Resultando que presentada en el Registro Mercantil de Las Palmas primera copia del anterior documento, junto con otros complementarios, fue calificada con una nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción que se pretende, del acuerdo sobre revocación en el cargo de gerente de la Sociedad, del socio colectivo don Alejandro Rodríguez Quintana y nombramiento del nuevo gerente, con específicas facultades de administración, en favor del también socio colectivo, don Ricardo Arturo Rodríguez Quintana, porque no obstante haberse tomado dicho acuerdo por los restantes socios, con exclusión del primeramente nombrado, esta voluntad, aunque mayoritaria, no constituye verdadero «acuerdo social» con fuerza vinculante, toda vez que se adopta en reunión no convocada debidamente, o sea, por el socio que en tal momento ostentaba la cualidad de gerente y administrador único de la Sociedad, quien, por otra parte, y a requerimiento de los demás socios, había convocado a Junta general, con el preciso objeto de proceder estatutariamente a la designación de nuevo gerente—aparte de la presentación de balance de situación correspondiente—, sin que toda la documentación aportada resulte que dicha Junta hubiese tenido lugar ni los motivos de su no celebración»;

Resultando que don Ricardo Rodríguez Quintana y otros socios de la Compañía Mercantil «Rodríguez y Moreno», Sociedad en comandita, interpusieron recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegaron: que en la segunda quincena de noviembre de 1969, es decir, después de haber sido requerido para que se abstuviera de disponer del patrimonio social y convocase Junta general para el nombramiento de nuevo gerente, don Alejandro Rodríguez Quintana, pretextando dificultades de tesorería, gestionó y obtuvo de los Bancos Hispano Americano y Español de Crédito, de Las Palmas, que le admitiera a descuento, en cada uno de ellos, una letra por valor de quinientas mil pesetas, libradas por «Rodríguez y Moreno», Sociedad en comandita, y aceptadas por Almacenes Bravo, S. A., Empresa perteneciente a la primera Sociedad, según resulta del balance de situación cerrado el 31 de octubre de 1969, si bien todas sus acciones fueron adquiridas por don Alejandro Rodríguez Quintana durante su gerencia; que abonado medio millón de pesetas en las respectivas cuentas de «Rodríguez y Moreno», Sociedad en comandita, en cada uno de los citados Bancos, fue extraído el millón de pesetas mediante cuatro cheques de doscientas cincuenta mil pesetas firmados por el interesado como gerente de «Rodríguez y Moreno», Sociedad en comandita, y que ingresó en su cuenta personal de la Caja Insular de Ahorros; que las dos letras de cambio referidas no fueron atendidas a su vencimiento, por lo que se protestaron, y sus respectivos importes—un millón de pesetas en total—cargados en las cuentas de «Rodríguez y Moreno», Sociedad en comandita, en los Bancos tenedores; que teniendo en cuenta los anteriores acontecimientos y temiendo que la demora en la reunión de la Junta diese ocasión a nuevas maquinaciones en propio beneficio del gerente, decidió a los recurrentes a convocar la Junta señalada para el día 26 de noviembre, a la que fue citado notarialmente don Alejandro Rodríguez Quintana; que la reunión tuvo lugar en la fecha indicada sin la asistencia del mismo, pero sí la de todos los demás socios, que representaban las siete



octavas partes del capital colectivo; que en tal Junta se acordó por unanimidad la remoción como gerente de don Alejandro Rodríguez Quintana, nombrándole para sustituirle a don Ricardo Arturo Rodríguez Quintana y así consta en el acta de la reunión levantada por el notario don Mariano Nieto Lledó, que asistió a la misma; que presentada en el Registro certificación de los acuerdos tomados, fue denegada la inscripción por determinados defectos que se señalaban en nota de fecha 8 de octubre de 1970; que para resolver esta dificultad se convocó nueva Junta general para el día 15 de enero de 1971, a la que fue notarialmente citado el antiguo gerente; que la reunión tuvo lugar en la fecha indicada, con asistencia de todos los socios de la Compañía, salvo el colectivo mencionado, ratificándose por unanimidad el acuerdo de sustituir al anterior gerente, don Alejandro Rodríguez Quintana, por don Ricardo Arturo Rodríguez Quintana, a cuyo efecto se otorgaría la oportuna escritura pública para su inscripción en el Registro Mercantil; que autorizada ésta por el notario don Mariano Nieto Lledó, que había concurrido a la Junta, se presentó en el Registro primera copia del citado instrumento, acompañado de certificaciones de defunción de los padres de los interesados, que fue calificada con nota contra la cual se recurre; que las sociedades comanditarias por acciones carecen de reglamentación propia en la legislación española, por lo que debe entenderse que le son aplicables las normas de las comanditarias simples, las cuales, de acuerdo con la Ley—arts. 145 y ss. del Código de Comercio—y la doctrina, son una subespecie de la compañía colectiva; que en la gestión de estas sociedades, si falta designación del Administrador todos los socios colectivos lo son, si fue nombrado estatutariamente no podrá ser removido del cargo por los otros socios colectivos, pero si no fue nombrado en el contrato social puede ser libremente privado de la gerencia en el modo y forma previstos en las reglas sociales o acto en que fue nombrado; que éste es el supuesto aplicable, según lo expuesto, a la Compañía «Rodríguez y Moreno», Sociedad en comandita; que según la escritura de 22 de agosto de 1946 «podrán los socios colectivos, por mayoría de capital, designar nuevo gerente», sin que se hable para nada de previa reunión o Junta de socios debidamente convocada; que por ello estiman es errónea la calificación del Registrador; que, además, y en todo caso, entienden que hubo acuerdo social en la Junta debidamente convocada, ratificado en otra posterior, a las que asistieron, con excepción de don Alejandro Rodríguez Quintana, todos los demás socios de la Compañía, representantes de las siete octavas partes del capital social, que resolvieron por unanimidad dejar sin efecto la designación del gerente hecha a favor de don Alejandro Rodríguez Quintana, por escritura de 22 de agosto de 1946, y nombrar para sustituirle a don Ricardo Arturo Rodríguez Quintana; que si don Alejandro no concurrió a las Juntas celebradas, a las que fue citado notarialmente, fue porque no quiso; que el Código de Comercio no contiene precepto alguno que determine quién ha de convocar las Juntas generales en las sociedades colectivas y comanditarias, por lo que debe entenderse que, salvo que otra cosa se prevenga en las reglas o estatutos sociales, podrá hacerlo cualquiera de los socios colectivos, dada la condición de los mismos de administradores natos; que si existe un gerente, éste sólo ostentará tal facultad con carácter exclusivo cuando así se haya establecido en su nombramiento, cosa que no ocurre en el caso planteado; que la Resolución de 19 de noviembre

de 1957, que posiblemente haya tenido en cuenta el Registrador en su calificación, contempla un supuesto totalmente distinto; y que como fundamentos legales citan los artículos 49, 50, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 63 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil;

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación con los siguientes razonamientos: Que el presente recurso contempla dos problemas: a) El de la forma de revocar la gerencia conferida a un socio colectivo de una Sociedad en comandita por acciones, que le fue otorgada en cláusula modificativa del contrato social, con expresa previsión de poder ser revocada por los socios colectivos por mayoría de capital, y b) la compatibilidad de dos convocatorias de Junta general con el mismo orden del día, una hecha por el gerente de la Entidad y la otra por los restantes socios sin esperar a la celebración de la anterior; que mediante el contrato de Sociedad Mercantil surge una nueva personalidad jurídica distinta de la de cada uno de los socios; que la voluntad social de esta nueva personalidad jurídica procede de un acto colegial implícito en el artículo 55 de la Ley de 17 de julio de 1951, que exige para considerar debidamente convocada y constituida la Junta general, la previa aceptación por unanimidad de la celebración de aquélla; que las compañías mercantiles se rigen por las cláusulas y condiciones de sus contratos y, en cuanto en ellos no se determine, por las disposiciones del Código de Comercio; que la voluntad colectiva, de orden institucional, requiere el acuerdo social en forma como demuestra el propio comportamiento de los recurrentes que en primer lugar solicitaron del gerente la convocatoria de la Junta y luego la convocaron ellos mismos, pues si no fuese así hubiera bastado que cada uno de los socios colectivos manifestase su voluntad de revocar en el cargo de gerente al citado don Alejandro Rodríguez Quintana, lo que a todas luces habría sido absolutamente improcedente; que la repetida voluntad social es la que se obtiene en las Juntas generales debidamente convocadas; que al no existir regulación legal específica de las sociedades comanditarias por acciones, habrá que acudir a las que le sean subsidiariamente aplicables, entendiéndose que éstas son las de las sociedades anónimas, según resultado de lo dispuesto en el artículo 4 y disposición transitoria 3.ª de la Ley de 17 de julio de 1951, criterio mantenido por la doctrina y por el Derecho comparado, que suelen considerar a estas sociedades como una subespecie de las anónimas; que en consecuencia, por aplicación analógica, tanto de la citada Ley como de la de 17 de julio de 1953 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, es evidente que incumbe al administrador o gerente la convocatoria de la Junta, bien por su propia iniciativa o a instancia de los socios; y que, en cuanto al segundo problema, convocada Junta general por el gerente, a instancia precisamente de los recurrentes y con el objeto por ellos pretendido, para celebrar dentro del plazo de treinta días que señala el artículo 56 de la Ley de 17 de julio de 1951, no es legalmente posible la convocatoria de otra Junta por los restantes socios y con el mismo orden del día, no sólo por infringirse por los recurrentes la doctrina de los actos propios y el principio general de derecho *non bis in idem* y porque de admitir dicha compatibilidad se produciría un confusionismo social en la vida de la propia Entidad, sino porque dados los términos en que se expresan, tanto el artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas como el 15 de las de Res-

ponsabilidad Limitada, no obstante conceder a los socios la facultad de instar la convocatoria a las Juntas, es siempre al administrador al que compete convocar, de donde hay que deducir la nulidad de la convocatoria origen del acuerdo tomado y cuya inscripción se pretende.

*Doctrina.*—«Considerando que este expediente plantea la cuestión de si es inscribible una escritura en la que todos los socios colectivos de una sociedad comanditaria—excepto uno, que es el actual gerente—acuerdan por unanimidad dejar sin efecto el nombramiento de este último y designar en su lugar a otro de los socios para este cargo, cuando tal acuerdo se ha adoptado sin haber sido convocada Junta social en igual forma o análoga a como se previene se haga para las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada por la legislación vigente».

«Considerando que tanto las sociedades colectivas como las comanditarias, por su carácter de sociedades personalistas, presentan una regulación especial que las distingue de la anónima—típicamente capitalista—y de la de responsabilidad limitada, y que tiene su fundamento en la responsabilidad personal y solidaria de los socios por las operaciones que se hagan en nombre de la Sociedad, y ello se traduce, sin duda, en el aspecto administrativo, en la no necesidad de Junta general ni de que la validez de los acuerdos sociales quede sujeta a un régimen de formalidades establecido, y por ello, a diferencia de la sociedad anónima—artículo 15 de su Ley especial—, el Código de Comercio establece en el artículo 29 que cuando no hay pacto especial, los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la Sociedad, en el 132 la posibilidad de pedir judicialmente por los mismos socios el nombramiento de un administrador en caso de gerente estatutario que usase mal de la facultad de administrar, el 148 indica la aplicación de las mismas normas en caso de sociedad comanditaria, y el 150 la posibilidad de examinar el balance durante un plazo establecido, sin que en todos estos casos haya de ser convocada Junta social.»

«Considerando que en el presente caso se trata de la revocación de la facultad de administrar que tenía uno de los socios sin ostentar el carácter de gerente estatutario y la subsiguiente designación de nuevo administrador, acto típicamente social, en el que la sociedad hace valer un poder que le había sido conferido estatutariamente, y que exige, tal como declaró la Resolución de 19 de noviembre de 1957, un procedimiento y mecanismo idóneo para que se forme esa voluntad común que impulse y legitime el acto social.»

«Considerando que, tal como se ha indicado en el segundo de los Considerandos, la voluntad social en una sociedad de tipo personalista puede ser recogida de cualquier manera al ser suficiente la manifestación de las singulares voluntades de los socios, según se deduce de los artículos allí citados, sin que sea necesario acudir a la aplicación analógica de normas especiales dictadas para otra clase de sociedades, y que, en consecuencia, tenga que ser convocada en una sociedad colectiva o comanditaria, forzosamente, la Junta, por el administrador en funciones o en su defecto por el Juez, pues de los propios preceptos que en Sección 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del Título I del Código de Comercio regulan estas sociedades, se deduce la no necesidad de tales formalidades y una mayor libertad de procedimiento para la obtención de un acuerdo social.»

«Considerando que por lo expuesto hay que estimar como acto social al realizado por los comparecientes al reunirse en el domicilio de la sociedad, en donde, tras la correspondiente deliberación, se adoptaron por unanimidad los acuerdos discutidos, de los que se levantó acta notarial, y que, junto con las certificaciones correspondientes, sirvieron de base al otorgamiento de la escritura calificada, acuerdos notificados al socio hasta entonces gerente, sin que, como ya declaró este Centro en la Resolución de 7 de febrero de 1953 —y en un caso de mayor gravedad que el actual, por tratarse de una exclusión de socio en base a un acuerdo unánime de los restantes socios por decisión unilateral de éstos— deje de conservar, como es lógico, el gerente destituido la posibilidad de impugnar a *posteriori* las causas y motivos de su cese, sin que el cambio procesal que implica el actuar como demandante en lugar de demandado, desplace en este supuesto la carga de la prueba ni haga más oneroso su ejercicio, ni ponga en peligro sus intereses en caso de injusticia notoria, facilitando, en cambio, el normal desenvolvimiento de la sociedad.»

«Considerando, por último, que no cabe pueda producirse un confusionismo en la vida de la sociedad ante la posibilidad de acuerdos contradictorios, puesto que la Junta convocada por el entonces gerente a requerimiento de los socios —un año antes—, no tuvo lugar, y precisamente por no haberse celebrado se reunieron nuevamente los indicados socios para ratificar el acuerdo anterior sometido a debate.»

Esta Dirección General ha acordado revocar la nota y acuerdo del Registrador.

