

indefinido (artículo 224 del Código de Comercio), y la quiebra del socio colectivo provoca la disolución de la Sociedad (artículo 222, 3.º del Código de Comercio), en las Sociedades de capital en las que al amparo de la previsión legal (vid. artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) se estipule estatutariamente el derecho de la Sociedad y de los socios a evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el abono del valor de las acciones o participaciones, tal previsión, en cuanto contribuye a definir el contenido jurídico de la posición social representada por la acción, deberá tener las consiguientes repercusiones en el ámbito procedimental, de modo que su respeto quede garantizado en el caso de ejecución de acciones por deudas del socio (sin que pueda estimarse que en esos supuestos y dado el orden procesal vigente, el derecho de adquisición preferente haya de operar siempre «a posteriori», como derecho de subrogación en el lugar del adjudicatario) pues, por una parte, el mismo ordenamiento jurídico compatibiliza el derecho de adquisición de carácter previo con los casos de venta judicial -así, el artículo 1.640 del Código Civil, posibilita al dueño útil o al directo la adquisición por el tipo fijado para la subasta evitándole el eventual quebranto que se le ocasionaría si el tanteo cediese en favor del retracto y el remate lo fuera por un importe superior al tipo de salida; igualmente el artículo 592 del Código de Comercio- y, por otra, no puede desconocerse el carácter subordinado del ordenamiento procesal en cuanto ha de dar cauces de actuación judicial de los derechos sustantivos.

5. Cuando la evolución jurídico-sustantiva no vaya acompañada del paralelo desarrollo procedimental, la reconocida licitud del derecho de adquisición preferente de carácter previo impone la notificación previa a la ejecución judicial con suspensión de ésta durante los plazos estatutariamente previstos, cuya duración no podrá rebasar de la adecuada a la finalidad pretendida (en este sentido resultan suficientemente expresivos los establecidos en el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada o en el 63 de la nueva Ley de Sociedades Anónimas) y todo ello sin perjuicio de la embargabilidad, desde luego, de las acciones, embargo que se contraerá en el interín a los derechos económicos a que se refiere el artículo 174 del Código de Comercio y que, en caso de ejercicio del derecho de adquisición por la Sociedad o por los socios, recaerá sobre el derecho del socio deudor al valor de aquéllas.

6. Ahora bien, y por lo que se refiere al segundo de los argumentos del Registrador que antes hemos expuesto, no cabe duda de que esa posibilidad de evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el ejercicio del derecho de adquisición preferente de las acciones que se pretenden transmitir, exige que dicho ejercicio se efectúe por un precio que alcance el valor real de las acciones. Esta es una premisa que no se ha discutido ni debe discutirse. La cláusula debatida en el presente recurso establece que, en caso de discrepancia entre los socios, el precio de las acciones será el que fije, como árbitro de equidad, un profesional colegiado «por vía de actualización y corrección de valoraciones del último balance aprobado». Es evidente que aunque no figuren en el balance, no puede desconocerse la indudable relevancia económica de los elementos inmateriales como la clientela y las expectativas y, en general, el denominado fondo de comercio, y su necesaria consideración para averiguar el valor real de las acciones, pues de otro modo se obtendría un precio que podría ser, y generalmente sería, inferior a dicho valor. El Registrador, entendiendo que la cláusula en cuestión no permite tener en cuenta los elementos que no figuran en el balance objeto de actualización y, consiguientemente, que esta circunstancia podría impedir la obtención del valor real de las acciones, considera inválida la cláusula y deniega su inscripción. Esta conclusión no parece, sin embargo, acertada. El tenor de la cláusula presenta, ciertamente, alguna oscuridad; y en este sentido se halla necesitada de interpretación («un claris non fit interpretatio»), pero, una vez interpretada de acuerdo con los cánones hermenéuticos que son de aplicación en la materia, queda disipada cualquier duda acerca de su validez. No puede olvidarse a este respecto que en las hipótesis en que, como la que nos ocupa, una cláusula admita diversos sentidos, debe optarse, por imperativo del artículo 1.284 del Código Civil, por el más adecuado para que produzca efecto. Y sin duda alguna, hay una interpretación de la cláusula, que viene propiciada por los usos (artículo 1.287 del Código Civil), que permite salvar su validez. En medios económicos, contables y financieros resulta claro, en efecto, que la expresión «actualización y corrección de valoraciones del balance», de conformidad con el uso que ha cristalizado en la práctica habitual, incluye no sólo las operaciones relativas a la revalorización de los elementos patrimoniales inscritos en el balance, sino también las relativas a la afluencia del valor inherente a los elementos inmateriales no contabilizados y, especialmente, del fondo de comercio. hasta tal punto es así, que el propio legislador utiliza esa expresión para referirse al conjunto de todas las operaciones -incluida, como es natural, la afluencia- que sean precisas para hallar el valor real. El artículo 4 de la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas, tanto en su redacción originaria como en la que le ha dado la disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 7/1989, de 29 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, es elocuente al

