

cio), no precisa ser acreditada fehacientemente, bastando con aquella afirmación por el emitente de su efectivo reembolso (cfr. artículo 10 de la Ley Hipotecaria).

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso en cuanto al segundo de los defectos y confirmar en cuanto al resto el auto apelado.

Madrid, 14 de enero de 1999.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

## 3566

*RESOLUCIÓN de 16 enero de 1999, de la Dirección General los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don Gerardo Muñoz de Dios, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Santoña, don Emilio Durán de la Colina, a inscribir una escritura de declaración de obra nueva, en virtud de apelación del señor Registrador.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don Gerardo Muñoz de Dios, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Santoña, don Emilio Durán de la Colina, a inscribir una escritura de declaración de obra nueva, en virtud de apelación del señor Registrador.

### Hechos

#### I

El 24 de diciembre de 1993, mediante escritura pública otorgada ante don Gerardo Muñoz de Dios, Notario de Madrid, los esposos doña María Teresa Blanco Gandarillas y don Enrique Fernández Laguillo Roderero y doña Begoña y don Enrique Fernández Laguillo Blanco declaran «que sobre la finca propiedad de los esposos citados descrita en la misma, y por cuartas e iguales partes indivisas, a expensas de sociedad legal de gananciales los dos primeros, y los tres últimos con dinero de privativa pertenencia, han construido la obra nueva que se describe en el expositivo segundo, quedando por tanto dueños del conjunto, por cuartas e iguales partes proindiviso». Presentada esta escritura en el Registro de la Propiedad de Santoña el 26 de septiembre de 1994, fue denegada la inscripción por no estar inscrita la finca a nombre de los otorgantes.

Posteriormente, con fecha 15 de noviembre de 1994, sin intervención de los otorgantes, el mismo Notario autoriza acta en la que se expresa lo recogido en el fundamento de Derecho 1.2.º

#### II

Presentados los documentos antes citados en el Registro de la Propiedad de Santoña fueron calificados con la siguiente nota: «Acompañada del acta de subsanación otorgada por el mismo Notario el día 15 de los corrientes, se presentó nuevamente esta escritura en el Registro, suspendiéndose la inscripción de la obra nueva que en ella se declara por observarse el defecto subsanable siguiente: No se ha aportado a este Registro de la Propiedad, para su previa inscripción, la escritura de constitución de comunidad a que se hace referencia en la subsanatoria. Santoña, a 28 de noviembre de 1994. El Registrador. Firma ilegible».

#### III

El Notario autorizante de los documentos interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: «I. Que la constitución de la comunidad está incluida en la escritura calificada al decir “quedando, por tanto, dueños del conjunto, por cuartas e iguales partes proindiviso”. II. Que se cita analógicamente lo dispuesto en el artículo 45, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario, consecuencia de la reforma de 1982, el cual tiene como antecedente la Resolución de 16 de mayo de 1979. III. Que el artículo 392 y siguientes del Código Civil no exigen ninguna forma especial para crear la comunidad. Que únicamente se requiere que una cosa o derecho pertenezca proindiviso a varias personas, lo cual ocurre en el documento cuya inscripción se deniega, pues en la misma escritura que se califica se crea la comunidad y no se conoce norma que obligue

a que se constituya en escritura independiente, ya que la comunidad no tiene personalidad jurídica. IV. Que es aplicable a este caso la doctrina contenida en la Resolución de 5 de octubre de 1994».

#### IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: «1.º Que del acta de subsanación parece deducirse la existencia de una comunidad entre los comparecientes en el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva, pues así lo afirma el Notario autorizante al decir “... constituyeron una comunidad...”. Que la cuestión a plantear es la validez de dicha afirmación, pues no parece que el artículo 153 del vigente Reglamento Notarial abra la posibilidad de que el Notario supla las manifestaciones de voluntad de los comparecientes en el documento subsanado. 2.º Que en la nota de calificación, no se deniega la inscripción de declaración de obra nueva, ya que del acta de subsanación parece deducirse la existencia de una comunidad constituida previamente, lo que ocurre es que se ignora todo acerca de la misma: Qué se aporta por los otorgantes, cuándo nace, en qué momento las aportaciones dinerarias se convierten en una cuota indivisa sobre el conjunto resultante de la declaración de obra nueva y en virtud de qué título se produce esta conversión y cuáles son las responsabilidades de los aportantes. 3.º Que la Resolución de 16 de mayo de 1979 dice que ha de establecerse la proindivisión en proporción ideal al valor de las fincas agrupadas. En ninguno de los documentos aportados al Registro se fija un criterio para determinar la cuantía de cada aportación. 4.º Que no se observa relación del caso que se estudia con la Resolución de 5 de octubre de 1994. 5.º Que conforme a lo establecido en los artículos 358 y 359 del Código Civil, es menester una clara y precisa declaración para desvirtuar la presunción legal; es decir, un título que convierta el derecho de crédito de los aportantes del dinero en un derecho real, que en este caso será una cuota indivisa de la propiedad resultante de la declaración de obra nueva. En nuestro Derecho no hay transferencias abstractas, sino que para lograr una transmisión de dominio será necesario un título y un modo. Que, como resumen, cabe decir que no es posible introducir en los libros registrales unas titularidades dominicales en favor de determinadas personas, sin que se acredite el título en cuya virtud acceden al Registro.