#### *Consideraciones críticas.*

El principal problema que esta Resolución plantea es el de la aplicación analógica a las sociedades comanditarias de las normas sobre convocatoria de Junta social de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Junto a él existen otros de menor entidad, pero que vienen agrupados en el caso concreto que se contempla. Creo que solucionado el primero, caen por su base los otros derivados.

Las naturales diferencias entre las llamadas sociedades personalistas colectivas y comanditarias, y las capitalistas, que tienen su fundamento esencial en el principio de responsabilidad personal y solidaria de los socios, produce una inevitable repercusión en el aspecto administrativo, en la no necesidad de Junta general, ni de que la validez de los acuerdos sociales quede sujeta a un régimen de formalidades establecido. Estas iniciales conclusiones que resplandecen en uno de los considerandos de la Dirección General llevan a excluir de aplicación analógica a los artículos 56 y 57 de la Ley de Sociedades Anónimas y 15 de la Limitada para el caso planteado y dar entrada sustantiva al artículo 9 del Código de Comercio, en el que se establecen que, a falta de pacto especial, los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad.

El argumento principal esgrimido por el Registrador en el informe que defiende su nota es la aplicación analógica de preceptos, y puesto que en las sociedades comanditarias la ley está huérfana de disposiciones de este tipo, habrá que acudir a las que sean «subsidiariamente» aplicables, siendo éstas las de las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada. Para que existiese analogía era preciso que se diese un caso que no estuviese previsto en la norma, pero que presentase afinidad o igualdad jurídica con otro u otros que la norma regula.

Pero no hay que confundir, decía CASTÁN, la analogía con la interpretación extensiva, ni con la subsidiaria. La extensiva se desenvuelve en torno a una disposición de ley, para comprender en ella casos no expresos en su letra, pero sí virtualmente en su espíritu. La analogía, por el contrario, opera sobre casos que no pueden resolverse por una disposición precisa. La subsidiaria es una exclusión de las anteriores, pues si subsidiariamente puede aplicarse una ley, la razón de analogía solamente puede entenderse implícita. El Registrador emplea la terminología de la «subsidiariedad» y cita a este respecto los artículos 4.º de la Ley de Sociedades Anónimas y disposición transitoria 3.ª de la misma, lo cual lleva, sin embargo, a decidirse por la tesis contraria, pues las sociedades comanditarias simples quedan siempre excluidas del sistema, y las por acciones que tengan un capital superior al fijado o se han convertido en anónimas o han quedado disueltas. Luego, eliminada la subsidiariedad, sólo queda la analogía, y ya hemos visto cómo la esencia del ente social impide la aplicación analógica de normas a supuestos que responden a principios totalmente diferentes.

Sustancialmente ésta es la nota característica de la resolución comentada: la voluntad social de una sociedad de tipo personalista puede modificarse de cualquier modo, sin que sea preciso aplicar analógicamente las normas especiales dictadas para otra clase de sociedades. Todo en base del artículo 29 citado del Código de Comercio y la inaplicación a este caso de lo que disponen los artículos 132 y 148 del mismo Código en relación con el gerente estatutario y la posibilidad de pedir al Juez el nombramiento de un administrador.

La referencia al Gerente estatutario podría plantear alguna posible duda, pero ya de los antecedentes de hecho hemos visto que el gerente no fue nombrado en el acto constitucional en el año 1922 y sí lo fue en el año 1946 con carácter condicional hasta el fallecimiento de los padres de los otorgantes, pudiendo los socios colectivos, una vez ocurrido dicho hecho, por mayoría de capital, designar nuevo gerente si así lo estimasen conveniente. La figura que aquí aparece dista mucho de reunir las condiciones de Gerente estatutario de que habla el artículo 132 del Código de Comercio y cuyas características resume la Resolución de 7 de febrero de 1953, entre las que figura la más esencial a nuestro juicio: el que no se hayan determinado causas específicas de revocación y aquí, como hemos visto, se concede a los socios la facultad de revocar el cargo, designando nuevo gerente.

Aun y a pesar de que el recurrente cita la Resolución de 19 de noviembre de 1957, como argumento contrario utilizado por el Registrador, el centro directivo cita precisamente esta Resolución para apoyar sus argumentos y revocar la nota del Registrador. Esta Resolución establecía la necesidad de «un procedimiento y un mecanismo idóneos, mediante los cuales la pluralidad de sujetos opera como creadora de la voluntad común, medio técnico que no es otro que la organización colegiada deliberante, para que surja el acto dotado de unitaria relevancia jurídica y de general eficacia». Ello nos lleva a perfilar el supuesto de hecho en el que existen, por así decirlo, tres convocatorias: la primera realizada por el gerente a instancia de los socios; la segunda, anticipándose los socios a la fecha de la señalada, y la tercera, celebrada con posterioridad para ratificar acuerdos adoptados en la segunda. La Dirección General estima que esta última reunión es un «acto social» en el que los socios se reúnen en el domicilio de la

sociedad y acuerdan por unanimidad los actos que se solicitan inscribir, levantándose de ello la correspondiente acta notarial.

La causa de esta última reunión reside en la falta de celebración de la primera que fue convocada por el gerente, pero que no pudo celebrarse, pues los socios, indebidamente, acordaron sin unanimidad celebrar una reunión con anterioridad. Sólo la última de las reuniones citadas cabe señalarla como válida, pues acordada por todos los socios, sobre la base del artículo 29 del Código de Comercio, fue notificada al gerente, quien no asistió a la misma. Ello no obsta, dice la Dirección General, para que el gerente conserve la posibilidad de impugnar el acuerdo social *a posteriori* y sus causas y motivos, sin que el cambio procesal que implica el actuar como demandante en lugar de demandado, desplace en este supuesto la carga de la prueba ni haga más oneroso su ejercicio, ni ponga en peligro sus intereses en caso de injusticia notoria, facilitando, en cambio, el normal desenvolvimiento de la sociedad.

De todo ello, se deduce que la Dirección General, en contra del criterio del Registrador, estima legitimada para la convocatoria de la Junta a la voluntad social, sin que sea precisa la intervención del socio gerente para realizar la convocatoria social.

### DERECHO HIPOTECARIO

**CAMBIO DE DENOMINACIÓN DE UNA SOCIEDAD: SU CONSTANCIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—LA NOTA MARGINAL ES EL ASIENTO ADECUADO PARA HACER CONSTAR EL CAMBIO DE NOMBRE O DENOMINACIÓN DE UNA SOCIEDAD QUE ES TITULAR DE BIENES INMUEBLES INSCRITOS.—TESTIMONIO NOTARIAL.—PARA QUE EL TESTIMONIO PUEDA TENER ACCESO AL REGISTRO, HA DE ESTAR EXTENDIDO A SOLICITUD DE PERSONA QUE TENGA DERECHO A QUE SE LE EXPIDA LA COPIA CORRESPONDIENTE. (Resolución de 26 de noviembre de 1971. *Boletín Oficial del Estado* de 12 de enero de 1972.)**

*Hechos.*—En el recurso gubernativo interpuesto por el notario de Madrid, don Florencio Porpeta Clérigo, y Unión Explosivos Riotinto, S. A., contra la negativa del Registrador de la Propiedad núm. 3, de la capital, a extender notas marginales a inscripciones de dominio pendiente en este Centro, en virtud de apelación del Registrador;

Resultando que por escritura otorgada en Madrid ante el notario recurrente el 24 de julio de 1970 se estipuló la absorción de la Compañía Española de Minas Riotinto, S. A., por Unión Española de Explosivos, S. A., que en lo sucesivo giraría bajo el nombre «Unión Explosivos Riotinto, S. A.»; que cumplidos los requisitos fiscales, la citada escritura se inscribió en el Registro Mercantil, en la hoja de La Unión Española de Explosivos, constando en la inscripción el cambio de nombre social verificado al amparo del artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas; y que en instancia de 2 de febrero de 1971, en base al citado artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas, se solicitó del Registrador de la Propiedad núm. 3, de Madrid, hiciera constar mediante las correspondientes notas al margen de las inscripciones de las fincas que figurasen a nombre de la Unión Española de Explosivos, S. A., que su actual denominación es Unión Explosivos Riotinto, S. A., para lo cual se acompañó a la instancia fotocopia de la primera

copia de la escritura de fusión por absorción de las expresadas Sociedades, inscrita en el Registro Mercantil;

Resultando que el anterior documento fue calificado con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento en unión de una instancia, el día 2 del presente mes, se suspende la extensión de la nota marginal solicitada por observar los siguientes defectos: 1.º Solicitarse que se ponga en todas las fincas inscritas a nombre de la Unión Española de Explosivos, S. A., nota marginal haciendo constar el cambio de nombre de dicha Sociedad por el de Unión Explosivos Ríotinto, S. A., y entender el Registrador que suscribe que el asiento que debe practicarse es el de inscripción. 2.º No describirse ni expresarse los bienes inmuebles objeto de la inscripción o nota marginal. 3.º Haberse presentado varias fotocopias de la primera copia con una diligencia al final de la misma en la que el Notario autorizante afirma son reproducción exacta del documento a que las mismas se refieren, y entender el Registrador que suscribe que debe presentarse la primera copia original. 4.º El autor de la instancia afirma que es Apoderado de Unión Explosivos Ríotinto, S. A., pero no se acompaña el poder ni está legitimada la firma. No se ha solicitado anotación preventiva de suspensión. Se ha cumplido la regla c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario, manifestando mi cotitular don Emilio de la Vara Ortiz, que está conforme con esta calificación.» En la instancia, se puso esta otra nota: «Se ha tenido en cuenta la presente instancia en la calificación de la escritura otorgada en Madrid a veinticuatro de julio de mil novecientos setenta, ante su Notario don Florencio Porpeta Clérigo, con el número mil setenta y cuatro de su protocolo»;

Resultando que el Notario autorizante del instrumento y la Sociedad interesada interpusieron recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegaron: que si el Registrador entendía que no era procedente el asiento pedido, sino otro distinto, debió negar la práctica del solicitado y no suspenderlo; que el funcionario calificador emite un juicio personal pero no da las razones por las que entiende no procede el asiento pretendido sino otro distinto; que si bien el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y complementarios de la misma y su Reglamento dicen que los Registradores calificarán bajo su responsabilidad los documentos presentados, esta norma está condicionada por una serie de limitaciones legales entre las que interesa destacar el hecho de que el documento ha sido previamente calificado e inscrito en el Registro Mercantil; que las Resoluciones de 9 de diciembre de 1943, 24 de diciembre de 1948, 24 de enero de 1949 y 21 de febrero de 1951, entre otras, apoyándose en la legitimación concedida a las inscripciones que se practiquen en el Registro Mercantil, declaran que las cuestiones referentes a las Sociedades Mercantiles debidamente registradas, no pueden plantearse de nuevo ante el Registrador de la Propiedad, al que niegan competencia para calificar sobre lo ya resuelto; que el título presentado en el Registro de la Propiedad para que se extienda la nota marginal solicitada, ha sido previa y debidamente calificado en el Registro Mercantil y, en consecuencia, no puede ser calificado de nuevo por el Registrador de la Propiedad, debiendo bastarle saber que el documento figura ya inscrito en aquél, sin preocuparse de más ni tener que comprobar ningún otro extremo; que la petición hecha, de acuerdo con el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas, es que se consigne al margen de las fincas pertenecientes a una Sociedad que ha cambiado de nombre, esta circunstancia, sin que deba entrarse en

calificar si el cambio de nombre se ha producido legalmente ni si la Sociedad ha modificado su personalidad jurídica, pues estos hechos vienen perfectamente demostrados por su inscripción en el Registro Mercantil; que las inscripciones se refieren a la creación, modificación o extinción de derechos reales y aquí sólo se pretende la anotación del cambio de nombre de un titular registral que no desaparece ni trasmite ni altera su personalidad jurídica, por lo que, la escritura presentada no debe considerarse a estos efectos como un título inscribible; que el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas —posterior a la Hipotecaria— dice categóricamente que la vía de acceso al Registro del acto jurídico controvertido es la nota marginal; que no existe ni en la Ley ni en el Reglamento Hipotecario precepto alguno que defina este asiento sino que solamente el artículo 41 del Reglamento contiene una relación de las anotaciones que suelen practicarse; que a lo largo de los citados Ley y Reglamento, se encuentran preceptos aislados relativos a notas marginales y en todos ellos se advierte la misma característica, que es la de tener por objeto la consignación en el Registro de una modificación jurídica que ha de surtir determinado efecto pero que no alcanza categoría suficiente para merecer una inscripción principal; que si se comparan los requisitos exigidos para las inscripciones extensas o concisas y para las anotaciones, se observa que de las notas marginales quedan excluidos los datos referentes a las características y gravámenes de las fincas, los cuales sería inútil consignar puesto que ya constan en la inscripción a cuyo margen se ponen; que si bien la Ley Hipotecaria en su redacción de 8 de febrero de 1946 no citó nominativamente entre las anotaciones que relaciona la de cambio de nombre social, el artículo 86 de la de Anónimas, posterior a la Hipotecaria, ha llenado con toda solemnidad aquella laguna al decir terminantemente que determinadas alteraciones de las Sociedades Anónimas que no modifican su personalidad jurídica, como son el cambio de nombre, de la sede social, del objeto o de las operaciones a que la Sociedad se dedique, se harán constar «en los demás Registros» por medio de notas marginales, una vez inscritos estos acuerdos en el Mercantil; que el citado artículo 86 no requiere que concurren los anteriores actos en un mismo documento ni que se utilice el procedimiento de la inscripción principal, sino que sólo exige que el acuerdo sea válido, se inscriba en el Registro Mercantil y se anuncie en la prensa diaria de la capital de la provincia, requisitos que se han cumplido en el presente caso; que aunque el Registrador habla de fotocopias refiriéndose al título presentado, lo que puede inducir a confusión, en realidad se trata de una fotocopia del mismo obtenida por el expresado sistema y a la que el acta notarial que da fe de la compulsión, la convierte en un testimonio notarial; que en este sentido y con arreglo a lo previsto en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no cabe duda de que el título presentado por la dación de fe consignada por el Notario, es un verdadero instrumento público que produce plenos efectos para que, a base de él, se tome la nota marginal que se pretende; que según el artículo 152 del Reglamento notarial, en su actual redacción dada por el Decreto de 8 de agosto de 1958, los instrumentos públicos podrán escribirse a mano, a máquina o por cualquier otro medio similar; que tampoco hay que olvidar que el Notario da fe de que la fotocopia presentada es reproducción exacta de la primera copia de la escritura original; que, ciertamente, aunque la Resolución de 7 de julio de 1944, permitió la presentación de un testimonio por exhibición de un auto judicial de declaración