respecto. En consecuencia, no procede objetar al sistema de valoración establecido en los Estatutos que se examinan la imposibilidad de alcanzar el valor real de las acciones a transmitir.

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

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

Madrid, 6 de junio de 1990.-El Director general, José Cándido Paz-Ares Rodríguez.

Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

**21594** RESOLUCION de 23 de julio de 1990, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el Notario de Madrid don Juan Carlos Caballería, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 3 de Madrid a inscribir una escritura de manifestación y adjudicación de herencia.

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don Juan Carlos Caballería contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 3 de Madrid a inscribir una escritura de manifestación y adjudicación de herencia en virtud de apelación del recurrente.

## HECHOS

### I

El día 23 de septiembre de 1988, ante don Juan Carlos Caballería Gómez, Notario de Madrid, doña María Puente Paradela, doña María Luz Martín Puente y doña María del Carmen Juez Puente otorgaron escritura de manifestación y aceptación de herencia, interviniendo las dos primeras, esposa e hija del causante, por sí, y haciéndolo la segunda, además, en representación como tutora de su hermano incapaz don José María Martín Puente, mayor de edad, que fue declarado incapaz en virtud de sentencia de 8 de mayo de 1986, dictada en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Madrid, y designada tutora aquélla por Auto de fecha 23 de febrero del mismo Juzgado; y doña María del Carmen Juez interviene como Defensora judicial del indicado incapaz, designada como tal por auto del Juzgado de Primera Instancia número 23, de fecha 31 de mayo de 1989.

### II

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 3 de los de Madrid fue calificada con la siguiente nota: «Se suspende la inscripción del precedente documento, ya que sometido a tutela el hijo mayor de edad, la partición de la herencia requiere aprobación judicial. Art. 271-4.º CC, precepto aplicable a quien por sustitución asume las funciones tutelares, defecto subsanable. Contra la presente nota cabe interponer recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, en el plazo de cuatro meses.-Madrid a 28 de junio de 1989.-El Registrador.-Firma ilegible.-Firmado: Jesús Gonzales-Ducay López.

### III

El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que parece ser que la calificación registral está fundada en la Circular de la Fiscalía General del Estado número 2, de 25 de abril de 1985, que mantiene la existencia de una antinomia entre los artículos 1.060 y 271-4.º del Código Civil, dando preferencia a este último por ser la norma posterior. Que se considera que la figura del Defensor judicial mantiene dentro del Código Civil características diferenciales de las del tutor y, por tanto, tiene plena vigencia el artículo 1.060 del Código Civil que no distingue a la hora de excluir el requisito de la aprobación judicial. Para ello hay que fundarse en los siguientes argumentos:

1.º En el carácter de representante legal de menores e incapaces que ostenta el Defensor judicial. Que el Defensor judicial del menor incapaz es un auténtico representante legal y, por tanto, le sería en principio aplicable el artículo 1.060 del Código Civil, y así se deduce del artículo 163 que está contenido dentro del capítulo II del libro I del Código Civil, bajo la rúbrica «La representación legal de los hijos», de la doctrina civil, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1933 y de 28 de junio de 1962, de la Resolución de los Registros y del Notariado de 26 de septiembre de 1951 y, por último, de la propia Circular de la Fiscalía General del Estado, antes citada. 2.º Los artículos 1.060 y 271-4.º del

