

**15153** *ORDEN de 3 de mayo de 1978 por la que se dispone se cumpla en sus propios términos la sentencia que se cita.*

Ilmo. Sr.: En el recurso contencioso-administrativo promovido por don Manuel Fernández-Cueto Fernández contra la resolución del Consejo Superior de Protección de Menores de 11 de febrero de 1975, que estimó parcialmente el recurso deducido contra la liquidación practicada por el actor por diferencias de retribuciones correspondientes al año 1973, así como contra la desestimación presunta por el Ministerio de Justicia de los recursos de alzada interpuestos con fecha 9 de noviembre de 1974 y 17 de marzo de 1975, la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid ha dictado la sentencia número 491 de 10 de noviembre de 1977, cuya parte dispositiva dice así:

«Fallamos: Que desestimando la causa de inadmisibilidad aducida por el Abogado del Estado y desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Manuel Fernández-Cueto y Fernández contra el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo Superior de Protección de Menores de once de febrero de mil novecientos setenta y cinco, que estimó parcialmente el recurso deducido contra la liquidación practicada al actor por las diferencias de retribuciones correspondientes al año 1973, así como contra la desestimación presunta por el Ministerio de Justicia de los recursos de alzada interpuestos con fechas nueve de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro y diecisiete de marzo de mil novecientos setenta y cinco, debemos declarar y declaramos no haber lugar al mismo por estar ajustados al ordenamiento jurídico los mencionados acuerdos, sin hacer especial imposición de costas.»

En su virtud, este Ministerio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 103 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ha dispuesto que se cumpla en sus propios términos la expresada sentencia. Lo que digo a V. I. para su conocimiento y efectos.

Dios guarde a V. I. muchos años.

Madrid, 3 de mayo de 1978.—P. D., el Subsecretario, Juan Antonio Ortega Díaz Ambrona.

Ilmo. Sr. Presidente efectivo, Jefe de los Servicios de la Obra de Protección de Menores.

**15154** *ORDEN de 5 de mayo de 1978 por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Marqués de Villanueva y Geltrú, a favor de don Jaime Samá y Coll.*

Excmo. Sr.: De conformidad con lo prevenido en el Real Decreto de 27 de mayo de 1912,

Este Ministerio, en nombre de Su Magestad el Rey (q.D.g.), ha tenido a bien disponer que, previo pago del impuesto especial correspondiente y demás derechos establecidos, se expida, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título de Marqués de Villanueva y Geltrú, a favor de don Jaime Samá y Coll, por fallecimiento de su hermano

Lo que comunico a V. E.

Dios guarde a V. E.

Madrid, 5 de mayo de 1978.

LAVILLA ALSINA

Excmo. Sr. Ministro de Hacienda.

**15155** *RESOLUCION de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona don Antonio Beaus Codes contra la negativa del Registrador número 3 de dicha ciudad a inscribir una escritura de compraventa.*

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario don Antonio Beaus Codes contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 3 de dicha ciudad a inscribir una escritura de compraventa, pendiente en este Centro en virtud de apelación del Registrador;

Resultando que por escritura de compraventa autorizada en Barcelona por el Notario recurrente el 29 de diciembre de 1976, don Sebastián Auger de Pons, en nombre y representación de doña Rosa Comas de Lleonart, vendió a doña Matilde González González un piso vivienda por determinado precio, parte del cual quedó aplazado, para ser satisfecho en 14 plazos trimestralmente representados por otras tantas letras de cambio cuyos vencimientos se detallan, estipulándose que la falta de pago de uno de los plazos daría derecho a la vendedora a dar por resuelto el contrato en los términos del artículo 1.504 del Código Civil, quedando a beneficio de la vendedora, una vez causada la resolución, las mejoras que se hubieran realizado

en la finca, y el 50 por 100 de las cantidades que ya hubiere percibido; que la compradora doña Matilde González González, que comparece en nombre propio, declara que esta casada bajo el régimen de gananciales con don Heliodoro Rebollo Ramos, de quien se encuentra separada de hecho hace más de veinticinco años, por lo que carece de gananciales de su patrimonio, habiendo pagado la parte del precio satisfecha y proyectando pagar el resto con dinero de carácter parafernial;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por observarse en el mismo los siguientes defectos:

1.º No acreditarse suficientemente el carácter parafernial del precio o contraprestación como exige el artículo 95. 3.º del Reglamento Hipotecario, ya que la mera separación de hecho de los esposos revelada en el documento por la simple manifestación de la adquirente no puede producir ninguna consecuencia en el mundo jurídico con trascendencia frente a terceros ni puede transformar lo que por Ley es ganancial en privativo. Por tanto la inscripción debe practicarse a tenor de la regla 1.ª del citado artículo 95.

2.º Supuesto lo anterior, falta de consentimiento del marido de conformidad con el artículo 1.416 del Código Civil para obligar los bienes de la sociedad conyugal a través de una condición resolutoria en garantía del precio aplazado y una cláusula penal también para caso de impago del precio.

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 485, c) del Reglamento Hipotecario. No se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado.»

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el punto primero de la nota es incongruente con el texto de la escritura calificada, ya que en ésta no se pide la inscripción de la finca como parafernial sino que se limita a recoger las afirmaciones formuladas por la compradora respecto a que se halla separada de hecho del marido (declaración que no es posible desconocer jurídicamente cualquiera que sea su trascendencia), y a la inexistencia de bienes gananciales, por lo que el pago del precio se haría en dinero privativo; que la aplicación del artículo 95, 1.º del Reglamento Hipotecario que propugna el Registrador, al no aludir directamente dicho artículo al caso que contemplamos, sólo puede ser analógica en los términos del artículo 4.º del Código Civil, pero que en todo caso sería mucho más adecuado tomar como precepto aplicable análogicamente el punto 2.º del mismo artículo; que el vacío legal es evidente al no contemplar el supuesto de referencia el artículo 95 y adquiere verdadera importancia tras la reforma de 2 de mayo de 1975, en cuanto al régimen legal de las mujeres, al eliminar la licencia marital y reconocer que el matrimonio no afecta a la capacidad de los cónyuges; que en la inscripción en la forma que se indica por el recurrente estaría en relación con los antecedentes legislativos del precepto, cuya evolución tiende claramente a la progresiva protección de la mujer y su equiparación con el esposo, lo que haría absurdo que para rellenar el vacío reglamentario se utilizase un precepto cuya aplicación redundaría en desigualdad y perjuicio para la mujer casada requirente; que la inscripción en la forma prevista por el número 2 del artículo 95 del Reglamento, en nada perjudica, ni al esposo que no ratifica ni a los terceros, suficientemente protegidos por la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código Civil; que al reconocer a la mujer el Código Civil, en alguna medida, el carácter de órgano de gestión de la sociedad conyugal (artículos 66, 1.384 y 1.385), carácter que ha sido recogido por las últimas resoluciones que tratan de este problema, es un contrasentido que no tengan reflejo registral declaraciones de dicho órgano de gestión que, sin perjuicio para nadie, pueden, referendadas con una prueba posterior, aclarar el carácter de determinados bienes adquiridos constante matrimonio; que al aplicar el referido punto 2.º se actualiza una norma reglamentaria ajustándola a las normas vigentes y a la realidad social actual que reconoce la igualdad de los cónyuges en el matrimonio; que en el caso de la escritura cuya calificación se recurre, en el que se afirma la existencia de una separación de hecho de más de veinticinco años, resulta falta de equidad el que un precepto reglamentario convierta una presunción de ganancialidad, salvo prueba en contrario, en una inscripción a favor de ambos cónyuges y para la sociedad conyugal que en cuanto al defecto señalado en el punto 2.º de la nota se plantea de idéntica manera, tanto si se inscribe en la forma indicada por el Registrador como en la forma propugnada por el recurrente; que el hecho de garantizar el precio de la venta en previsión de incumplimiento no supone que se requieran mayores requisitos de capacidad que en el supuesto de simple aplazamiento sin más garantías que la acción del artículo 1.124 y la general responsabilidad patrimonial del artículo 1.911; que quien puede adquirir por sí solo con precio aplazado, podrá adquirir garantizando con condición resolutoria o hipoteca su cumplimiento; que tampoco tiene trascendencia la cláusula penal ya que ésta se hará efectiva sobre las mejoras y el 50 por 100 de las cantidades ya percibidas por la compraventa por lo que cuando ello ocurriese, sería sobre la parte de precio ya pagado por la compradora sobre el que se haría efectiva la

