

la total ejecución del acuerdo, sino que representa una manifestación clara de uno de los derechos que el ordenamiento jurídico concede al accionista.

En cuanto a los otros dos defectos señalados por el Registrador, compartimos el criterio de la Dirección y entendemos que aunque pudiera discutirse la acertada o no utilización de unos términos susceptibles de tener otros significados jurídicamente hablando, sin embargo, en este caso, creemos que no afectan a la inteligibilidad cabal de los pactos escriturados partiendo de una interpretación de conjunto de todos ellos.

J. L. B. DEL R.

3. NO ES TÍTULO VÁLIDO EL ACTA DE PROTOCOLIZACIÓN DE UNA CARTA DE PAGO INTERVENIDA POR AGENTE DE CAMBIO Y BOLSA PARA CANCELAR UNA CONDICIÓN RESOLUTORIA INSCRITA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN GARANTÍA DEL PRECIO APLAZADO EN LA VENTA DE UN INMUEBLE.

*Resolución de 13 de diciembre de 1985 (B. O. del E. de 17 de enero de 1986).*

I. *Hechos*.—Habiendo sido presentado en el Libro Diario por dos veces el documento en cuestión, ha sido el mismo objeto de dos notas de calificación:

A) La primera, relativa exclusivamente al acta de protocolización por haber sido éste el único documento aportado, es del tenor literal siguiente: «Denegada la cancelación solicitada en el adjunto documento por autenticarse el pago, base de la cancelación por Agente de Cambio y Bolsa, cuyas facultades como Fedatario se limitan a los actos de comercio, en el que no está comprendido el presente.—Calificada como insubsanable.—Extendida de conformidad con mi cotitular, a petición expresa del presentante.—Las Palmas de Gran Canaria, 5 de junio de 1984.—El Registrador.—Firma ilegible».

B) La segunda, se practica en vista de dicha acta acompañada de la carta de pago correspondiente, y literalmente dice: «Denegada la cancelación solicitada en el adjunto documento, al que ahora se une el que figura al reverso y no había sido anteriormente aportado, por autenticarse el pago, base de la cancelación por Agente de Cambio y Bolsa, cuya facultad como Fedatario se limita a los actos de comercio, en el que no está comprendido el presente.—Defecto insubsanable.—Extendida de conformidad con mi cotitular y a petición expresa del presentante.—Las Palmas de Gran Canaria, 19 de noviembre de 1984.—El Registrador.—Firma ilegible».

Los fundamentos de Derecho alegados por el recurrente básicamente descansan sobre dos pilares, a saber:

1) Una pretendida libertad de pacto contenida en el artículo 58 del Reglamento Hipotecario, que permite a las partes estipular la forma en la que habrá de acreditarse el pago del precio aplazado.

2) El carácter de Fedatario que presenta el Agente de Cambio y Bolsa, cuya intervención confiere al documento intervenido la naturaleza de público.

También el informe del Registrador descansa en dos puntos fundamentales, que naturalmente son opuestos a los aportados por el recurrente:

1) La regla general de que las cancelaciones sólo podrán llevarse a cabo mediante escritura pública, y excepcionalmente mediante acta, impide el acceso al Registro de los documentos intervenidos por Agente de Cambio y Bolsa.

2) La extralimitación del Agente Mediador en sus funciones, en cuanto la compraventa inmobiliaria no constituye un acto de comercio.

II. *Recurso.*—El *auto del Presidente de la Audiencia* se limita a confirmar la nota de calificación, haciendo hincapié en la ausencia de competencia funcional del Agente para intervenir en tales operaciones, y la *Dirección General de los Registros y del Notariado* confirma el auto apelado y la nota del Registrador.

Vistos los artículos 1.216 y 1.217 del Código Civil; 93 y 325 del Código de Comercio; 3 de la Ley Hipotecaria; 596 y 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 214 y 215 del Reglamento Notarial, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1956 y 27 de diciembre de 1962, en virtud de los siguientes

III. *Considerandos.*—Considerando que la cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si es inscribible o no en el Registro de la Propiedad el acta notarial que contiene los documentos a que se hace referencia en el primer resultando, y, en consecuencia, si puede hacerse constar a través del asiento correspondiente que se ha satisfecho el pago de la parte pendiente de precio aplazado de una compraventa ya inscrita.

Considerando que uno de los principios básicos de nuestro sistema registral lo constituye el llamado principio de legalidad, fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del Registrador, y así el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, al recoger la tradicional clasificación de los documentos públicos en notariales, judiciales y administrativos, establece que para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales se requiere «escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes», y esta norma se reitera a través de toda la Ley Hipotecaria, así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones, que son ajenas al caso ahora debatido.