de herederos, la de 13 de noviembre del mismo año dijo que esa autorización «no puede hacerse extensiva a una práctica notarial que trata de equiparar la primera copia de la escritura pública al testimonio por exhibición de la misma... como si las garantías de aquélla y éstos fuesen iguales», pero es lo cierto que en el presente caso, las citadas garantías resultan absolutamente iguales porque es el propio Notario autorizante de la matriz el que da fe de que la fotocopia notarial es reproducción exacta de la escritura de fusión por absorción autorizada por el mismo; que es lamentable que el legislador, al redactar el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas no se cuidara de hacer las necesarias aclaraciones en la Ley Hipotecaria que habrían despejado cualquier duda que pudiera presentarse; que en el presente caso de cambio *ad externum* de nombre, habría bastado con llevar esta circunstancia al índice correspondiente y a lo sumo con efectuar las oportunas menciones en los folios reales, quedando en lo demás inalterados los asientos; que para llevar un nombre al índice personal es preciso que el titular tenga algo inscrito, razón por la cual la inscripción en el folio real precede siempre a la consignación del nombre en el índice, y por este motivo, para seguir el camino más rápido y seguro, se solicitó primero la anotación en el folio real y luego el traspaso del dato al índice personal, pero incluso esta sencilla y legal solución ha sido rechazada por el Registrador; que la descripción de las fincas que parece exigir la nota calificadora no viene impuesta por ningún precepto legal puesto que, como se ha dicho, no se pretende una inscripción principal sino una simple anotación marginal; que por otra parte, lo que se trata de anotar no es una finca, sino un documento que acredita un cambio de nombre; que en definitiva parece que si se hace una mención indubitable de los bienes a que pudiera afectar ese cambio social, estaría sencillamente cumplido el requisito del documento complementario a que alude el artículo 33 del Reglamento Hipotecario, y eso es precisamente lo que se ha hecho mediante la instancia en que se pide la consignación de la nota en todas y cada una de las fincas que según el índice de propietarios del Registro figuren inscritas a nombre de la Unión Española de Explosivos, S. A.; que por ello, aunque no se describen —cosa que no es necesaria— no puede decirse que no se expresan «los bienes objeto de inscripción o nota marginal» sino que, por el contrario, la expresión de los citados bienes inmuebles es clara, precisa y terminante, puesto que se pide la consignación de la nota en todos aquellos en que figure como propietaria —según el índice del Registro— la Unión Española de Explosivos, S. A.; y, finalmente, que no contiene el defecto señalado de falta de poder en el solicitante, dados los claros términos del artículo 6, apartado d) de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento, en el segundo de los cuales se dice textualmente que «se considerará comprendido en el apartado d) del artículo 6 de la Ley a quien presente los documentos correspondientes en el Registro, con objeto de solicitar la inscripción», y precisamente el firmante de la instancia pidiendo la anotación marginal, que es apoderado de la Unión Explosivos Riotinto, S. A., no solamente hizo eso, sino que personalmente presentó los documentos en el Registro;

Resultando que el Registrador informó: Que el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas no es aplicable al Registro de la Propiedad, que se rige por normas propias, que son la Ley Hipotecaria y su Reglamento; que el artículo 9 de la citada Ley y 51 de su Reglamento, determinan las circunstancias de las inscripciones y cualquier variación posterior en las mismas tiene que constar en una

nueva inscripción salvo que un precepto especial autorice que se haga mediante nota marginal como ocurre en las segregaciones y en el cambio de nombre o número de las calles; que no existiendo tal precepto especial, las variaciones en las circunstancias de la inscripción, como son, por ejemplo, el cambio de uno de los linderos de una finca por la apertura de una nueva calle, tiene que hacerse por medio de otra inscripción; que todas las circunstancias que constan en la inscripción de una finca, la más importante, con gran diferencia, es el nombre del titular del derecho real inscrito, que no puede ser cambiado sin practicar una nueva inscripción; que no rige, por tanto, en este punto el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas; que la nota marginal que se solicita habría que redactarla en los siguientes o parecidos términos: «La Unión Española de Explosivos, S. A., ha cambiado su nombre por el de Unión Explosivos Riotinto, S. A., según consta en la escritura... que ha sido presentada» (fecha y firma), lo cual sería una inexactitud, porque no se trata de un simple cambio de nombre de una Sociedad, sino de la fusión de dos que como consecuencia han fusionado también sus nombres; que por tanto, como mínimo tendría que decir: «Las Sociedades Unión Española de Explosivos, S. A., y Minas de Riotinto, S. A., se han fusionado y como consecuencia han adoptado el nombre común de Unión Explosivos Riotinto, S. A.», con lo que se está fuera de lo previsto en el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas; que en un simple cambio de nombre —acto unilateral— sólo comparecen en la escritura los representantes de la Sociedad afectada y el Registrador únicamente califica la capacidad de los mismos, pero en una escritura de fusión, comparecen los representantes de todas las Entidades interesadas y hay que calificar los pactos estipulados y la capacidad de los representantes de las Sociedades que se fusionan; que el fin del Registro es la publicidad de los derechos reales sobre inmuebles en beneficio de sus titulares y de los terceros interesados, entre los cuales destacan los acreedores; que si se extendiese la nota que pretenden los representantes de Unión Explosivos, S. A., podrían embargar los bienes de Minas de Riotinto, S. A., pero los de esta última Sociedad no podrían hacer lo mismo en cuanto a cuanto a la primera; que para los representantes de la Sociedad recurrente se trata sólo de un problema de honorarios al tener las notas marginales el tope máximo de 500 pesetas y las inscripciones el de 12.500, pero para los Registradores titulares de la Oficina se trata de que en el Registro se extiendan solamente los asientos que deban practicarse; que en cuanto al segundo defecto se podría citar innumerable jurisprudencia, pero basta con referirse a los artículos 249 de la Ley Hipotecaria y 430 de su Reglamento, de cuyo texto resulta que la escritura no fue otorgada conforme a los requisitos legales como ordena el artículo 21 de la expresada Ley; que en cuanto al tercer defecto, la dificultad estriba en lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y 154 del Reglamento notarial; que en su vida profesional no se le ha presentado hasta ahora el problema de la validez de las fotocopias, que, lógicamente hay que estimar comprendidas dentro de lo previsto en el artículo 247 del Reglamento notarial en su última redacción, sobre el cual conviene que se pronuncie la jurisprudencia, dadas las dudas que suscita; que en cuanto al cuarto defecto, hay que tener en cuenta que los artículos 6.º de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento determinan las personas que pueden solicitar la inscripción, pero no la extensión de asiento o exigir nota de suspensión o denegación o interponer

recurso gubernativo, se necesita la misma capacidad que para interponerlo, y aunque el interesado ha acompañado el correspondiente poder al escrito del recurso, no está legitimada la firma del recurrente, formalidad necesaria, por ser desconocida de los Registradores; que la instancia tiene, además, el defecto de no reseñar el Documento Nacional de Identidad, y aunque este extremo, conforme a lo dispuesto en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, no puede discutirse en el recurso, si se puede hacer constar; y que, como observaciones finales, hace las siguientes: 1.<sup>a</sup> Que hubo cambio de impresiones entre los titulares de varios Registros sobre la cuestión discutida, y todos estuvieron de acuerdo en que no era aplicable el precepto que pretenden los recurrentes, manifestándolo así a los interesados, por lo que no puede estimarse que ha existido una situación de indefensión de los mismos; 2.<sup>a</sup> Que en la nota se dice que se habían presentado varias fotocopias, y aunque se trata de la fotocopia de un documento, no hay que olvidar que en el acto o diligencia notarial referente a la misma se dice textualmente: «las precedentes fotocopias numeradas correlativamente del uno al ciento setenta y ocho, ambos inclusive», etc., texto a que se atuvo el informante, y 3.<sup>a</sup> que se suspendió la práctica del asiento solicitado y no se denegó como entienden los recurrentes que procedía si el adecuado era otro distinto, porque estimaba que el defecto era fácilmente subsanable, ya que hubiese bastado con presentar otra instancia o dejar al criterio del Registrador la clase de asiento que debía practicarse, estimando igualmente el funcionario calificador que los demás defectos son también subsanables, aunque alguno no lo sea tan fácilmente. El informe va firmado por los titulares de los Registros en que se desdobló posteriormente aquel en donde el documento fue presentado con anterioridad a la división;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por los recurrentes y el funcionario calificador se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos.

*Doctrina.*—«Considerando en lo que se refiere al primero de los defectos señalados, que en la escritura calificada se pueden distinguir perfectamente dos clases de pactos, unos los relativos a la función por absorción que aparecen otorgados por los representantes de ambas sociedades y otros los correspondientes a la modificación de los estatutos de la sociedad absorbente, entre ellos el cambio de nombre, que están otorgados sólo por el representante de dicha sociedad, previo acuerdo de la Junta General de Accionistas de la misma, siendo de destacar que en dichas modificaciones estatutarias hay algunas que son consecuencia necesaria de la fusión, por ejemplo, el aumento de capital conforme a los artículos 142 y 148 de la Ley de Sociedades Anónimas, en tanto que otras no tienen tal carácter, como precisamente ocurre con el cambio de nombre, ya que es indudable que la sociedad absorbente podía haber seguido con su denominación primitiva»;

«Considerando que al no quedar alterada por la absorción la personalidad de la sociedad absorbente, ni ser el cambio de nombre social de la misma una consecuencia necesaria de dicha absorción, parece indudable que la constancia registral del mencionado cambio debe regirse por la norma que con carácter general para los cambios de nombre y otros que no suponen modificación de la personalidad jurídica de la sociedad, ni transmisión patrimonial alguna, contiene el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas, precepto éste que al referirse con expresión amplia a «los demás Registros», estableció sin duda, también en cuanto al de la Propie-

dad la nota marginal como medio de hacer constar tal cambio respecto de los bienes inscritos a favor de la sociedad, lo que por el rango de la disposición en que se contiene, podía hacerse sin inconveniente alguno»;

«Considerando que ni en la Ley ni en el Reglamento Hipotecario aparece expresamente regulada la forma de hacer constar en el Registro de la Propiedad el cambio de nombre de los titulares de bienes o derechos, por lo que se hace necesario acudir a otras normas, como la ya citada del artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas que establece como asiento procedente la nota marginal, sin que, por otra parte, pueda decirse que el referido precepto contradice la naturaleza de esta clase de asientos, toda vez que en la misma legislación hipotecaria se regulan diversas notas marginales que la doctrina denomina de modificación jurídica y que tienen por finalidad consignar registralmente hechos o circunstancias que alteran la situación jurídica registrada sin tener la trascendencia necesaria para motivar una nueva inscripción»;

«Considerando en lo que se refiere al segundo defecto alegado por el Registrador que, conforme a reiterada doctrina de este Centro Directivo, los títulos que pretenden tener acceso al Registro, deben contener la descripción de las fincas a que los mismos se refieran, sin que ni siquiera sea suficiente, como regla general, la simple consignación de los datos registrales y sólo en algunos supuestos excepcionales se admite por la legislación hipotecaria practicar asientos respecto a todos los bienes inscritos a nombre de una persona en virtud de títulos que no los describan, sin que sea uno de dichos supuestos el de la nota prevista en el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas»;

«Considerando, en cuanto al tercer defecto de la nota del Registrador, que el artículo 144 del Reglamento Notarial confiere al testimonio el carácter de instrumento público al decir que éste comprende «las escrituras públicas, las actas y, en general, todo documento que autorice el Notario, bien sea original, en copia o testimonio», si bien la gran variedad de tipos de testimonios, unida al hecho de carecer la legislación Notarial de una regulación completa de aquéllos, hace necesario acudir a los preceptos que regulan el instrumento público y especialmente a los referentes a las copias, evitándose así anomalías tan graves como las que podrían derivarse, por ejemplo, de la utilización de testimonios de poderes revocados, o de documentos de cualquier clase que han quedado desvirtuados por otros posteriores y, en general, de testimonios de documentos notariales, librados a solicitud de personas que no gozan del derecho a obtener copia de éstos»;

«Considerando que la manifestación del Notario amparada por la fe pública, e impresa al pie de una o varias fotocopias, de que coinciden con la primera copia de una escritura notarial ha de calificarse como testimonio por exhibición al que hay que aplicar, análogicamente, los artículos 221 y siguientes, especialmente el artículo 246, todos del Reglamento Notarial, permitiendo este último que se libre testimonio de determinados particulares de las matrices «a instancia de los que tuvieron derecho a copia», doctrina que ha de aplicarse, también, a los testimonios de copias de escrituras notariales, al menos cuando se pretenda su inscripción en el Registro de la Propiedad, debiendo, por tanto, consignarse, en el mismo testimonio, a favor de quien se expide, lo que no ha ocurrido en el presente caso»;

«Considerando, por último, y en cuanto al cuarto defecto, que tal como tiene

establecido el artículo 39 del Reglamento Hipotecario, la persona que haya presentado los documentos en el Registro ostenta el carácter de apoderado y podrá solicitar la práctica del asiento pretendido, dado el carácter rogado de nuestro sistema hipotecario, todo ello sin perjuicio de la facultad calificadora del Registrador para acceder o no a lo solicitado y de la superior decisión de esta Dirección General, si por el peticionario se hubiese interpuesto recurso gubernativo»;

Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del auto apelado, confirmar los defectos segundo y tercero de la nota del Registrador.