pena; que el problema de la obligatoriedad o no para la sociedad de gananciales del pago del precio aplazado, es un punto que queda fuera de la calificación registral, por lo que el contrato es válido y debe tener acceso al Registro; que todas estas razones adquieren mayor fuerza en la escritura recurrida, en la que la compradora manifiesta que carece de gananciales y que proyecta pagar el precio aplazado con dinero privativo, y el representante de la vendedora, conocedor de tales declaraciones, así lo otorga prestando su consentimiento;

Resultando que el Registrador informó: que el punto primero de la nota no es incongruente con el texto de la escritura calificada, pues aun cuando en la escritura no se solicita la inscripción del bien adquirido como parafernalia, las declaraciones de la adquirente respecto a su separación de hecho y carencia de gananciales tienen que tener una finalidad que no puede ser otra que el intentar que la adquisición se inscriba a su nombre exclusivamente; que esta petición no se formula explícitamente, por lo que se crea cierta obscuridad, al no solicitarse tampoco la inscripción con carácter ganancial; que esta obscuridad hace que se estime conveniente, para evitar dudas, rechazar de modo explícito las declaraciones de parafernalia de la adquirente, propugnando la inscripción de conformidad con la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario; que no puede aceptarse la petición del recurrente de que se practique la inscripción de acuerdo con la regla 2.ª del citado artículo, ya que el escrito de interposición del recurso no es adecuado para efectuar una petición de esta naturaleza, que en todo caso debería ser efectuada bien por el presentante del título o bien por la misma adquirente; que aun admitiendo la personalidad del Notario para efectuar tal petición no se puede estar de acuerdo con sus conclusiones al interpretar el artículo 95 del Reglamento Hipotecario; que es evidente que el caso concreto debatido no tiene encaje en ninguno de los supuestos que el artículo contiene, pero que si ahondamos en la «ratio» del precepto, así como las manifestaciones acerca de la parafernalia del precio que la escritura contiene, vemos que dicho supuesto tiene entrada en el artículo 95, regla 1.ª; que la tesis del Notario supone no ya interpretar la regla 2.ª del artículo 95 aplicando el artículo 3.º 1.º del Código Civil, sino hacer decir al precepto lo que el precepto no dice, ya que el artículo es suficientemente claro; que tampoco pueden aceptarse las manifestaciones del recurrente en el sentido de que se produce una indefensión de la mujer casada, ya que el precepto se aplica por igual a ambos esposos; que la inscripción conforme a la regla 1.ª del artículo 95 no supone que se trata de bienes cuya naturaleza está ya definitivamente establecida como una presunción «iuris et de iure», sino como una presunción «iuris tantum»; que en el caso de falta de acuerdo de los esposos no podría decirse que la inscripción con arreglo al párrafo 2.º del artículo 95 no perjudica a nadie, ya que se desplazan los poderes dispositivos (artículo 96), de tal forma que si el marido pretendiera enajenar el bien adquirido y su cónyuge no le prestara el consentimiento, no podría acudir a la autorización judicial supletoria del artículo 1.413 del Código Civil, dándose la paradoja de que un bien que sin duda es ganancial queda sustraído del poder dispositivo del marido como administrador de la sociedad de gananciales; que en cuanto al punto 2.º de la nota, si bien se parte de la base de pleno respeto a la doctrina sentada por las Resoluciones de la Dirección General de 8, 11 y 26 de febrero de 1977, en cuanto al caso por ellas contemplado, en que se trataba de compras con precio pagado al contado, ha de resaltarse que en el caso debatido la mujer no sólo ejercita facultades como administradora al adquirir un bien, que por no acreditarse la procedencia del precio debe reputarse ganancial, de conformidad con el artículo 1.413 del Código Civil, lo cual se admite en base a las Resoluciones citadas, sino que deja aplazado parte del precio y garantizado con una condición resolutoria que puede producir la consecuencia de que un bien que por Ley es ganancial pierda este carácter sin que el marido tenga la más mínima intervención en el proceso; que el caso debatido entra de lleno en la esfera del último párrafo del artículo 1.441 del Código Civil cuando dice que los Tribunales conferirán la administración a la mujer si el marido hubiera abandonado a la familia, precepto éste que nos enseña el claro camino a seguir, caso de ser imposible conseguir el consentimiento del marido;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el Notario y declarando además que de efectuarse la inscripción a nombre de la adquirente y en armonía con sus declaraciones no se prejuzga la naturaleza privativa o ganancial del bien adquirido;