Considerando que el examen del documento notarial presentado pone de relieve que se trata de un acta de protocolización de un documento de carta de pago y que ha sido extendida a instancia del deudor, y, por tanto, no puede producir mayores efectos que los propios de este tipo de acta, es decir, asegurar su conservación e identidad y dar autenticidad a su fecha,

si es que ya no la tuviera, todo ello de acuerdo con el artículo 1.227 del Código Civil.

Considerando, por tanto, que la cuestión planteada acerca de la inscribibilidad o no, se traslada del acta de protocolización al documento mediante ella protocolizado, y que consiste en una certificación expedida por Agente de Cambio y Bolsa relativa al Libro-Registro de sus operaciones.

Considerando que si bien, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93, 3, del Código de Comercio, y 596, 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los asientos del Libro-Registro que llevan los Agentes de Cambio y Bolsa, así como las certificaciones referentes a los mismos, tienen el carácter de documento público, en este caso concreto no sucede así al no concurrir los requisitos que para su existencia establece el artículo 1.216 del Código Civil, o sea, que esté expedido por funcionario competente, por lo que procede examinar si el Agente colegiado que expidió la referida certificación tiene tal carácter.

Considerando, en efecto, que los Agentes mediadores colegiados sólo tienen competencia en el ámbito que el artículo 93, 1, del Código de Comercio señala mediante una triple delimitación: *a)* que se trate de «actos de comercio»; *b)* que estos actos de comercio están «comprendidos en su oficio», y *c)* que el Agente actúe «en la plaza respectiva», y en el caso examinado se observa que han sido traspasados por el Agente los dos primeros de estos límites, que son los que determinan su competencia funcional.

Considerando, en efecto, que no cabe entender como actos de comercio la carta de pago de precio aplazado en una compraventa de bienes inmuebles, porque aunque se superara el obstáculo que supone el artículo 325 del Código de Comercio, que solamente declara mercantil la «compraventa de cosas muebles», aun así la mercantilidad de las compraventas inmobiliarias sería puramente teórica, dada su absoluta falta de regulación en el Código de Comercio, y la propia exposición de motivos así lo reconoce al declarar que «la compraventa de bienes inmuebles, aunque se califique de acto comercial, se verificará con sujeción a las formalidades establecidas en las Leyes especiales sobre adquisición y transmisión de la propiedad territorial», en una clara referencia a la Ley Hipotecaria, que inmediatamente sería seguida por el Código Civil, y con posterioridad por las Leyes especiales sobre la propiedad inmueble, tanto rústica como urbana.

Considerando, además, y según el propio artículo 93, 1, no todos los actos de comercio son susceptibles de intervención por los Agentes mediadores, sino sólo aquellos que están «comprendidos en su oficio», esto es, en su actividad comercial de mediación, y en el presente supuesto tal mediación no la ha habido, así como tampoco ha tenido lugar una actuación dirigida a poner en relación dos personas, puesto que éstas ya habían concluido entre sí el negocio de la compraventa.

Considerando que a mayor abundamiento (y aparte la falta de competencia del Agente colegiado, ya examinada) hay, por último, que destacar que la flexibilización de los principios fundamentales de la fe pública exigidos por la agilidad del tráfico mercantil inciden necesariamente sobre la naturaleza y caracteres de los documentos intervenidos por los Agentes mediadores colegiados, que les priva de idoneidad para tener acceso al Registro de la Propiedad, en el que no puede actuar el principio de contradicción, y así lo pone también de relieve el artículo 93, 3, del Código de

Comercio, que se limita a disponer que las pólizas del Agente colegiado «harán fe en juicio», y por eso el artículo 23, 1, del mismo Cuerpo legal sólo considera inscribibles en el Registro Mercantil, por regla general, los documentos notariales.

COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN.—A) *Aspecto formal*.—La resolución expone sus argumentos en un perfecto orden lógico: comienza analizando los títulos formales susceptibles de producir alguna operación registral, ya que, en definitiva, se está en presencia de un problema de titulación formal; a continuación examina los efectos de las actas de protocolización al objeto de centrar el posterior estudio sobre el documento mercantil, y tras poner de relieve el concepto legal de documento público, dedica los restantes considerandos al estudio del punto neurálgico del recurso, a saber, la competencia del Agente mediador para intervenir en el acto.

B) *Aspecto sustantivo*.—La valoración que la resolución merece en su conjunto es positiva; el núcleo de la cuestión la resuelve acertadamente: el Agente mediador colegiado está actuando fuera del marco de su competencia, extralimitándose en sus funciones e incidiendo en una materia reservada a los Notarios o a los Tribunales.