Código Civil que según el artículo 1.060 del Código Civil se entiende que en las particiones donde intervenga Defensor judicial no precisan la aprobación judicial. Con la nueva redacción hecha por la Ley 24 de octubre de 1983, fue dada al artículo 271-4.º de dicho texto legal, los defensores de la tesis de la necesidad de la aprobación judicial se fundan en dicho precepto, entresacando dos argumentos: a) Que existe una antinomia entre los artículos 1.060 y 271-4.º, que debe resolverse en favor de este último por ser norma posterior que deroga la anterior; b) Que el Defensor judicial no puede ostentar mayores facultades que aquel a quien sustituye ni el Juez se las puede conceder. Que estos argumentos no tienen validez o fuerza definitiva, por las siguientes consideraciones: 1.ª No existe antinomia alguna entre los citados preceptos. Pues bien, la interpretación más lógica, con arreglo al artículo 3.1.º del Código Civil, no puede ser otra que considerar que el artículo 1.060 es la norma general y el artículo 271-4.º es la norma especial para las particiones en que intervenga tutor, lo que es congruente con el sistema vigente antes de la Ley de 24 de octubre de 1983. Que las figuras del tutor y el Defensor judicial son distintas y, desde luego, la reforma de la tutela por Ley de 24 de octubre de 1983, no ha pretendido unificarlos. En efecto: 1.º El Defensor judicial tiene las facultades que el Juez estime concederle en la Resolución Judicial, según lo establecido en el artículo 302 del Código Civil; 2.º Consecuencia de lo anterior nada impide que el Juez conceda facultades superiores al Defensor judicial, atendiendo a su naturaleza casuística; 3.º Ninguna actuación del Defensor judicial está sujeta a la aprobación judicial. La Ley no quiere que se aplique a aquél las limitaciones establecidas para los tutores; 4.º Cuando la Ley quiere imponer una limitación al Defensor judicial lo hace expresamente; por ejemplo, en el artículo 302, antes citado, y 5.º Por último, el artículo 1.060 del Código Civil no distingue cuando a quien se nombra Defensor judicial es un menor o incapaz.

## IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que no se puede afirmar que el Defensor judicial sea una figura autónoma independiente sin relación alguna con la institución de protección del menor o incapaz, a la que sustituye por las siguientes razones: 1.ª Lo establecido en el número 2 del artículo 299 del Código Civil; 2.ª Que del inciso 1.º del número 1 del artículo 299 citado, resulta claro que el Defensor judicial será el representante legal cuando sustituya al tutor, pero no cuando el sustituido sea el curador; 3.ª En este mismo sentido se manifiesta la doctrina; 4.ª Igual opinión mantiene la Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985, y 5.ª Por último, a mayor abundamiento hay que citar lo establecido en el artículo 301 del Código Civil. Que, por consiguiente, el Defensor judicial no es una figura autónoma de protección de los menores e incapaces. Con carácter general, el Código establece que tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez, que dependerán de la institución de protección a la cual se sustituye. El Juez autoriza al Defensor para que apruebe la partición, autorización que es abstracta y debe entenderse en el sentido de aquel Defensor judicial y los herederos mayores de edad (en el caso que se estudia) han de realizar la partición conforme a lo establecido en los artículos 1.061 y 1.062 del Código Civil. En cualquier caso, el Juez no puede ceder al Defensor competencias que por ley le corresponden, como es la necesidad de aprobación judicial, acto que se califica de imperativo e indispensable por la Circular de la Fiscalía General del Estado. Que efectivamente las normas deben interpretarse para que produzcan efectos, pero esta regla no resulta del artículo 3.1 del Código Civil, sino de las reglas generales de interpretación de los contratos. Que la autoridad judicial se convierte en eje fundamental de la tutela en la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que fue instruida por el artículo 39 de la Constitución Española. En este punto hay que destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de mayo de 1982 y la Resolución de 30 de julio de 1982. Que, en conclusión, puede entenderse que el artículo 1.060 del Código Civil no fue modificado por la reforma de la tutela por la razón de que quedaba circunscrito a la actuación de los padres en ejercicio de su patria potestad; por el contrario, el artículo 271, número 4, de dicho texto legal, al centrar el eje de la reforma en el principio de autoridad judicial, es aplicable a todos los supuestos de tutela.