Vistos los artículos 59, 62, 63, 65, 66, 1.263, 1.301, 1.392, 1.395, 1.401, 1.407, 1.413 y 1.698 del Código Civil, 95 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de este Centro de 8, 11 y 26 de febrero de 1977;

Considerando que en el estudio y resolución de este recurso hay que tener en cuenta la profunda modificación que la Ley de 1975 introdujo al sentar como principio general en el nuevo artículo 82 del Código Civil que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, lo que motivó de una parte que toda una serie de preceptos de ese Cuerpo legal fueran modificados y se adaptaran a la nueva legalidad introducida, y que para otras instituciones (la sociedad legal de gananciales) se previniera su futura regulación adaptada a esta nueva situación (una vez se resolvieran los

complejos y arduos problemas que ofrece), por lo que hasta ahora, tanto este hecho no se produzca, hay que tratar de coheretar los preceptos legales todavía vigentes con el principio general antes señalado de plena capacidad de obrar de ambos esposos;

Considerando que este Centro directivo declaró en las Resoluciones de 8, 11 y 26 de febrero de 1977 la inscripción al amparo del artículo 95, 1.º del Reglamento Hipotecario de las compras de inmuebles hechas por mujer casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales, en las que el precio había sido satisfecho al contado en base a los argumentos legales recogidos en las expresadas Resoluciones, planteándose ahora la cuestión de si serán o no inscribibles las mencionadas adquisiciones en el supuesto de que se haya pagado por la mujer sólo parte del precio, y queda aplazado el resto con la garantía, igualmente pactada, de una condición resolutoria con cláusula penal;

Considerando que el principal obstáculo que puede alegarse en contra del acto realizado aparece señalado en el defecto 2.º de la nota de calificación y hace referencia a la imposibilidad de la mujer casada para obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido (artículo 1.418 del Código Civil), por lo que invirtiendo el orden de los defectos establecidos se va a examinar éste en primer lugar;

Considerando que como indicó la referida Resolución de 8 de enero de 1977, el examen del artículo 1.418 del Código Civil lleva a la conclusión de que se limita a señalar los bienes que quedan obligados por los actos de la mujer, de modo que el consentimiento del marido no afecta para nada a la validez del contrato realizado por ella, pues a este aspecto se referían en su redacción derogada los artículos 61 y 1.263 del Código Civil, que le impedían adquirir a título oneroso o lucrativo sin licencia o poder de su marido, pero suprimida esta restricción no hay ningún obstáculo legal para que la mujer casada pueda ser compradora, sin que por tanto tengan aplicación los artículos 65 y 1.301 de su nueva redacción;