#### *Consideraciones críticas.*

Cuatro son los defectos que el Registrador de la Propiedad opone a la escritura presentada y cuatro han de ser las partes de nuestro comentario, para así dejar en esquema el esqueleto sustancial de la doctrina sustentada por la Dirección General de los Registros. Si bien es cierto que el problema crucial discutido es el de si el cambio de nombre de una sociedad mercantil debe reflejarse en el Registro en virtud de una inscripción o por medio de una nota marginal, es también de tener en cuenta que el fenómeno «subyacente» no es propiamente un cambio de nombre, sino una calificación de la naturaleza jurídica del acto o negocio realizado por la unión, fusión, absorción o transformación de las sociedades «Unión Española de Explosivos, S. A.» y «Compañía Española de Minas de Riotinto, S. A.». Sin adelantar conclusiones vamos a tratar de cada uno de los defectos señalados en la nota del Registrador.

a.—*Imprudencia de la nota marginal por el cambio de nombre social.*— Quizá aquí radique toda la fuerza dialéctica de la discusión y en base de ella no se haya llegado a la esencia del fenómeno encubierto que el acto llevaba consigo. Haberse obsesionado por la manera de reflejar registralmente el acto, ha oscurecido totalmente lo que de verdad podía haber sido un juego expositivo de opiniones constructivas en orden a las discutidas figuras de la fusión y absorción.

El Registrador de la Propiedad parte de una idea poco abierta en cuanto piensa que sólo la Ley Hipotecaria y su Reglamento rigen la materia referente al Registro de la Propiedad. Esta visión estrecha de la legislación hipotecaria reduce excesivamente su normativa y elimina relaciones con otras legislaciones y otros derechos. La visión tiene que ser más amplia. Hay que reconocer —y alabar, por supuesto— que un conjunto de normativas más o menos afortunadas y más o menos precisas, «cuenten» con el Registro de la Propiedad para hacer constar determinados actos regulados por ellas. Comprendo que, a veces, la terminología es incorrecta pero imprescindible para la debida correlación entre el principal instituto que garantiza la «seguridad del tráfico jurídico» y los demás derechos. Por eso, en esa mención que el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas hace a «los demás Registros» es preciso incluir el Registro de la Propiedad, aunque no lo mencione expresamente. De ahí que la opinión sustentada por LACRUZ BERDEJO de que en materia de notas marginales sigue nuestro derecho un sistema de *numerus clausus*, ha de ser entendida en una referencia genérica a la totalidad del ordenamiento jurídico y no a la exclusiva legislación hipotecaria.

El problema del cambio de nombre —decía en uno de mis comentarios, no hace mucho— no ha sido tratado en forma sustantiva por la legislación hipoteca-

ría por no ser, en el fondo, materia «inscribible», aunque produzca una discordancia entre la realidad y la publicidad registral. La solución del problema se hacía en forma indirecta, al igual que el de las alteraciones introducidas en los nombres de calles y edificios a que se refiere el artículo 437 del Reglamento Hipotecario. Igualmente, por razones de analogía, se aplicaba a las personas lo que establecen para las fincas los artículos 171 del Reglamento Notarial y 51 del Reglamento Hipotecario, pero siempre sobre la base de un nuevo título que servía, para la rectificación del Registro por la causa de uno de los casos enumerados por el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Esta laguna legal de la normativa hipotecaria ha venido a ser solucionada por la Dirección General al acudir a otras normas, como la del 86 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que, por otra parte, pueda decirse «que el referido precepto contradice la naturaleza de esta clase de asientos, toda vez que en la misma legislación hipotecaria se regulan diversas notas marginales que la doctrina denomina de modificación jurídica y que tienen por finalidad consignar registralmente hechos o circunstancias que alteran la situación jurídica registrada sin tener la trascendencia necesaria para motivar una nueva inscripción». A la misma conclusión se llega en el acuerdo de la Asamblea General del Ilustre Colegio Nacional de Registradores, de 8 de abril de 1972, al fijar el arancel aplicable a las notas marginales que reflejen cambio de nombre, denominación o razón social de sociedades que se practiquen en el Registro de la Propiedad después de inscrito el título en el Registro Mercantil.

Aunque el problema se centra única y exclusivamente sobre las sociedades, creo que puede ser ésta una buena ocasión para entender que no hay razón para no aplicar las mismas normas a las personas físicas una vez que el cambio de nombre esté reflejado en el Registro Civil y se solicite la extensión de dicha nota acompañando el título que provocó la última inscripción. RÍOS MOSQUERA, citado por LACRUZ BERDEJO, había entendido que cabía una nueva inscripción rectificatoria de la anterior, acompañando los documentos dichos.

Y dicho lo anterior, debemos analizar el considerando primero de la Resolución, que es el que da pie a pensar en ese fenómeno subyacente del que hablamos al comienzo. La Dirección hábilmente estima que existen dos pactos perfectamente deslindados: uno, el referente a la fusión por absorción otorgado por los representantes de ambas sociedades, y otro, los referentes al cambio de estatutos de la sociedad absorbente, entre los cuales figura el cambio de nombre, otorgado por el representante de dicha sociedad absorbente. Como el cambio de nombre no es una consecuencia necesaria en el fenómeno de la absorción, por ello, la Dirección General separa los pactos modificativos de estatutos en lo referente al aumento de capital (artículos 142 y 148 de la Ley de Sociedades Anónimas) y los del cambio de nombre que no son obligatorios, pues la sociedad pudo continuar con su denominación primitiva. Para la Dirección General esto es claro, pero para el Registrador no lo era tanto, ya que en su informe hablaba del cambio de nombre como consecuencia de la fusión llevada a efecto y de que la fusión realizada llevaba consigo también una fusión de nombres, caso al que no podía referirse el artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Esta intuitiva deducción del Registrador pudo construirse como base del

recurso, pues no puede negarse la aplicación del artículo 86 de la Ley de Sociedades Anónimas, en base de una «aplicación exclusiva de la legislación hipotecaria» y luego decir que el mismo artículo no es aplicable al caso de fusión, reconociendo implícitamente que sí lo es para los demás supuestos de cambio de nombre.

Pero ante esa posible disyuntiva, que el funcionario informante en defensa de su nota tenía, yo pregunto: ¿podía el Registrador de la Propiedad calificar de fusión un acto mercantil inscrito en el Registro Mercantil con la categoría de absorción? De las Resoluciones de 9 de febrero (atribuida al mes de diciembre en la transcripción oficial) de 1943, 24 de diciembre de 1948, 24 de enero de 1949 y 21 de febrero de 1951, se deduce una doctrina constante y casi literalmente reproducida por la Dirección General: que el examen por los Registradores de la Propiedad de los documentos inscritos en el Registro Mercantil, no puede implicar una revisión de la anterior calificación ni autoriza para que se susciten en cualquier momento de la vida social cuestiones relativas a la validez y legalidad de las compañías, si bien dispone que los Registradores de la Propiedad están facultados para apreciar la existencia de las sociedades, la capacidad de las personas que las representan y la extensión de sus atribuciones al decidir sobre la válida realización de actos dispositivos sobre bienes inmuebles o derechos reales, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 18 y 20 de la Ley Hipotecaria. No creo que en el caso contemplado el Registrador infringiera esa doctrina, pues no se trataba aquí de pensar en casos de nulidad o de atentados a la legalidad, sino de estimación errónea o equivocada de una de las dos alternativas que la fusión ofrece en la legislación actual. Estamos rozando la difícil construcción jurídica del negocio disimulado, en el que las partes aparentemente simulan la realización de un acto basándose en una causa falsa, pero realizan otro negocio disimulado basado en una causa verdadera y lícita, lo cual lleva a estimar nulo el primero y válido el segundo si reúne los requisitos que sean precisos conforme a su naturaleza. Pero para llegar a esa conclusión había que demostrarlo y eso parece ser que no se hizo.

b.—*No se describen los bienes inmuebles objeto de la inscripción o de la nota marginal.*

Este segundo defecto, establecido por el Registrador en la nota, prospera, y la Dirección General estima que todo título que pretenda tener acceso al Registro debe contener la descripción de las fincas a que los mismos se refieran, sin que ni siquiera sea suficiente la simple constatación de datos registrales. El Registrador apoyaba su argumentación en el artículo 249 de la Ley Hipotecaria que, como sabemos, señala las circunstancias que debe contener el asiento de presentación.

La rigurosidad de esta exigencia se basa, de una parte, en la norma general que así lo dispone y solamente en casos excepcionales de «anotación» que deba comprender todos los bienes de una persona, podrán anotarse las que se encuentren inscritas a favor del incapacitado o «casos análogos», sin que esta expresión de carácter interpretativo restringido pueda cobijar el supuesto que nos ocupa. De otra parte, en la necesidad de distinguir, en el presente caso cuáles eran los

bienes de la primitiva sociedad absorbente a los que afectaba la extensión de la posible nota marginal, pues en la escritura sólo se describían—o debieron describirse—los que aportaba la sociedad absorbida, los cuales habían de generar en el Registro la correspondiente inscripción de aportación o a la primitiva sociedad absorbente, aparte de ser extendida la nota marginal respectiva al margen, acreditativa del cambio de nombre.

No dice la Resolución si la descripción habría de hacerse en la escritura de fusión, aunque lógicamente parece suponer que legalmente eso no es preciso y que puede bastar su señalamiento descriptivo en una instancia complementaria. En las escrituras de cambio de nombre social que han pasado por mis manos nunca se describieron los bienes de propiedad de la sociedad, pero sí venían complementadas por una instancia inventario de los bienes de que la sociedad era titular.

*c.—Presentación de fotocopias de primera copia notarial, con diligencia notarial al final de la misma de que concuerdan con el original.*

La Dirección General califica a esta fotocopia de «testimonio» y aunque considera que es un documento notarial, conforme al artículo 144 del Reglamento Notarial, estima incumplidos los artículos 221 y siguientes y, singularmente el artículo 246 del mismo Reglamento, que exige consignar a favor de quién se expide en la cláusula de emisión.

Nosotros habíamos sostenido, siguiendo a ANGEL SANZ, que el testimonio no puede ser nunca objeto de inscripción y sí sólo de documento complementario. Decía SANZ, con gran precisión, que los testimonios notariales no son documentos inscribibles, ya que son una simple reproducción del documento, pero no el documento mismo en que se funda inmediatamente el derecho que se trate de inscribir. Además no hacen fe más que de la existencia y texto del documento—contenido del testimonio—, pero no del contenido del mismo. La Dirección pudo aprovechar esta ocasión para dar legalidad a esta opinión, pero ha preferido solucionar el caso a base de un incumplimiento formal, lo cual ha de seguir planteando problemas en este orden.

*d.—El presentante del documento no aporta el poder que le justifica como representante de Unión Explosivos Riotinto, S. A.*

La argumentación esgrimida por el Registrador es que la doctrina del artículo 6 de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento se refiere solamente para los casos en que se solicita la «inscripción», pero no la extensión de otro asiento o exigir nota de suspensión o denegación o interponer recurso gubernativo. Estimo que la literalidad de la palabra *inscripción* que utiliza el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, no puede utilizarse como argumento definitivo, pues creo que ella está usada como «asiento», al igual que lo hacen los artículos 39, 40 y 41 del Reglamento Hipotecario. Admitir eso supondría que la doctrina del artículo 40, restrictiva para la presentación, permitiría a los oficiales, auxiliares y dependientes presentar los títulos o documentos en los *que no se solicite* la inscripción.

Tampoco es cierto que las personas que presenten el título no pueden pedir



la extensión de la nota de suspensión o denegación, pues claramente el artículo 106 del Reglamento Hipotecario legitima al *presentante* para reclamar la extensión de la nota de suspensión o denegación. Sólo tiene razón el Registrador al precisar la doctrina de las personas que pueden interponer el recurso.

La Dirección General, en base de la doctrina del artículo 39 del Reglamento, desestima este defecto. He considerado, en contra de criterios doctrinales sostenidos por CAMY, que la petición de inscripción a través de la presentación no es más que un supuesto de «gestión de negocios ajenos sin mandato», en el que juega el artículo 1.893 del Código Civil.

Si bien doctrinalmente se ha intentado una distinción entre presentación y petición o solicitud de inscripción, lo que sí es cierto es que, aparte la norma genérica del artículo 39 que interpreta el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, cuando el legislador quiere exigir una solicitud expresa así lo dispone (artículo 50 del Reglamento Hipotecario, por ejemplo), sin que sea precisa en estos casos que el presentante justifique la representación del solicitante.

**PROPIEDAD HORIZONTAL.—ES INSCRIBIBLE LA VENTA POR SU DUEÑO DE UN PISO INSCRITO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO FINCA SEPARADA E INDEPENDIENTE, SIN QUE SEA UN OBSTÁCULO QUE ESTUVIESE DESTINADO A PORTERÍA.** (Resolución de 13 de diciembre de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 4 de febrero de 1972.)

*Hechos.*—Resultando que según escritura autorizada por el notario recurrente, el 2 de septiembre de 1969, doña Erika Marschall, constituyó en régimen de propiedad horizontal la casa núm. 76 de la calle Enamorados, de Barcelona, de la que era dueña; que resultaron 29 departamentos independientes, de los cuales, cinco estaban situados en la planta baja y eran dos tiendas, dos bajos interiores para habitaciones y otra vivienda para el portero, y seis plantas altas a cuatro puertas por rellano cada una de ellas, todos con su correspondiente cuota de participación; que el departamento núm. 5, inscrito también a nombre de la propietaria, se describe así: «Bajos, tercera interior, destinado a portería del inmueble señalado con el núm. 76 de la calle de Enamorados, de esta ciudad, compuesto de comedor, cocina, aseo y tres dormitorios, ocupando una superficie útil de treinta y cinco metros, treinta decímetros cuadrados. Linda por su frente entrando con vestíbulo de entrada; por el fondo, con los bajos interior 1.<sup>a</sup>; por la derecha entrando, con vestíbulo o patio de luces, y por la izquierda, con la comunidad de Santa María del Mar. Cuota: dos enteros treinta y cinco centésimas por ciento»; que todos los departamentos se inscribieron como fincas independientes y se fueron vendiendo por su propiedad a distintos adquirentes; y que por escritura de 22 de diciembre de 1969, doña Erika Marschall, representada por don José Gallemí Patau, como sustituto del apoderado, don José Nin Rius, vendió a don José Alonso Araujo el departamento núm. 5 del referido inmueble anteriormente descrito;

Resultando que presentado en el Registro el citado documento, fue calificado con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento con el núm. 51 del Libro Diario 32 de este Registro y recaída calificación de suspender su inscripción por los siguientes motivos:

»Primero. Por faltar el consentimiento de los demás copropietarios, toda vez que el departamento objeto de la venta, si bien consta inscrito como finca separada al folio 91 del tomo 1.094 del Archivo, se hace constar expresamente en su inscripción que está destinado a portería.