## V

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en que al suplir el Defensor judicial la imposible intervención del tutor, habrá de referirse por el régimen jurídico establecido para la tutela; de ahí la inexcusable aplicación del artículo 271-4.º del Código Civil.

## VI

El Notario recurrente apeló el Auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que el Defensor judicial no sustituye al tutor, sino que es designado por el Juez en caso de oposición de intereses entre tutor y tutelado, así se deduce de los artículos 299 y siguientes del

Código Civil. Que no puede decirse que el Defensor judicial sustituya al tutor, sino que es designado de nuevo y para un supuesto concreto por el Juez, esta es la diferencia entre una y otra figura y, por tanto, debe aplicarse sin restricción el artículo 1.060 del Código Civil.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos: Los artículos 163, 215, 216, 220, 271, 301 y 1.060 del Código Civil; el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985 y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 4 de abril de 1986.

## I

En el presente Recurso se debate en torno a la inscribibilidad de una partición hereditaria no aprobada judicialmente, habida cuenta de que está interesado en ella un incapaz sujeto a tutela que es representado por un Defensor judicial nombrado específicamente para ese acto ante el conflicto de intereses existente entre los del pupilo y el tutor; en el Auto de nombramiento se faculta al Defensor judicial para que represente al incapaz en la práctica y aprobación de las operaciones particionales del caudal relicto por fallecimiento de su progenitor.

## II

Sostiene el Registrador calificante que puesto que dicho Defensor actúa en sustitución del tutor deberá quedar sujeto a las mismas exigencias y limitaciones que afectan a la actuación representativa de este último y, por tanto, de conformidad con el artículo 271-4.º del Código Civil, se precisará la correspondiente aprobación judicial de la división practicada.

Esta razonable posición, que además tiene a su favor el argumento lógico de la igualdad de trato para todas las hipótesis en que los menores o incapaces son representados al margen del instituto de la patria potestad (legalmente conferida a los progenitores), sin embargo no puede ser admitida.

## III

La delimitación del ámbito de aplicación del actual artículo 271-4.º del Código Civil no puede hacerse a espaldas de la evolución del tratamiento jurídico dispensado a las particiones contractuales en que estuviere interesado un menor o incapacitado. Es de observar cómo el criterio del artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que exigía la aprobación judicial en todo caso, fue primero excepcionado para la hipótesis en que el menor estuviere representado por su padre, madre o tutor (arts. 269-7.º y 1.060 del Código Civil originario), y luego totalmente superado al prescindirse de tal aprobación judicial siempre que el menor o incapacitado estuviere legalmente representado, ya por sus padres, ya por el Defensor judicial, ya por el tutor o protutor debidamente autorizados por el Consejo de Familia (art. 1.060 del Código Civil tras la reforma de 13 de mayo de 1981). En este orden, el artículo 271-4.º del Código Civil, introducido tras la reforma de 24 de octubre de 1983, al exigir nuevamente aprobación judicial para la partición hecha por el tutor (exigencia que parece obedecer a la necesidad de hallar una vía de control sustitutiva de la anterior autorización del Consejo de Familia), no puede reputarse sino como excepcional y, por tanto, sujeta a interpretación estricta, no siendo aplicable a aquellas otras instituciones de protección y defensa de menores o incapacitados dotadas de entidad propia y con perfiles jurídicos diferenciados (vid. artículos 215, 216, 220, 301 302 del Código Civil, así como el tratamiento en capítulos independientes de la tutela de la curatela y el Defensor judicial) por el solo dato de que los mismos sean desempeñados por personas ajenas a la relación paterno filial, máxime cuando no se trata de Defensor nombrado con carácter general, como el tutor, sino de un nombramiento específico para un acto concreto que el Juez ha de valorar al efectuarlo, al objeto de fijar las atribuciones del designado (art. 302 CC.). Ello es además coherente con la necesidad de agilizar y simplificar el tráfico jurídico reduciendo sus costes en la medida en que queden debidamente salvaguardados los intereses de menores e incapacitados.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el Auto apelado y la nota del Registrador.

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

Madrid, 23 de julio de 1990.—El Director general, José Cándido Paz-Ares Rodríguez.

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