#### V

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria revocó la nota del Registrador fundándose en que la constitución de la comunidad resulta de la propia escritura de obra nueva y del acta de subsanación, pues para que exista la comunidad no es preciso que se constituya en escritura diferente a la declaración de obra nueva.

#### VI

El Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus manifestaciones, y añadió: a) Que conforme a lo que dice el Notario en el primero de sus fundamentos del recurso gubernativo, está constituyendo la comunidad al final, sobre el resultado de la declaración de obra nueva, no cuando sería preciso, es decir, al tiempo de realizar las aportaciones para construir la obra. b) Que en el acta de subsanación, no se están rectificando errores cometidos en la escritura subsanada, sino que se está supliendo la voluntad de las partes al manifestar el Notario que constituyeron una comunidad, lo que no fue dicho por los otorgantes en el momento de hacer la escritura. c) Que no resulta de la escritura el título material por el que se produzca la transmisión a los comparecientes no propietarios del terreno, lo que impide al Registrador dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9.6 de la Ley Hipotecaria y concordante 5.11 del Reglamento Hipotecario. d) Que se está conforme con la no necesidad de una escritura especial para la constitución de la comunidad.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 358, 359, 361, 392, 609, 1.255, 1.261 y 1.274 del Código Civil; 1, 2.1.º, 3, 9 y 20 de la Ley Hipotecaria; 51 del Reglamento Hipotecario; 153 y 197 del Reglamento Notarial; y las Resoluciones de 20 y 21 de febrero de 1969, 16 de mayo de 1979, 10 de marzo y 14 de abril de 1989, 11 de junio de 1993, 23 de marzo y 5 de octubre de 1994, y 28 de mayo y 6 de noviembre de 1996.

1. En el supuesto de hecho del presente recurso concurren las siguientes circunstancias:

1.º Se otorga una escritura mediante la cual los dos propietarios de determinada finca y otras tres personas declaran que, sobre dicha finca,

«por cuartas e iguales partes indivisas, a expensas de su sociedad legal de gananciales los dos primeros, y los tres últimos con dinero de privativa pertenencia, han construido la obra nueva que se describe en el expositivo segundo, quedando por tanto dueños del conjunto, por cuartas e iguales partes proindiviso».

El Registrador denegó la inscripción por no estar la finca inscrita a favor de los otorgantes.

2.º Posteriormente, sin intervención de los otorgantes, el Notario autoriza un acta en la que expresa que «de conformidad con lo preceptuado en el vigente Reglamento Notarial subsana la escritura referida», «en el sentido de hacer constar que el conjunto resultante de la obra nueva declarada en dicho instrumento público, queda propiedad por cuartas e iguales partes indivisas de los otorgantes, toda vez que los titulares del terreno, junto con el resto de los otorgantes de la escritura, constituyeron una comunidad para la construcción de la edificación», a la que dichos titulares aportaron el solar y los otros otorgantes, «por iguales partes, realizaron la construcción a sus expensas, por lo que en pago de sus respectivas aportaciones a la comunidad formada para la construcción, quedan titulares por cuartas e iguales partes del conjunto resultante».

Presentada de nuevo la escritura de declaración de obra nueva, acompañada del acta de subsanación, el Registrador suspende su inscripción por no aportarse, para su previa inscripción, la escritura de constitución de comunidad a que se hace referencia en dicha acta.

2. Sin necesidad de prejuzgar ahora si los elementos constitutivos del negocio de aportación verificado están o no perfectamente definidos en todos sus aspectos (cuya exacta determinación es imprescindible para acceder a la inscripción de cualquier acto traslativo, conforme al principio de especialidad —vid. artículos 1, 2.1.º y 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario—), lo cierto es que aquéllos habrán de constar en el vehículo documental idóneo, es decir la escritura pública otorgada por los interesados (cfr. artículo 3 de la Ley Hipotecaria), en la que éstos expresen su consentimiento, y no puede considerarse suplido por un acta mediante la cual se pretende llevar a cabo, sin su intervención, una subsanación que carece de la debida apoyatura documental y excede del ámbito propio de los juicios del Notario o de los hechos por él presenciados (cfr. artículo 153 del Reglamento Notarial).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto apelado, confirmando la nota de calificación.

Madrid, 16 de enero de 1999.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

## 3567

*RESOLUCIÓN de 18 de enero de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don José Antonio Gil Álvarez, como Secretario del Consejo de Administración de la sociedad «Ofirex, Sociedad Anónima», contra la negativa de don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, Registrador Mercantil de Madrid, número XIII, a inscribir una escritura de reducción de capital.*

En el recurso gubernativo interpuesto por don José Antonio Gil Álvarez, como Secretario del Consejo de Administración de la sociedad «Ofirex, Sociedad Anónima», contra la negativa de don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, Registrador Mercantil de Madrid, número XIII, a inscribir una escritura de reducción de capital.