»Segundo. Por no acompañarse las escrituras de poder y sustitución de poder relacionadas con el mismo documento. No se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado»; y que presentadas las escrituras de poder y sustitución de poder, se mantuvo el primer motivo de la calificación, tomándose anotación de suspensión a petición del presentante;

Resultando que el notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la finca vendida figura en el Registro a nombre exclusivo de la transmitente; que según el artículo 20 de la Ley Hipotecaria para cumplir el tracto sucesivo e inscribir una finca a nombre del adquirente, basta con que figurase en el Registro a nombre del anterior titular, sin que se precise el consentimiento de los cotitulares en otros elementos o partes de la finca matriz; que si el departamento vendido figura registrado a nombre de un titular único, no existe interés legal alguno ni aprovecha a nadie el que no cambie nunca de dueño; que si el departamento fue apto para ser inscrito a nombre de su primer titular, aún destinado a portería, no hay razón, ni el artículo 20 impide por ese motivo que haya un cambio de titularidad; que el Registrador reconoce que el departamento figura inscrito como finca independiente, y aunque ahora suspenda la inscripción no señala precepto que impida su transmisión; que cuando el Registrador inscribió el departamento cuestionado como finca separada, ya calificó—y calificó bien—y ahora no puede volver sobre lo que anteriormente hizo, que ya es cosa juzgada; que la situación quedó entonces definitivamente fijada con arreglo a lo dispuesto en los artículos 396 del Código Civil y 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal y en su nota, con criterio diferente, el Registrador intentó desconocer los efectos de su actuación anterior; que según el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria los asientos firmes del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales; que el tener asignada una cuota de participación implica copropiedad en los elementos comunes; que el consentimiento de los nuevos 28 copropietarios restantes es improcedente, pues han sucedido al primitivo dueño y no pueden tener más derechos que él; que aunque se diga que el departamento está destinado a portería, no se puede considerar elemento común, pues en tal caso, las cuotas de los restantes departamentos serían distintas y él no tendría señalada ninguna; que si el propietario único de la totalidad del inmueble puede reservarse el derecho de vuelo o edificación futura sobre la última planta actual, con mayor motivo podrá reservarse la propiedad de cualquier parte ya construida del edificio, aunque en ese momento esté calificado de portería u otro destino; que la relación *ad exemplum* de elementos comunes que pueden existir en la copropiedad no indica que siempre existan todos; que el local de portería no es imprescindible en todas las casas por pisos, como la prueba el hecho de que muchos bloques de viviendas o inmuebles carecen de ella e incluso en ocasiones se prescinde del «chiscón», «tabuco», mostrador o cabina, desde el cual una persona vigila y atiende a quienes se relacionan por algún motivo con quienes ocupan el inmueble; que aunque la descripción diga «destinado a portería», este dato puede cambiar con el tiempo, como puede cambiar el número que

en la descripción se atribuya al inmueble, o el color, si la descripción dijese, por ejemplo «pintado de blanco»; y que el empleo del posesivo «del», en la descripción del departamento 5, tampoco indica nada en favor del criterio del Registrador, puesto que se emplea en la descripción de todos los pisos o viviendas independientes del inmueble;

Resultando que el Registrador informó: que no discute la facultad dispositiva del titular del local enajenado, pero sí la de desafectarlo del servicio de portería por la exclusiva voluntad de la vendedora, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 6 y 13 de la Ley de Propiedad Horizontal y la Resolución de 5 de mayo de 1970;

Resultando que el Presidente de la Audiencia, para mejor prever, interesó informe de la Junta de Propietarios, la cual contestó al Presidente que en reunión extraordinaria celebrada el 18 de enero de 1970 se estimó por unanimidad que la repetida portería es un bien común que debía seguir destinado a los fines propios, por lo cual, al haber sido vendida sin conocimiento de ningún propietario y en fraude de todos, se había acordado proceder judicialmente contra el vendedor, a cuyo efecto se designó Abogado y Procurador, habiéndose presentado la correspondiente denuncia el 16 de marzo de 1970, conociendo del asunto el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Barcelona, con diligencias previas número 371 y que, a su vista, y por análogas razones a las expuestas por el funcionario calificador, confirmó su nota entendiéndolo que mientras subsista la afectación al servicio de portería del local vendido es un bien extracomercium y, por tanto, su enajenación no puede tener acceso al Registro;

Resultando que el recurrente se alzó de la decisión presidencial con puntualizaciones a diversos extremos del auto, alegando finalmente como favorable a su criterio la Resolución citada por el Registrador, de fecha 5 de mayo de 1970;

*Doctrina.*—«Considerando que en este expediente se plantea la cuestión de si inscrito un piso como finca separada e independiente, y con la asignación de su correspondiente cuota de condominio en la propiedad horizontal de que forma parte, puede su propietario venderlo libremente o necesita previamente el consentimiento de los demás copropietarios, dado que dicho piso estaba destinado a portería»;

«Considerando que la lectura de los respectivos informes del Notario recurrente y del funcionario calificador pone de relieve que no aparece controvertida la facultad de disposición por parte del titular registral, quien de acuerdo con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria puede transmitir el apartamento discutido y surge únicamente la discrepancia al exigir el Registrador, de acuerdo con la Resolución de 5 de mayo de 1970, como acto previo a la enajenación, que sea desafectado del servicio de portería por parte de la Junta de condueños, dado que en la escritura de constitución de propiedad horizontal y en la inscripción correspondiente se indica que éste sería su destino»;

«Considerando que en el supuesto contemplado por la Resolución de 5 de mayo de 1970 existía una diferencia esencial con el que aquí se somete a debate, ya que en aquél se pretendía transmitir como vivienda independiente lo que era un elemento común del inmueble —la portería— y que como anejo inseparable pertenecía a todos los propietarios del edificio en proporción a sus respectivas cuotas, según establece el artículo 396 del Código Civil, por lo que era necesario

el acto previo de desafectación por la Junta de dueños, la asignación de cuota a la nueva vivienda que se pretendía crear, y la redistribución de los porcentajes sobre todos los pisos al existir un elemento privativo más, mientras que en este expediente se trata de la enajenación de una propiedad singular y exclusiva por el que registralmente aparece como dueño, y que puede sustituir a otro en la titularidad que ostente»;

«Considerando que la somera indicación hecha en la descripción del apartamento de estar destinado a portería, sin ninguna otra regulación sobre esta materia en los Estatutos que permita atribuirle la calificación de elemento común, no puede ser una traba a las facultades dispositivas del propietario porque estaría en contradicción con el principio de libre circulación de bienes sancionado en el artículo 348 del Código Civil, al no permitirle que lo enajene sin el consentimiento de personas que ostentan ningún derecho real sobre el mencionado apartamento, y que solamente tienen los derechos derivados de una posible relación contractual, ajena totalmente al Registro de la Propiedad y que se produce con independencia de la titularidad dominical, aparte de que no hay obstáculo legal para que el servicio de portería pueda ser prestado por uno de los copropietarios, en este caso concreto el mismo portero, que es quien ha adquirido la vivienda»;

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

#### *Consideraciones críticas.*

Toda la razón de ser de la decisión que sanciona la Dirección General de los Registros, se monta en las ideas que el Notario expone en su informe y que contemplan la doble actuación del Registrador al inscribir por primera vez un piso destinado a portería, como finca independiente y rechazar posteriormente la inscripción de la venta realizada por la titular del piso en cuestión.

Sin embargo, existe una frase, en el considerando cuarto, que hace perder la fuerza de la argumentación anterior: «la somera indicación hecha en la descripción del apartamento de estar destinado a portería, sin ninguna otra regulación sobre esta materia en los Estatutos, que permita atribuirle la calificación de elemento común, no puede ser una traba a las facultades dispositivas del propietario porque estaría en contradicción con el principio de libre circulación de bienes sancionado en el artículo 348 del Código Civil...».

Decía LA CÁMARA («Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal», Conf. pronunciada en el Colegio Nacional de Registradores de España, 1973), recogiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo el 16 de mayo de 1965, que entre los elementos comunes del edificio dividido en propiedad horizontal existen unos que lo son por *naturaleza* (inherentes al derecho singular de propiedad sobre cada uno de los espacios limitados susceptibles de aprovechamiento independiente) y elementos comunes por *destino* (cuales son aquellos que en concepto de anejos se adscriben al servicio de todos o de alguno de los propietarios singulares). Partiendo de esta clasificación que considera correcta, aunque estima que el *anejo* es prolongación de la parte privativa, sitúa entre los elementos comunes por destino la vivienda del portero.

Conforme a la Dirección General «la somera indicación» no basta para calificar

al piso destinado a portería como tal, sino que ese elemento común por «destino» debe reputarse privativo, ya que los Estatutos luego nada dicen del régimen aplicable al mismo. Pero una cosa, entiendo yo, es que el piso en su condición de titularidad dominical sea de uno o de varios de los propietarios y otra es que quede «gravado con una carga perfectamente delimitada por su destino señalado». La atribución del piso a una determinada persona fijándose estatutariamente (y por estatutos hemos de entender aquellas reglas que complementan lo dispuesto en la Ley especial de Propiedad Horizontal, siempre que no contravengan sus preceptos) el «destino» que ha de tener el piso adjudicado, opera como causa de la adjudicación y vincula necesariamente a todo posible tercer adquirente en una de estas tres posibilidades: a) A tener que concertar un arrendamiento con el portero de la finca. b) Ceder precariamente el apartamento para su ocupación por el portero, y c) Enajenar el piso al portero para que éste ocupe el piso en calidad de tal, que es el caso real que provoca el recurso.

Hay, en principio, una posible contradicción *in abstracto*, pues lo que aparentemente es privativo, no puede ser calificado de común, pero sí «tener un destino común». No creo que haga falta traer aquí la teoría de la afectación de bienes procedentes del Derecho administrativo, ni por supuesto, toda la gama de enajenaciones y donaciones sujetas a un destino bajo la amenaza de una condición o de un modo, pues creo que nos sirve la teoría de los pactos estatutarios y su afección respecto de tercero una vez inscritos, para dar vigencia y trascendencia jurídica al destino como portería del piso cuestionado.

Discrepo, claro está, de esa frase que emplea LA CÁMARA, en el trabajo antes citado, en la que dice: «Respecto de la vivienda del portero no hay inconveniente alguno en que aquél la ocupe en concepto de arrendatario o incluso de propietario, hipótesis ésta que empieza a presentarse algunas veces en la práctica, lo que dice mucho de la elevación del nivel de vida de esta humilde clase social». Aparte de que de «humilde» tiene muy poco esta clase social —humilde en el sentido de económicamente pobre y no el evangélico, al que tampoco puede responder— resulta que en su cualidad de arrendatario o propietario, sería luego más difícil poder rescindir el contrato laboral y lograr el lanzamiento que lleva consigo el desahucio, salvo que se tuviera en cuenta ese destino al que no parece dar importancia la Dirección General.

Creo que lo correcto hubiese sido configurar ese elemento común por destino dentro de lo que la técnica jurídica ha denominado *departamentos procomunales*. Ello se ampara, como sabemos, en el artículo 4 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el que se prevé la posibilidad de un piso o local que pertenezca a varios y en los que la acción de división no procederá cuando la proindivisión se haya establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios. Así parece deducirse de las conclusiones aportadas al campo doctrinal por el primer Simposio de Propiedad Horizontal, celebrado en Valencia por las Cámaras de la Propiedad Urbana de Levante en el año 1972, y que también patrocina la tesis sostenida por LA CÁMARA («Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la Propiedad Urbana», en Rev. Dr. Notarial, tomo 64, página 145 y ss.). Dice este último autor que el texto de la ley, al considerar que el departamento «procomunal» es un piso o local sobre el cual se ha establecido la indivisión en beneficio o utilidad común de todos los copropietarios, da a

entender que no se trata de un *elemento común* propiamente dicho, sino más bien de una parte privativa sujeta a un régimen jurídico peculiar. El régimen peculiar, añadido yo, lo viene a dar el destino señalado en la escritura de constitución de la propiedad horizontal, sin perjuicio de que, además, en los posibles estatutos se haga referencia al mismo.

Marginalmente queda la discusión doctrinal entre LA CÁMARA y las conclusiones del primer Simposio sobre los actos enajenativos del piso «procomunal», pues en el caso que nos ocupa la Dirección General, ajustándose a los principios hipotecarios del tracto sucesivo, sanciona correctamente la validez del acto dispositivo realizado por la titular del piso «destinado a portería». Lo que sucede es que a la hora de precisar la trascendencia del acto echa en olvido el destino del piso y no lo somete al régimen del mismo.

¿Debió el Registrador desestimar en la primitiva inscripción la constatación de ese piso como de propiedad individual, pero con el destino de ser dedicado a portería? Quizá lo correcto, ya lo hemos dicho, hubiese sido la configuración del piso como «procomunal», pero al no hacerse así y admitir la tesis de LA CÁMARA, era preciso dar al *destino* del inmueble una trascendencia hipotecaria que la Resolución le niega hablando de *somera indicación*. Una cosa es que la enajenación del piso sea correcta jurídicamente y otra que, a la hora de la realidad, el piso vendido esté «afecto» al destino que señaló la escritura de constitución. Por ello, para que el tercer ocupante del piso no quede afectado por el destino que al inmueble se le dio, inicialmente sería preciso esa «desafectación» de que habla la Resolución de 5 de mayo de 1970 que ambos contendientes alegan en sus diferentes informes.

Creo, por tanto, que el Registrador al suspender la inscripción solicitada, debió hilar más fino y en su nota admitir la inscripción que se pedía, pero supeditándola a la constatación en el cuerpo de la inscripción del especial destino que el piso tenía y que operaba como afección real frente a todo tercer adquirente, salvo que previo consentimiento de todos los copropietarios se acordase la desafectación de dicho destino.