Considerando que confirma el anterior aserto el contenido del artículo 1.698, 2.º del Código Civil vigente en esta materia como supletorio por la remisión que a las normas del contrato de sociedad hace el artículo 1.395 del mismo Cuerpo legal (incluido dentro del capítulo que regula la sociedad de gananciales), y en donde se establece que la sociedad no queda obligada respecto a tercero por los actos que haya realizado un socio no gestor, salvo cuando dichos actos hayan redundado en provecho de ella, de donde se deduce que los actos celebrados por el cónyuge no administrador (en este caso, la mujer) producirán todos sus efectos en cuanto a su autor, y de su cumplimiento responderá su patrimonio privativo, y no el de la sociedad de gananciales, salvo que ésta se hubiera aprovechado, criterio que el propio legislador ha ampliado a otros supuestos, en la reforma de 1975, como ha sucedido al modificar la redacción del artículo 995 del Código Civil, en donde se establece que la falta de consentimiento del cónyuge del aceptante de una herencia no afecta a la validez del acto, sino sólo a la exclusión del patrimonio ganancial en la responsabilidad de las deudas hereditarias;

Considerando en consecuencia que habrá de concluirse que la mujer casada en régimen de gananciales, en el ejercicio de la potestad que como administradora de ciertos bienes gananciales (frutos de los parafernales y ganancias obtenidas en su profesión, industria o trabajo) podrá realizar toda clase de contratos de compraventa, tanto al contado como a plazos, pero en este último caso, si el marido no presta el consentimiento que exige el artículo 1.418, no quedarán obligados a las resultas del contrato los bienes de la sociedad conyugal, y solamente lo será el patrimonio privativo de la mujer, así como el propio bien adquirido, pues aunque tuviera la presunción de bien ganancial (artículo 1.401), siempre quedaría sujeto a la acción resolutoria del vendedor (artículo 1.124 del Código Civil), en caso de incumplimiento de sus obligaciones por la mujer;

Considerando que al no acreditarse suficientemente el carácter del precio que como contraprestación se ha satisfecho en parte por la mujer, y actuar la presunción general del artículo 1.401, 1.º del Código Civil, se plantea la cuestión de si la adquisición realizada habrá de inscribirse a tenor de la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario o si las manifestaciones hechas en la escritura por la mujer compradora pueden enervar o matizar al menos la aplicación del mencionado precepto legal;

Considerando que es indudable que la situación de separación de hecho de los esposos, sobre todo cuando se remonta a un período más o menos largo de tiempo, ha sido tenida en cuenta por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y puede producir determinados efectos jurídicos, por lo que en principio, y en relación con el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, la declaración hecha por el cónyuge adquirente condiciona el supuesto de aplicación, pues al no haberse acreditado que el precio es de la exclusiva propiedad de la compradora, no cabe encuadrarlo dentro de la regla 3.ª de dicho artículo, así como tampoco dentro de la 2.ª, al haber sido hecha la aseveración por la misma compradora y no por su esposo, pero tampoco se está propiamente en el supuesto de la regla 1.ª dada la finalidad y origen de este precepto reglamentario;

Considerando en efecto que este artículo 95 en su redacción actual es una novedad introducida por el Decreto de 17 de marzo de 1959, que trató de acomodarse a la Reforma que del artículo 1.413 del Código Civil hizo la Ley de 24 de abril de 1958, sin que pueda dársele un mayor alcance que el que tienen las disposiciones sustantivas sobre la materia (en particular el artículo 1.401, 1.º) ya que la finalidad perseguida era la de poner a disposición del funcionario calificador la existencia de un elemento fundamental a tener en cuenta en la futura calificación de un acto de disposición o gravamen sobre el inmueble ahora adquirido, y aunque incluso en la situación normal de un matrimonio pueda parecer excesivo que de acuerdo con dicha regla 1.ª se practique la inscripción a nombre de los dos cónyuges cuando sólo la adquirió uno de ellos, con lo que aparece como titular registral quien no ha sido parte en el acto o contrato, todavía resulta mucho más anómalo la práctica de una inscripción de esa forma, cuando de las manifestaciones hechas por el cónyuge comprador, y aun sin entrar a calificar la naturaleza del bien, que a falta de otros elementos de juicio pudiera tener la consideración de ganancial, con arreglo al artículo 1.407 del Código Civil, aparecen justificadas reservas a la aplicación del mencionado precepto reglamentario;

Considerando que en consecuencia se está ante un supuesto de forma de inscribir una adquisición no prevista en las vigentes reglas del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, y que habrá de realizarse practicando la inscripción sólo a nombre del cónyuge adquirente, tal como previene el artículo 1.401, 1.º del Código Civil, en relación con el artículo 1.407 del mismo Cuerpo legal, mientras no se pruebe que pudiera pertenecerle privativamente,

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

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

Dios guarde a V. E. muchos años.