### Hechos

#### I

El 25 de octubre de 1994, ante el Notario de Alcalá de Henares, don José Ortiz García, la sociedad mercantil «Ofirex, Sociedad Anónima», otorgó escritura de reducción de capital.

#### II

Presentada copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «No consta la aprobación del Balance que sirve de base a la reducción, y éste, además, no está verificado por el Auditor ya que, como posteriormente se dice en su informe “no podemos expresar una opinión sobre las cuentas anuales de 1993 adjun-

tas”, en base a las salvedades e incertidumbres que enumera el artículo 168.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. No consta el consentimiento para la operación efectuada de la Comisión de Acreedores del Convenio de la suspensión de pagos, según consta en las inscripciones 109 y 110 de la hoja de esta sociedad. Madrid, 22 de noviembre de 1994.—Firma ilegible».

#### III

Don José Antonio Gil Álvarez, como Secretario del Consejo de Administración de la entidad mercantil «Ofirex, Sociedad Anónima», interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación basado en los siguientes argumentos: 1.º) respecto del primer defecto, efectivamente, no se hizo constar que el Balance que sirvió de base a la reducción de capital, había sido aprobado, previamente, por la Junta general en la que se acordó dicha reducción. Para subsanar este defecto se adjunta al escrito del recurso, una certificación expedida por el recurrente, en su condición de Secretario del Consejo de Administración, con el visto bueno del Presidente de la sociedad, acreditativa de la antedicha circunstancia. 2.º) En relación con el segundo defecto de la nota de calificación, se ha de señalar que, en contra de la opinión del Registrador Mercantil, los Auditores si han verificado el Balance que sirvió de base a la reducción de capital social, al haber emitido un informe de auditoría sobre el mismo y, consecuentemente, también de sus estados financieros. Sin embargo, no han podido emitir una «opinión técnica» sobre las cuentas anuales a 31 de diciembre de 1993, dado que no se les ha podido facilitar la documentación necesaria para ello.

Dicha documentación tampoco podrá ser facilitada en el futuro, por encontrarse en absoluto desorden como consecuencia de actos vandálicos de los trabajadores (archivos quemados, documentos desaparecidos, etc.). Ello implica que los Auditores nunca podrán emitir una opinión sobre si el Balance de la sociedad es expresión fiel del patrimonio de la misma. De lo anterior expuesto, se deduce que si el Registrador no admitiera como válido el Balance utilizado para la reducción de capital social, la sociedad se vería imposibilitada para restablecer el necesario equilibrio patrimonial y, asimismo se vería avocada a su disolución y liquidación, en un momento en el que la sociedad se encuentra en suspensión de pagos. A mayor abundamiento se ha de señalar que la razón por la que el legislador establece en el artículo 2 de la Ley de Auditorías de Cuentas 19/1988, de 12 de julio, que el Balance que sirve de base a la reducción ha de estar verificado por Auditores de Cuentas, obedece a la necesidad de que las pérdidas que se van a compensar mediante la reducción, sean reales y, no cabe duda de que, en el caso presente, las pérdidas compensadas con la reducción lo son, aun cuando éstas puedan ser superiores. Prueba de ello es que los propios interventores judiciales han determinado la existencia de unos pasivos superiores en 650.000.000 de pesetas a los registrados por la sociedad. 3.º) Respecto al tercer defecto señalado por el Registrador en la nota de calificación, se ha de recordar que la Comisión de Acreedores no tiene capacidad legal para consentir o no la operación de reducción de capital social, por no implicar, en ningún caso, cesión o acto de disposiciones de los bienes sociales. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la Ley de Sociedades Anónimas prevé en su artículo 167.1.º, que los acreedores no podrán oponerse a la reducción cuando ésta tenga por única finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad, disminuido como consecuencia de las pérdidas. Ello no obstante, como prueba de la transparencia de los actos realizados por los Administradores de la sociedad, en la certificación que contiene los acuerdos sociales, adjunta al recurso, se indica textualmente el consentimiento de la Comisión de Acreedores.

#### IV

El Registrador Mercantil de Madrid, número XIII, acordó tener por subsanado el primer defecto de la nota de calificación, reformar el tercero y mantener el segundo, e informó: 1.º) Que procede confirmar de modo pleno el segundo defecto invocado en la nota de calificación dado que la única garantía que establece la Ley para que la reducción de capital por compensación de créditos no se haga en fraude de acreedores, es que el Balance que sirve de base a tal operación esté debidamente auditado, de manera que se acredite frente a terceros que la situación patrimonial de la sociedad, reflejada en dicho Balance, representa la imagen fiel de la situación de la empresa. 2.º) Que en relación con la alegación del recurrente relativa al cumplimiento de la legalidad vigente como consecuencia de que el informe de auditoría está emitido y el Balance verificado, conviene distinguir, al efecto, dos aspectos: El primero de ellos es el referido al cumplimiento de un contrato suscrito entre la sociedad y el Auditor;