Estas reflexiones —hechas con alguna precipitación— tratan de conciliar esa construcción que patrocina la doctrina de que ciertos elementos comunes por su destino puedan pertenecer a uno solo de los propietarios, lo cual inicialmente nos lleva a una independencia de los actos traslativos. Pero o se estima que el destino del piso es trascendental a efectos de gravar el mismo, o de lo contrario también podría estimarse que el destino es trascendente y que sólo existe «una somera indicación» respecto a la titularidad y cuota fijada para el mismo.

Si no hay conciliación, la balanza de la decisión debe inclinarse por uno u otro campo. El aparentemente relevante es el de la titularidad, pero habiendo utilizado la Dirección General el término «desafectación» en la Resolución de 1970, para jugar con el destino de un apartamento también destinado a portería, pero perteneciente a la totalidad de los conductores, pudo ahora tener en cuenta este destino que inicialmente se señalaba al piso. Todo ello con independencia de la corrección jurídica hipotecaria con la que soluciona el problema en orden al principio del tracto sucesivo.

Como el problema se repite en la Resolución de 15 de junio de 1973 ya tendremos más ocasión para seguir reflexionando sobre este punto, pero será difícil

orientar los comentarios en sentido más favorable al sostenido por la Dirección General.

**EMBARGO POR CRÉDITOS DEL ESTADO NO PREFERENTES.—DEUDOR DECLARADO EN SUSPENSIÓN DE PAGOS.—NO ES ANOTABLE EL MANDAMIENTO DE EMBARGO POR DÉBITOS QUE NO RECAEN DIRECTAMENTE SOBRE LOS INMUEBLES QUE SE PRETENDEN EMBARGAR, CUANDO EL DEUDOR SE ENCUENTRA EN LA SITUACIÓN DE SUSPENSIÓN DE PAGOS. (Resolución de 14 de diciembre de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 5 de febrero de 1972.)**

*Hechos.*—Resultando que en expediente de apremio seguido contra don Enrique Pineda Montiel y su esposa, doña Isabel Lloret Ferrer, para hacer efectivos diversos impuestos fiscales, principalmente el de Cuota de beneficios de los años 1967 a 1969, el Recaudador de Contribuciones de la zona I de Alicante, con objeto de asegurar el pago de los Créditos de la Hacienda, que ascendían a 332.000 pesetas más 168.000 de recargos y costas, dirigió por duplicado, mandamiento al Registrador de la Propiedad de la mencionada capital, ordenando el embargo de dos fincas registradas de las que eran propietarios;

Resultando que el citado documento fue calificado con la siguiente nota: «No admitida la anotación del embargo a que se refiere el precedente mandamiento, uno de cuyos ejemplares queda archivado con el número 132, toda vez que según la inscripción 60 que obra al folio 2 del libro 2.º de Incapacitados, aparece inscrita la declaración de estado de suspensión de pagos del deudor, don Enrique Pineda Montiel, anotación de suspensión que impide extender las de embargo ordenadas, y cuya anotación de suspensión se ha hecho constar en las fincas embargadas»;

Resultando que el Delegado de Hacienda de Alicante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que tanto el vigente Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, como el anterior Estatuto de Recaudación, así como la Ley de Administración y Contabilidad han venido regulando las garantías de que goza la Hacienda Pública para el cobro de las deudas fiscales; que tales garantías son, en la actualidad, fundamentalmente las siguientes: hipoteca legal tácita, hipoteca especial, prelación de cobros, derechos de retención y afección; que la cobranza de la deuda fiscal en relación con las citadas garantías puede coincidir con el de terceras personas físicas o juristas, igualmente acreedoras del deudor común, con procedimientos ejecutivos individuales o universales; que en el primer caso, cada procedimiento seguirá su trámite independiente sin que pueda pretenderse una graduación conjunta de créditos, sino de individualizados y preferentes derechos de cobro; que en los procedimientos universales, no obstante las garantías establecidas a favor de la Hacienda Pública, surge una abundante problemática acerca de la continuidad de la vía de apremio administrativo al margen o fuera de aquella universalidad; que en el caso de una suspensión de pagos en relación con un mandamiento de embargo administrativo por deudas fiscales, el procedimiento ejecutivo para la efectividad de la deuda fiscal no debe quedar paralizado porque se persigan bienes para el cobro de deudas no contempladas en los artículos 37 y 38 del

Reglamento de 14 de noviembre de 1968, sino en el genérico artículo 40; que esto es así porque la recaudación en vía de apremio tiene carácter exclusivamente administrativo según proclama el artículo 93 del citado Reglamento y no puede suspenderse sino en los casos señalados en los artículos 190 y 191 de la mencionada disposición; que un Decreto de competencia de 11 de mayo de 1932 declaró que la providencia que admita una petición de suspensión de pagos no puede impedir que la Administración utilice para el cobro de las contribuciones y demás rentas públicas, los procedimientos de carácter exclusivamente administrativo, puesto que no existe ningún precepto que disponga la suspensión de los mismos, ya se inicien antes o después de haberse dictado la providencia judicial prescrita en el artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922; que por tanto, solicitada la suspensión de pagos y mientras se sustancia su expediente, no se admite por el Juzgado ninguna pretensión incidental que tienda directa o indirectamente a impugnar la procedencia de la declaración judicial o aplazar su efectividad, quedando en suspenso los embargos y administraciones judiciales constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados, y continuados, con igual prevención, los juicios ordinarios y ejecutivos, hasta la sentencia, que no se ejecutará hasta que termine el expediente de suspensión; que todas estas prevenciones tienen por objeto defender por igual los derechos de todos los acreedores civiles, evitando que resulten especialmente favorecidos los más diligentes, sin que, de los términos en que está redactado el artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922 pueda deducirse que en éste se comprendan los embargos acordados en vía de apremio administrativo, porque ni proceden de la vía judicial ni con ello se pretende impugnar la declaración judicial de suspensión de pagos ni aplazar su efectividad; que el apremio administrativo es independiente de la vía judicial y no puede suspenderse por esta autoridad, salvo en los supuestos del artículo 190 del Reglamento de 14 de noviembre de 1968 y por la autoridad y órgano a que se refiere su artículo 191; y que al desembocar la suspensión de pagos en un convenio de quita o espera o ambas cosas a la vez y no prever tales supuestos en relación con el contribuyente, la legislación fiscal, es claro que la Hacienda Pública no puede ser afectada por lo establecido en la Ley de 26 de julio de 1922;

Resultando que el Registrador informó: que al no ser los impuestos causantes del embargo, ninguno de aquellos a los que la legislación hipotecaria y fiscal atribuyen la virtualidad de originar una hipoteca legal tácita a favor del Estado, la cuestión queda limitada a determinar la procedencia o improcedencia de la anotación de embargo a favor de la Hacienda Pública, por tributos no privilegiados con aquella hipoteca; que del mandamiento presentado en el Registro no resulta se hayan hecho las notificaciones de la providencia de apremio y de la diligencia de embargo previstas en los artículos 102 y 120 del Reglamento de Recaudación de 14 de noviembre de 1968 a personas distintas del contribuyente deudor, a pesar de lo dispuesto en el artículo 99 del mismo Reglamento y en la regla 71 de la Instrucción de Recaudación y Contabilidad de 29 de julio de 1969, sin que el suspenso, por su situación de incapacidad, pudiera realizar ningún pago sin el concurso de los Interventores o autorización del Juez; que las notificaciones, en el procedimiento de apremio fiscal a un deudor declarado en suspensión de pagos, debieron haberse hecho a la vez, a su representación legal; que aunque no existieran los anteriores obstáculos, el mandamiento habría debido



expresar que quedaría en suspenso la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, que no ha sido derogado por la vigente legislación fiscal; que no es competencia del informante determinar la prelación de créditos en una suspensión de pagos, pero debe tener en cuenta el número 2 de la regla 22 de la Instrucción de Recaudación, que otorga una tercera de mejor derecho cuando consten en el Registro derechos constituidos con anterioridad a la anotación de embargo a favor del Estado; que conforme al número 2 del artículo 44 del Reglamento de Recaudación, los mandamientos recaudatorios tendrán, a todos los efectos, la misma virtualidad que todos los que emanan de la autoridad judicial, y en esta vía, al ejecución de la resolución que se adopte quedará en suspenso hasta que termine el expediente previsto en la Ley de 26 de julio de 1922, según dispone su artículo 9, salvo que se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados; y que aunque tal suspensión de la ejecución pueda parecer inoperante dado el contenido del núm. 2 de la regla 49 de la referida Instrucción, si se analiza su contenido, resulta que su interpretación debe ser restrictiva por su carácter excepcional y, además, que el expediente de apremio tiene que ser previo a la suspensión, puesto que el párrafo 1.º dice «que no se suspenderá lo que supone su existencia anterior», y el 2.º, «que los bienes embargados fiscalmente no se comprenderán en la masa de la quiebra», lo que implica, en su caso, que el embargo se ha practicado ya;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe, y el Delegado de Hacienda se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos;

*Doctrina.*—«Considerando que la cuestión planteada por el presente recurso consiste en determinar si procede extender la anotación preventiva de embargo a favor de la Hacienda Pública, ordenada en procedimiento de apremio por falta de pago de impuestos que no recaen directamente sobre el inmueble inscrito, cuando en el Registro aparece que el contribuyente apremiado ha sido declarado en estado de suspensión de pagos.»

«Considerando que la situación patrimonial del comerciante declarado en estado de suspensión de pagos queda ampliamente afectada por la intervención en todas sus operaciones que debe ordenar el Juzgado, en la misma providencia en la que con arreglo al artículo 4 de la Ley especial se tenga por solicitada la declaración en dicho estado, y una de las limitaciones que expresamente se le imponen, conforme al artículo 6.º de la mencionada disposición legal, es la de necesitar el acuerdo de los Interventores, o autorización del Juez si éstos no hubiesen tomado posesión de su cargo, para verificar todo pago, con posible responsabilidad penal en caso de incumplimiento, así como la sanción de nulidad para los actos que realice sin dichas intervención o autorización.»

«Considerando que no obstante lo anterior, la situación del deudor suspenso dista mucho de ser una inhabilitación patrimonial que requiera el mecanismo de la representación legal, como lo demuestra el que conserva la administración de sus bienes y gerencia de sus negocios, con las limitaciones que en cada caso fije el Juzgado—artículo 6.º de la Ley—, y por ello se le somete sólo a una intervención para impedirle que realice operaciones en perjuicio de sus acreedores, a diferencia de lo que ocurre en la quiebra donde los síndicos, como con-

secuencia de la inhabilitación del quebrado, tienen el carácter de representantes de la masa de acreedores de la quiebra y administradores legales de su haber, según dispone el artículo 1.366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

«Considerando que el artículo 99 del apartado 2 del Reglamento General de Recaudación exige que las notificaciones en el procedimiento de apremio se practiquen personándose el ejecutor en el domicilio del interesado o en el de sus representantes legales o voluntarios si los hubiere señalado previamente, por lo que, al carecer los Interventores de la condición de representantes del deudor suspenso, no parece que fuera necesario—tal como dice en su informe el funcionario calificador—notificar a los mismos ni la providencia de apremio ni la diligencia de embargo, establecidas en los artículos 102 y 120 del mismo Reglamento, pues a quien hay que requerir de pago es al mismo deudor, quien deberá poner en conocimiento de los Interventores el indicado requerimiento, a fin de, en su caso, poder verificar el pago de acuerdo con dichos Interventores.»

«Considerando que en la suspensión de pagos es esencial la actuación de igualdad en que se han de encontrar todos los acreedores que no tengan el carácter de privilegiados y por ello, uno de los efectos más importantes de la declaración en dicho estado es la paralización de las acciones individuales de los acreedores, en orden a lo cual el artículo 9.º de la Ley de 26 de julio de 1922 establece la distinción de una parte entre la tramitación de los juicios, sean ordinarios o ejecutivos, que continuarán hasta que recaiga sentencia, y cuya ejecución quedará en suspenso, mientras no haya terminado el expediente, y de otra, los actos de ejecución sobre el patrimonio del suspenso respecto de los cuales se dispone que desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos, todos los embargos y administraciones judiciales que pudiera haber constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados, quedarán en suspenso y sustituidos por la actuación de los interventores, mientras ésta subsista, todo lo cual se entenderá sin menoscabo del derecho de los acreedores privilegiados y de dominio al cobro de sus créditos.»

«Considerando que al no proceder los débitos fiscales por razón de los cuales se expidió el mandamiento calificado de impuestos comprendidos en los artículos 194 de la Ley Hipotecaria y 12 de la Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, carecen de la condición de créditos singularmente privilegiados y, por tanto, sin perjuicio de la prelación que les pueda reconocer la legislación fiscal, tampoco gozan a efectos del expediente de suspensión de pagos de la facultad de abstenerse de concurrir a la Junta para la aprobación del convenio, por todo lo cual, y teniendo el mandamiento a todos los efectos la misma virtualidad que si emanase de la autoridad judicial, según el artículo 44-2.º del Reglamento General de Recaudación, es indudable que se está en el caso del párrafo 4.º del artículo 9.º de la Ley de Suspensión de Pagos y, como ya declaró la Resolución de 15 de febrero de 1962, recaída en un caso análogo al presente, «dada la naturaleza cautelar y de garantía que el embargo supone, cabe estimar que la anotación podrá realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho», pero sin que la misma permita llegar a la ejecución mientras no se haya terminado el expediente, salvedad que no contiene el mandamiento calificado.»

«Considerando que no se opone a la anterior doctrina lo dispuesto en el

párrafo primero del número 2 de la regla 49 de la Instrucción General de Re-caudación y Contabilidad, de 24 de julio de 1969, conforme al cual, «el procedimiento de apremio no será acumulable a los judiciales, ni se suspenderá aunque el deudor comerciante haya solicitado la declaración de hallarse en suspensión de pagos», ya que, independientemente de que la norma parece referirse a que el procedimiento de apremio sea anterior al expediente de suspensión de pagos, la denegación de la anotación no implica exigencia alguna de acumulación o suspensión, si no simplemente dar cumplimiento a lo ordenado en la Ley de Suspensión de Pagos, a fin de impedir la ejecución aislada sobre los bienes del deudor común mientras dure el procedimiento, sin que tampoco sea aplicable el párrafo segundo de la misma regla citada, que establece: «respecto de los bienes embargados en procedimiento de apremio con anterioridad a la declaración del concurso o de la quiebra del deudor, que la Administración continúe la tramitación de aquél, ya que dichos bienes no pueden comprenderse en la masa del juicio universal correspondiente», toda vez que la declaración del estado de suspensión de pagos ha sido anterior al embargo realizado en el procedimiento de apremio.»