Madrid 4 de mayo de 1978.—El Director general, José Luis Martínez Gil.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona.

**15156** *RESOLUCION de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo, interpuesto por el Notario de Haro don Francisco Sans Uranga, contra la negativa del Registrador mercantil de Logroño a inscribir una escritura de constitución de Sociedad Anónima.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Haro don Francisco Sans Uranga, contra la negativa de V. S. a inscribir una escritura de constitución de Sociedad Anónima.

Resultando que por escritura autorizada por el Notario recurrente el 9 de agosto de 1976, don Julián de la Cruz Toledo y su esposa, doña María Alberta Campo Garrido constituyendo la sociedad «Bodegas Cruz Campo, S. A.», interviniendo ambos en su propio nombre y derecho, y haciéndolo además el señor de la Cruz como Administrador único o Gerente de la Entidad «Fomento de Negocios, S. A.» (FOMENSA), cargo para el que fue designado por escritura autorizada por el Notario de Madrid don Luis Sanz Suares, el 11 de enero de 1974, que fue inscrita en el Registro Mercantil;

Resultando que presentada en el Registro Mercantil de Logroño primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el documento que precede en este Registro se deniega por los siguientes defectos:

1.º Existe autocontratación, porque don Julián de la Cruz Toledo comparece por sí y en representación de la Sociedad «Fomento de Negocios Sociedad Anónima», como Administrador único y, al no acompañarse la escritura de 11 de enero de 1974, en la que se le designa para tal cargo, no consta que en éste se le facultara para autocontratar.

2.º El artículo 7.º de los Estatutos que admite el Consejo con dos únicos miembros, y el acuerdo de designar el Consejo en esta forma —dos únicos Consejeros, que por cierto son esposos—, están en oposición con lo dispuesto en los artículos 71 y 73 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas, y el artículo 102 h) del Reglamento del Registro Mercantil, porque el Consejo, con dos únicos miembros, equivaldría a la organización de una administración mancomunada y no solidaria, prohibida en nuestra Ley, con actuación conjunta, unánime, y simultánea de sus Administradores. Por tanto, con dos únicos miembros, desaparece la característica fundamental del Consejo de Administración, que es la de la administración conjunta y por mayoría, y le serían inaplicables las normas sobre constitución y funcionamiento y adopción de acuerdos. En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1960. Ambos defectos son insubsanables.»

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que, según su criterio, la constitución de una Sociedad no es propiamente un contrato, y ésta es también la tesis mantenida por gran parte de la doctrina, por lo que si no existe contrato, no puede hablarse tampoco de autocontratación; que en la escritura calificada se testimoniaron parcial y brevemente, pero en forma suficiente, los particulares pertinentes de la escritura fundacional de «Fomento de Negocios, S. A.», así como la de nombramiento de Administrador, de 11 de enero de 1974; que si a pesar de ello el Registrador considera indispensable el testimonio íntegro de esta última escritura, la nota debería de ser de suspensión y la calificación de la falta de subsanable, y con mayor razón teniendo en cuenta que una hipotética extralimitación de facultades del Administrador único sería también subsanable por acuerdo de la Junta General; que en cuanto al 2.º defecto señalado en la nota cabe alegar que los artículos 71 y 73 de la Ley de Sociedades Anónimas y el 102 h) del Reglamento del Registro Mercantil no fijan número mínimo de miembros para el Consejo, por lo que es admisible cualquier pluralidad; que en el mismo sentido se manifiesta la mayoría de la doctrina; y que la sentencia de 20 de abril de 1960, que se cita en la nota, es poco explícita y no tiene el sentido general que se le quiera dar, sin que el supuesto que contempla coincida exactamente con el del caso que nos ocupa.