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

#### *Consideraciones críticas.*

A nuestro juicio, tres pueden ser los puntos que se solucionan en esta Resolución: la situación de capacidad del suspenso, las notificaciones en los procedimientos de apremio y los efectos que produce la anotación preventiva de suspensión en relación, especialmente, con la pretensión de anotar su embargo administrativo. Creo que estos tres aspectos pueden ofrecernos los esquemas de la Resolución y, siguiéndolos, podremos también ordenar las ideas y opiniones.

##### *a.—La capacidad del suspenso.*

La Dirección General estima que la situación del comerciante declarado en estado de suspensión dista mucho de ser una «inhabilitación patrimonial» que requiere el mecanismo de la representación legal, como lo demuestra el que conserva la administración de sus bienes y gerencia de sus negocios, sometiéndole a una intervención para impedirle que realice operaciones en perjuicio de sus acreedores, a diferencia de lo que ocurre en la quiebra, donde los síndicos, como consecuencia de la inhabilitación del quebrado, tienen el carácter de representantes de la masa de acreedores y administradores legales de su haber.

Tiene realmente importancia esta calificación en orden a dos clases de problemas: el cauce legislativo que ha de darse a los asientos registrales y la obligatoriedad de las notificaciones en el procedimiento de apremio, cosa, esta última, que examinaremos luego.

No hace mucho defendía en una publicación, que la situación jurídica del suspenso es muy semejante a la del *emancipado* que, conforme al artículo 318 del Código Civil, está habilitado para ejercer todos sus derechos sobre la persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a esa edad no puede tomar

dinero a préstamo, gravar ni vender los bienes, sin consentimiento de su padre, madre o tutor. Las diferencias de ambas situaciones, perfectamente encajables dentro de la teoría del estado de las personas, es que la emancipación concede derechos antes inexistentes, mientras que la suspensión restringe los que antes se disfrutaban.

Con esta construcción venía a negar la que sostiene OLIVENCIA RUIZ («Publicidad registral de suspensiones y quiebras», Madrid, 1963), que es también seguida por el Seminario de Derecho Hipotecario de Aragón (Boletín del Colegio Nacional de Registradores, año 1971), estimando que la situación del suspenso al conservar su capacidad de administración y estar limitados los actos de enajenación, parece poder encuadrarse más en el ámbito de las prohibiciones que en el de las incapacidades, aun reconociendo que la actual legislación deja de encajar las situaciones concursales en los supuestos de prohibición de enajenar (número 4.º del artículo 42 Ley Hipotecaria). Igualmente, me apartaba de la tesis clásica defendida por ROCA SASTRE («Derecho Hipotecario», Barcelona, 1968), que estima que la situación de suspensión envuelve un supuesto de incapacidad y no de prohibición de enajenar, de suerte que la referencia que del artículo 42, 5.º, de la Ley Hipotecaria, hace al 142 del Reglamento Hipotecario es correcta. CAMY SÁNCHEZ CAÑETE («Comentarios a la legislación Hipotecaria», 1970) seguía esa misma línea, diferenciando las prohibiciones de disponer de las declaraciones de prodigalidad.

Del tercer considerando de la Resolución se deduce que no se trata de una situación de «inhabilitación patrimonial», lo cual parece alejar la tesis de la prohibición de disponer (porque el suspenso puede enajenar con autorización) y la de la incapacidad «al no requerir el mecanismo de la representación legal», para acercarse a esa situación de estado civil muy semejante a la del menor emancipado.

A la luz de la legislación hipotecaria actual, que ha separado las anotaciones de prohibición de enajenar de las de los supuestos de suspensión, concurso y quiebra (aun a pesar del artículo 166, 4.º, del Reglamento Hipotecario), y las sitúa en el campo de las incapacidades, podremos señalar las tres clases de asientos que puede producir esa situación: 1) La anotación preventiva en caso de solicitarse la declaración del estado de suspensión (realmente lo que se anota es la providencia judicial dictada a instancia de parte), conforme al artículo 142 del Reglamento Hipotecario, en su referencia al artículo 42, 5.º, de la Ley Hipotecaria. 2) Inscripción en el Libro de incapacitados (artículo 386 y siguientes del Reglamento Hipotecario), y 3) La inscripción que, en su día, se haga de la declaración de suspensión y que deberá practicarse en los libros de inscripciones.

En el supuesto de hecho no existe más, parece ser, que la anotación preventiva de suspensión y la inscripción especial en los libros de los incapacitados, faltando, a mi entender, la especial de suspensión que se apoya en el artículo 2, 4.º, de la Ley Hipotecaria y que habría de verificarse por el auto judicial que declarase la situación y que debe contener los requisitos del artículo 55 del Reglamento Hipotecario. No podemos, en razones de brevedad, profundizar más en este punto.

*b.—Notificaciones en el procedimiento de apremio.*

Si la situación en que se encuentra el suspenso no es, como dice la Dirección General un supuesto que «requiere el mecanismo de la representación legal», es evidente que al carecer los Interventores de la condición de representantes del deudor suspenso, no parece que fuera necesario notificar a los mismos ni la providencia de apremio ni la diligencia de embargo, establecidas en los artículos 102 y 120 del Reglamento General de Recaudación.

Destaca este punto la Dirección General ante el informe del Registrador, que, basándose en el criterio tradicional, ha estimado a la situación de suspensión como una de «incapacidad», aduciendo por ello los artículos 99, 102 y 120 del Reglamento de Recaudación y el 71 de Instrucción de Recaudación y Contabilidad de 29 de julio de 1969 y la necesidad de ser notificados los representantes legales. Este es el único punto en el que la Dirección discrepa del informe registral.

*c.—Efectos del reflejo registral de la suspensión de pagos.*

Aquí es donde realmente la Dirección no se decide a tomar una postura definitiva, pues invocando la Resolución de 15 de febrero de 1962 en la que se admitió la anotación de un embargo, no menciona las Resoluciones de 14 y 26 de noviembre de 1968 (la mención se hace en el «visto», pero luego no se utiliza), en las que se establecía claramente que no puede practicarse en el Registro de la Propiedad una anotación de embargo cuando en los libros del mismo figura ya anotada la suspensión de pagos del deudor embargado.

En principio, parte de la misma idea de la que arrancaban estas dos últimas Resoluciones, pues se afirma en el considerando quinto que «en la suspensión de pagos es esencial la actuación de igualdad en que se han de encontrar todos los acreedores que no tengan el carácter de privilegiados», pero luego se insiste en el principal efecto de la suspensión, que es de evitar «los actos de ejecución sobre el patrimonio del suspenso» a que claramente se refiere el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922.

Aunque en el presente caso, por ciertas razones que luego diremos, la Dirección estima correcto el criterio del Registrador y niega la práctica de la anotación preventiva solicitada por el Recaudador de Contribuciones, es lo cierto que en el considerando sexto, al remitir a lo dispuesto en la Resolución de 15 de febrero de 1962, parece dar a entender que la doctrina a seguir sería la de practicar la anotación de embargo con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho, siempre que el mandamiento de embargo contenga la salvedad —que en el caso presente no tiene— de que la ejecución quedará pendiente mientras no se haya terminado el expediente de suspensión.

Se hacía, sin embargo, importante desmontar algunos de los puntos en los que la Delegación de Hacienda se apoya para mantener su recurso y eso lo hace con envidiable precisión la Dirección General. Fundamentalmente pueden señalarse los dos más importantes:

— A la alegación del posible privilegio para el derecho al cobro que en el informe del Delegado de Hacienda se sostenía, responde la Dirección,

siguiendo el informe del Registrador, que los débitos fiscales que originaron la petición de anotación de embargo no eran de los comprendidos en los artículos 194 de la Ley Hipotecaria y 12 de la Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, careciendo de la condición de créditos singularmente privilegiados y de la facultad de abstenerse de concurrir a la Junta para la aprobación del convenio. Y como el mandamiento administrativo en que se pide el embargo se equipara al judicial, conforme al Reglamento de Recaudación (art. 44, 2.º), es indudable la aplicación de «suspensión» de que habla el artículo 9, 4.º, de la Ley de Suspensión de Pagos que, como es natural, no ha sido derogada por la legislación fiscal.

- Había otro argumento más peligroso y hábilmente utilizado, pero contra éste también responde la Dirección General. Se trataba de la regla 49 de la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad, de 24 de julio de 1969, en la que parece ordenarse que el procedimiento de apremio no se suspenderá ni será acumulable a los judiciales, aunque el deudor solicite la suspensión de pagos y que deberá seguirse la tramitación, pues los bienes embargados no pueden comprenderse en la masa de la quiebra o suspensión. He dicho que «parece» decir, y en realidad es eso, lo que dice, pero lo dice refiriéndose al supuesto de que el procedimiento «sea anterior al expediente de suspensión», y aquí ni el expediente ni el embargo eran anteriores, sino posteriores a la anotación de suspensión.

Para concluir este comentario crítico conviene señalar cómo la Dirección General ha sabido aprovechar la ocasión para perfilar la situación jurídica del suspenso y los accertados considerandos sobre los efectos de la suspensión. Pudo, sin embargo, ésta ser una buena ocasión para precisar los asientos a practicar con motivo de la petición de suspensión y de la declaración de la misma, aparte de señalar el efecto primordial que el reflejo registral tendría frente a actos posteriores.

El criterio diferente que se manifiesta en las Resoluciones de 15 de febrero de 1962, en la que la Hacienda era la que figuraba como acreedora, y las de 14 y 16 de noviembre de 1968, en las que el acreedor era un particular, no puede suponer un distinto trato, pues en ambos casos cabe «estimar que la anotación podrá realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho».

Si la Ley de Suspensión de Pagos habla en su artículo 9, 4.º de que todos los «embargos que pudiera haber constituidos» quedarán en suspenso, es imprescindible cerrar el Registro a su constatación, ya que de lo contrario, por mucha nota a pie de título que el Registrador pusiera o por mucha advertencia que en el cuerpo de la anotación se hiciera, la ejecución seguiría su camino inevitablemente.

EMBARGO ADMINISTRATIVO.—REITERA LA DOCTRINA DECLARADA EN LA RESOLUCIÓN DE 14 DE DICIEMBRE DE 1971 (Resolución de 16 de diciembre de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 5 de febrero de 1972).

*Hechos*.—Resultando que en expediente de apremio seguido contra don José Antonio Rubio Rodríguez para hacer efectivos diversos impuestos fiscales, el Recaudador de Contribuciones de la zona I de Alicante, con objeto de asegurar el pago de los créditos de la Hacienda que ascendían a 44.940 pesetas, más 78.988 de recargos y costas, dirigió por duplicado, mandamiento al Registrador de la Propiedad de la mencionada capital ordenando el embargo de dos fincas registradas que les pertenecían;

Resultando que el citado documento fue calificado con la siguiente nota: «No admitida la anotación de embargo a que se refiere el precedente mandamiento, uno de cuyos ejemplares queda archivado en el número 134, toda vez que según la inscripción 43 que obra al folio 37 del Libro 1.º de Incapitados, aparece inscrita la declaración de estado de suspensión de pagos del deudor y propietario de las fincas embargadas, don José Antonio Rubio Rodríguez; anotación de suspensión que impide extender las de embargo ordenadas, y cuya suspensión se ha hecho constar en las fincas embargadas»;

Resultando que el Delegado de Hacienda de Alicante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que tanto el vigente Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, como anterior Estatuto de Recaudación, así como la Ley de Administración y Contabilidad han venido regulando las garantías de que goza la Hacienda Pública para el cobro de las deudas fiscales; que tales garantías son en la actualidad, fundamentalmente las siguientes: hipoteca legal tácita, prelación de cobros, derechos de retención y afección; que la cobranza de la deuda fiscal en relación con las citadas garantías puede coincidir con el de terceras personas físicas o jurídicas, igualmente acreedoras del deudor común, con procedimientos ejecutivos individuales o universales; que en el primer caso, cada procedimiento seguirá su trámite independientemente sin que pueda pretenderse una graduación conjunta de créditos, sino de individualizados y preferentes derechos de cobro; que en los procedimientos universales, no obstante las garantías establecidas a favor de la Hacienda Pública, surge una abundante problemática acerca de la continuidad de la vía de apremio administrativa al margen o fuera de aquella universalidad; que en el caso de una suspensión de pagos en relación con un mandamiento de embargo administrativo por deudas fiscales, el procedimiento ejecutivo para la efectividad de la deuda fiscal no debe quedar paralizado porque se persigan bienes para el cobro de deudas no contempladas en los artículos 37 y 38 del Reglamento de 14 de noviembre de 1968, sino en el genérico artículo 40; que esto es así porque la recaudación en vía de apremio tiene carácter exclusivamente administrativo según proclama el artículo 93 del citado Reglamento y no puede suspenderse sino en los casos señalados en los artículos 190 y 191 de la mencionada disposición; que un Decreto de competencia de 11 de mayo de 1932 declaró que la providencia que admitía una petición de suspensión de pagos no puede impedir que la Administración utilice para el cobro de las contribuciones y demás rentas públicas los procedimientos de carácter exclusivamente administrativo, puesto que no exis-

te ningún precepto que disponga la suspensión de los mismos, ya se inicien antes o después de haberse dictado la providencia judicial prescrita en el artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922; que por tanto, solicitaba la suspensión de pagos y mientras se sustancia su expediente, no se admite por el Juzgado ninguna pretensión incidental que tienda directa o indirectamente a impugnar la procedencia de la declaración judicial o aplazar su efectividad, quedando en suspenso los embargos y administraciones judiciales constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados, y continuando, con igual prevención, los juicios ordinarios y ejecutivos, hasta la sentencia, que no se ejecutará hasta que termine el expediente de suspensión; que todas estas prevenciones tienen por objeto defender por igual los derechos de todos los acreedores civiles, evitando que resulten especialmente favorecidos los más diligentes, sin que, de los términos en que está redactado el artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922 pueda deducirse que en éste se comprendan los embargos acordados en vía de apremio administrativo porque ni proceden de la vía judicial ni con ello se pretende impugnar la declaración judicial de suspensión de pagos ni aplazar su efectividad; que el apremio administrativo es independiente de la vía judicial y no puede suspenderse por esta Autoridad salvo en los supuestos del artículo 190 del Reglamento de 14 de noviembre de 1968 y por la autoridad y órgano a que se refiere su artículo 191; y que al desembocar la suspensión de pagos en un convenio de quita o espera o ambas cosas a la vez y no prever tales supuestos en relación con el contribuyente, la legislación fiscal, es claro que la Hacienda Pública no puede ser afectada por lo establecido en la Ley de 26 de julio de 1922;