Resultando que el Registrador dictó acuerdo, manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: que es indudable que nuestro derecho positivo vigente califica, por definición, a la Sociedad como un contrato (artículo 1.665 del Código Civil), reiterando tal calificación en los artículos 1.668, 1.676, 1.679, 1.692 y otros del mismo cuerpo legal; que en el mismo sentido se manifiesta el Código de Comercio (artículos 116, 117, 119 y 121) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto anterior como posterior a la Ley de Sociedades Anónimas (sentencias de 22 de abril de 1958, 3 de diciembre de 1959, 24 de junio de 1960 y 11 de diciembre de 1965, entre otras); que el defecto señalado es insubsanable por estar viciadas de nulidad las declaraciones de voluntad emitidas, a tenor del artículo 4.º del Código Civil; que en relación al 2.º de los defectos, y a pesar de la elasticidad de los artículos 71 y siguientes de la Ley, del contenido de los mismos se deduce claramente la intención del legislador de excluir el sistema de administración en régimen de pura mancomunidad, deduciéndose asimismo que la esencia del sistema de administración, por Consejo, radica precisamente en la colegialidad o adopción de acuerdos por mayoría, hasta el punto de que las disposiciones legales serían de imposible aplicación en la hipótesis de que, integrado el Consejo por dos únicos miembros, fuera necesaria la actuación unánime (así el artículo 73-2.ª, artículo 77, y artículo 79); que el artículo 78 de la Ley establece, con carácter imperativo, el régimen de mayorías para la constitución del Consejo y la adopción de acuerdos, régimen absolutamente inviable en la hipótesis de dos únicos consejeros; que es indudable que la expresión «varias personas» del artículo 73 de la Ley se refiere a la existencia de más de dos, pues habitualmente el término «varios» se utiliza para expresar pluralidades superiores a dos seres; que la sentencia de 20 de abril de 1960 adopta como uno de los fundamentos del fallo «la imposibilidad de alcanzar la mayoría exigida por la Ley», lo que hace innecesarias otras consideraciones.

Vistos los artículos 1.255 del Código Civil; 116 y 117 del Código de Comercio; 71 a 80 de la Ley de 17 de julio de 1961 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil, y la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1960;

Considerando que son dos las cuestiones a examinar en este recurso: Una primera, relativa a la posible existencia de una autocontratación al constituirse la Sociedad, y la segunda, que hace referencia a si puede crearse un Consejo de Administración compuesto únicamente por dos miembros;

Considerando que en cuanto a la primera cuestión, es de observar que si uno de los futuros socios comparece en la escritura de constitución de la nueva Sociedad, no sólo en nombre propio, sino también en representación de una Sociedad, en la que su objeto social es crear Sociedades o participar en las ya creadas, mediante aportación de capital o de servicios de asesoramiento, y, como Administrador único, se encuentra facultado para estos actos por estar dentro del giro y tráfico de la Empresa —artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas— es indudable que se produce una situación en la que puede existir una contradicción de intereses, y el consiguiente peligro de que se vea afectada la Entidad representada por una actuación abusiva de quien obra en nombre de intereses diversos, lo que hace necesario el conocimiento y la autorización de dicha Entidad, pues de lo contrario se estaría ante un supuesto de autocontratación, no permitido en nuestro derecho;

Considerando que no parece oportuno examinar la naturaleza jurídica del acto de constitución de una Sociedad, ya que, a efectos de este recurso, es totalmente indiferente el que tal acto sea o no un contrato, pues no cabe encuadrar la figura de la autocontratación en tan pequeño campo, y que no pueda aplicarse, por tanto, a otro tipo de negocio jurídico, ya que no hay que olvidar que, al emitirse por una misma persona dos declaraciones de voluntad, una en nombre propio y otra en