Resultando que el Registrador informó: que al no ser los impuestos causantes del embargo ninguno de aquellos a los que la legislación hipotecaria y fiscal atribuyen la virtualidad de originar una hipoteca legal tácita a favor del Estado, la cuestión queda limitada a determinar la procedencia o improcedencia de la anotación de embargo a favor de la Hacienda Pública, por tributos no privilegiados con aquella hipoteca; que del mandamiento presentado en el Registro no resulta se hayan hecho las notificaciones a personas distintas del contribuyente deudor previstos en el Reglamento de Recaudación y Contabilidad de 29 de julio de 1969, sin que el suspenso, por su situación de incapacidad pudiera realizar ningún pago sin el concurso de los Interventores o autorización del Juez; que las notificaciones, en el procedimiento de apremio fiscal a un deudor declarado en suspensión de pagos debieron haberse hecho, a la vez, a su representación legal; que aunque no existieran los anteriores obstáculos, el mandamiento habría debido expresar que quedaría en suspenso la ejecución conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de suspensión de pagos, que no ha sido derogado por la vigente legislación fiscal; que no es competencia del informante determinar la prelación de créditos en una suspensión de pagos, pero debe tener en cuenta el número 2 de la regla 22 de la Instrucción de Recaudación, que otorga una tercería de mejor derecho cuando consten en el Registro derechos constituidos con anterioridad a la anotación de embargo a favor del Estado; que conforme al número 2 del artículo 44 del Reglamento de Recaudación, los mandamientos recaudatorios tendrán, a todos los efectos, la misma virtualidad que los que emanan de la autoridad judicial y en esta vía, la ejecución de la resolución que se adopte quedará en suspenso hasta que termine el expediente previsto en la Ley de 26 de julio de 1922, según



dispone su artículo 9, salvo que se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados; y que aunque tal suspensión de la ejecución puede parecer inoperante dado el contenido del número 2 de la regla 49 de la referida Instrucción, si se analiza su contenido, resulta que su interpretación debe ser restrictiva por su carácter excepcional, y además en el expediente de apremio tiene que ser previo a la suspensión, puesto que el párrafo 1.º dice «que no se suspenderá lo que supone su existencia anterior», y el 2.º, «que los bienes embargados fiscalmente no se comprenderán en la masa de la quiebra», lo que implica, en su caso, que el embargo se ha practicado ya;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe, y el Delegado de Hacienda se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos;

*Doctrina.*—«Considerando que este recurso plantea una cuestión idéntica y entre las mismas partes, a la resuelta por este Centro directivo en la resolución de 14 de diciembre de 1971, en la que se declaró, de conformidad con los argumentos que en ella se recogen y en base a los fundamentos legales que se citan también en los presentes Vistos, que no procede extender una anotación preventiva de embargo a favor de la Hacienda Pública, ordenada en procedimiento de apremio por falta de pago de impuestos, que al no recaer directamente sobre el inmueble inscrito, carecen de la condición de créditos singularmente privilegiados, y dado que en el Registro aparece que el contribuyente apremiado ha sido declarado en estado de suspensión de pagos, lo que trae consigo la situación de igualdad en que se encuentran todos los acreedores ordinarios, así como la paralización de las acciones individuales y la suspensión de todos los embargos y administraciones judiciales, y, por tanto, aun dada la naturaleza cautelar y de garantía que el embargo supone, cabría estimar que la anotación podría realizarse con el fin de facilitar al interesado el aseguramiento de su derecho, pero sin que la misma permita llegar a la ejecución mientras no se haya determinado el expediente, salvedad que no se contiene en el mandamiento calificado.»

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

#### *Consideraciones críticas.*

Muy pocas cosas cabe añadir en este comentario crítico, pues aunque en las circunstancias de hecho varían los personajes, el asunto de fondo viene a ser el mismo, de ahí que la Dirección General siga entendiendo la misma doctrina sentada en la Resolución anterior comentada y a la que se remite en uno de sus considerandos.

Creo que lo único que cabe insistir aquí es en esa idea que la Dirección patrocina sobre la base de que «cabría estimar que la anotación podría realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho, pero sin que la misma permita llegar a la ejecución mientras no se haya terminado el expediente», lo cual hace pensar al intérprete la forma condicionada o condicionante de la extensión de dicha anotación para evitar esa ejecución, cosa sumamente difícil.

EMBARGO ADMINISTRATIVO.—REITERA LA DOCTRINA DECLARADA EN LA RESOLUCIÓN DE 14 DE DICIEMBRE DE 1971 (Resolución de 15 de diciembre de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 5 de febrero de 1972).

*Hechos.*—Resultando que en expediente de apremio seguido contra la entidad «Santiago Mayor Linares, S. A.», «SAMALLISA», para hacer efectivos diversos impuestos fiscales, el Recaudador de Contribuciones de la zona I de Alicante, con objeto de asegurar el pago de los créditos de la Hacienda que ascendían a 1.116.927 pesetas y 228.335 de recargos y costas, dirigió, por duplicado, mandamiento al Registrador de la Propiedad de la mencionada capital ordenando el embargo de dos fincas registradas que le pertenecían;

Resultando que el citado documento fue calificado con la siguiente nota: «No admitida la anotación de embargo a que se refiere el precedente mandamiento, uno de cuyos ejemplares queda archivado en el número 133, toda vez que según la inscripción 57 que obra al folio 47 del libro 1.º de Incapacitados, aparece inscrita la declaración de estado de suspensión de pagos de la entidad deudora «Santiago Mayor Linares, S. A.», «SAMALLISA», anotación de suspensión que impide extender la de embargo ordenada, y cuya suspensión se ha hecho constar en la finca embargada»;

Resultando que el Delegado de Hacienda interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que tanto el vigente Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, como el anterior Estatuto de Recaudación, así como la Ley de Administración y Contabilidad han venido regulando las garantías de que goza la Hacienda Pública para el cobro de las deudas fiscales; que tales garantías son en la actualidad, fundamentalmente las siguientes: hipoteca legal tácita, hipoteca especial, prelación de cobros, derechos de retención y afección; que la cobranza de la deuda fiscal en relación con las citadas garantías puede coincidir con el de terceras personas físicas o jurídicas, igualmente acreedoras del deudor común, con procedimientos ejecutivos individuales o universales; que en el primer caso, cada procedimiento seguirá su trámite independientemente sin que pueda pretenderse una graduación conjunta de créditos, sino de individualizados y preferentes derechos de cobro; que en los procedimientos universales, no obstante las garantías establecidas a favor de la Hacienda Pública, surge una abundante problemática acerca de la continuidad de la vía de apremio administrativo al margen o fuera de aquella universalidad; que en el caso de una suspensión de pagos en relación con un mandamiento de embargo administrativo por deudas fiscales, el procedimiento ejecutivo para la efectividad de la deuda fiscal no debe quedar paralizado porque se persigan bienes para cobro de deudas no contempladas en los artículos 37 y 38 del Reglamento de 14 de noviembre de 1968, sino en el genérico artículo 40; que esto es así porque la recaudación en vía de apremio tiene carácter exclusivamente administrativo, según proclama el artículo 93 del citado Reglamento y no puede suspenderse sino en los casos señalados en los artículos 190 y 191 de la mencionada disposición; que un Decreto de competencia de 11 de mayo de 1932 declaró que la providencia que admita una petición de suspensión de pagos no puede impedir que la Administración utilice para el cobro de las contribuciones y demás rentas públicas, los procedimientos de carácter exclusivamente Administrativo, puesto que no existe ningún precepto que disponga de los mismos, ya se

inicien antes o después de haberse dictado la providencia judicial prescrita en el artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922; que, por tanto, solicitada la suspensión de pagos y mientras se sustancia su expediente, no se admite por el Juzgado ninguna pretensión incidental que tienda directa o indirectamente a impugnar la procedencia de la declaración judicial o aplazar su efectividad, quedando en suspenso los embargos y administraciones judiciales constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados, y continuando, con igual prevención, los juicios ordinarios y ejecutivos, hasta la sentencia, que no se ejecutará hasta que termine el expediente de suspensión; que todas estas prevenciones tienen por objeto defender por igual los derechos de todos los acreedores civiles, evitando que resulten especialmente favorecidos los más diligentes, sin que, de los términos en que está redactado el artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922 pueda deducirse que en éste se comprendan los embargos acordados en vía de apremio administrativo, porque ni proceden en la vía judicial ni con ello se pretende impugnar la declaración judicial de suspensión de pagos ni aplazar su efectividad; que el apremio administrativo es independiente de la vía judicial y no puede suspenderse por esta autoridad salvo en los supuestos del artículo 109 del Reglamento de 14 de noviembre de 1968 y por la autoridad y órgano a que se refiere su artículo 191; y que al desembocar la suspensión de pagos en un convenio de quita o espera, o ambas cosas a la vez, y no prever tales supuestos en relación con el contribuyente, la legislación fiscal, es claro que la Hacienda Pública no puede ser afectada por lo establecido en la Ley de 26 de julio de 1922;

Resultando que el Registrador informó, que al no ser los impuestos causantes del embargo, ninguno de aquellos a los que la legislación hipotecaria y fiscal atribuyen la virtualidad de originar una hipoteca legal tácita a favor del Estado, la cuestión queda limitada a determinar la procedencia o improcedencia de la anotación de embargo a favor de la Hacienda Pública, por tributos no privilegiados con aquella hipoteca; que del mandamiento presentado en el Registro no resulta se hayan hecho las modificaciones a personas distintas del contribuyente deudor previstos en el Reglamento de Recaudación de 14 de noviembre de 1968 e Instrucción de Recaudación y Contabilidad de 29 de julio de 1969, sin que el suspenso, por su situación de incapacidad, pudiera realizar ningún pago sin el concurso de los Interventores o autorización del Juez; que las notificaciones, en el procedimiento de apremio fiscal a un deudor declarado en suspensión de pagos, debieron haberse hecho, a la vez, a su representación legal; que aunque no existieran los anteriores obstáculos, el mandamiento habría debido expresar que quedaría en suspenso la ejecución conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de suspensión de pagos, que no ha sido derogado por la vigente legislación fiscal; que no es competencia del informante determinar la prelación de créditos en una suspensión de pagos, pero debe tener en cuenta el núm. 2 de la regla 22 de la Instrucción de Recaudación, que otorga una tercería de mejor derecho cuando consten en el Registro derechos constituidos con anterioridad a la anotación de embargo a favor del Estado; que conforme el núm. 2 del artículo 44 del Reglamento de Recaudación, los mandamientos recaudatorios tendrán, a todos los efectos, la misma virtualidad que los que emanan de la autoridad judicial, y en esta vía, la ejecución de la resolución que se adopte quedará en suspenso hasta que termine el expediente previsto en la Ley de 26 de julio de 1922, según dispone su artículo 9,

salvo que se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados; y que aunque tal suspensión de la ejecución puede aparecer inoperante, dado el texto número 2 de la regla 49 de la referida Instrucción, si se analiza su contenido, resulta que su interpretación debe ser restrictiva por su carácter excepcional y además que el expediente de apremio tiene que ser previo a la suspensión, puesto que el párrafo 1.º dice «que no se suspenderá, lo que supone su existencia anterior», y el 2.º, «que los bienes embargados fiscalmente no se comprenderán en la masa de la quiebra», lo que implica, en su caso, que el embargo se ha practicado ya;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe, y el Delegado de Hacienda se alzó la decisión presidencial, insistiendo en sus anteriores argumentos;

*Doctrina.*—«Considerando que este recurso plantea una cuestión idéntica y entre las mismas partes, a la resuelta por este Centro directivo en la resolución de 14 de diciembre de 1971, en la que declaró, de conformidad con los argumentos que en ella se recogen y en base a los fundamentos legales que se citan también en los presentes Vistos, que no procede extender una anotación preventiva de embargo a favor de la Hacienda Pública, ordenada en procedimiento de apremio por falta de pago de impuestos, que al no recaer directamente sobre el inmueble inscrito, carecen de condición de créditos singularmente privilegiados y dado que en el Registro aparece que el contribuyente apremiado ha sido declarado en estado de suspensión de pagos, lo que trae consigo la situación de igualdad en que se encuentran todos los acreedores ordinarios, así como la paralización de las acciones individuales y la suspensión de todos los embargos y administraciones judiciales, y por tanto, aun dada la naturaleza cautelar y de garantía que el embargo supone, cabría estimar que la anotación podría realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho, pero sin que la misma permita llegar a la ejecución mientras no se haya terminado el expediente, salvedad que no se contiene en el mandamiento calificado.»

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

#### *Consideraciones críticas.*

Aunque el ejecutado en esta ocasión es, distinto del caso anterior en que se trataba de una sociedad, una persona física, el ejecutor es el Recaudador de Contribuciones y la situación de fondo supone una similitud con los dos anteriormente estudiadas. De ahí que la Dirección siente la misma doctrina y resuelva en el mismo sentido indicado.

A lo ya dicho, prácticamente no cabe añadir nada, y si tres Resoluciones de la Dirección vienen a remitirse en una doctrina un tanto discutida, pero ya admitida por la Resolución de 15 de febrero de 1962, quiere decir que el paso avanzado de las de 14 y 26 de noviembre de 1968, ha quedado superado en la actualidad por el número cuantitativamente superior y, quizá, por la situación especialísima de hecho en la que había que resolver el problema.