El primero de los considerandos no merece comentario alguno dado su carácter preliminar o de planteamiento, dedicándose a centrar el problema. El segundo entra ya en materia, y versa sobre el título formal a efectos registrales; pues bien, de dicho considerando cabe extraer la siguiente doctrina general: no existe dentro de la legislación hipotecaria un principio de libertad de pacto al estilo que parecen pretender los recurrentes; el sistema hipotecario en relación al título formal se basa en un principio general, contenido en el artículo 3.º de la Ley, que no admite más excepciones que las específicamente establecidas, de manera que cuando una norma nada prevea al respecto, como ocurre en el artículo 58 del Reglamento, habrá de ser interpretada de manera que la misma se acomode al principio general, esto es, al artículo 3.º de la Ley Hipotecaria. Esto me trae a la memoria cierta tendencia notarial que, basándose en los artículos 23 de la Ley y 58 del Reglamento, pretende la cancelación de la condición resolutoria que garantiza letras de cambio mediante la presentación de tales efectos en el Registro; sin embargo, tal pretensión parece opuesta a la doctrina que, como hemos visto, se desprende de esta resolución, la cual es perfectamente congruente con el carácter imperativo y no dispositivo que, por lo general, presenta la normativa hipotecaria, dado el interés social de la registración. En consecuencia, al no prever los artículos 23 de la Ley y 58 del Reglamento ninguna excepción expresa al principio general contenido en el artículo 3.º de la Ley, la técnica cancelatoria pretendida deberá ser rechazada, y esto es consecuente con lo previsto en el artículo 156 de la Ley Hipotecaria, que en relación a la cancelación parcial de hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador exige acta notarial para la operación, no bastando la presentación de los efectos en la Oficina registral.

El considerando tercero centra su estudio en los efectos del acta notarial de protocolización, confirmando algo sobre lo que no existía duda alguna, ni doctrinal ni jurisprudencialmente: dichas actas, en relación al documento protocolizado, no dan fe sino de tan sólo la identidad y fecha

de aquél (en su caso), pero no tienen la virtud de alterar la naturaleza del mismo, que de ser privado conservará tal carácter. Por ello, la resolución a partir de aquí prescinde del título notarial y se centra en el mercantil.

Los considerandos que a continuación desarrolla la resolución son los más interesantes, en cuanto se centran en el punto clave del recurso: la competencia del Agente para intervenir en la operación. Parten del concepto de documento público, expresado en el artículo 1.216 del Código Civil, el cual exige la competencia del funcionario interviniente; realmente, la resolución podría haber añadido a este precepto del que resulta el requisito de competencia del autorizante, las definiciones de documento auténtico y documento fehaciente contenidas, respectivamente, en los artículos 34 y 33 del Reglamento Hipotecario, que igualmente, y bajo el punto de vista registral, están exigiendo que el Fedatario actúe dentro del marco de su competencia, no habiendo hecho falta recurrir a otro texto legal, sino tan sólo a la legislación hipotecaria; pero bueno, no está de más tampoco incluir la legislación civil en orden a sentenciar la materia.

La resolución, de conformidad con el artículo 93, 1.º, del Código de Comercio, perfila el ámbito de actuación del Agente de Cambio y Bolsa de acuerdo a un criterio doble: el funcional y el territorial.

El criterio «funcional» viene delimitado por dos notas: a) que se trate de actos de comercio; b) que dichos actos estén comprendidos en el oficio del Agente mediador.

El criterio «territorial» viene concretado por la plaza en la que dicho funcionario puede ejercer su ministerio. La resolución nada comenta respecto de este punto, y por ello ha de entenderse que el Agente actuó en su plaza.

Como consecuencia de todo lo anterior, el Centro Directivo examina la competencia funcional del Agente, internándose en la problemática del carácter mercantil de la compraventa inmobiliaria, cuestión muy discutida doctrinalmente. La corriente mercantilista sostiene la viabilidad de la naturaleza mercantil de las ventas inmobiliarias, pues no están expresamente excluidas del Código de Comercio; por el contrario, la corriente civilista niega toda posibilidad de que tal operación pueda constituir un acto de comercio. La resolución sale tímidamente al paso del problema: tras afirmar que la compraventa de inmueble no tiene carácter mercantil, añade que «aun así la mercantilidad de las compraventas inmobiliarias sería puramente teórica, dada su absoluta falta de regulación en el Código de Comercio»; en definitiva, sale un poco por «peteneras», ya que la cuestión queda «sobre el tapete»: ¿puede ser o no mercantil la compraventa inmobiliaria?

Para GARRIGUES no ofrece duda tal posibilidad; así nos dice el citado autor que «la propia Exposición de Motivos no negaba carácter mercantil a la compraventa de inmuebles cuando va unida a otra especulación sobre efectos muebles corporales o incorpóreos»... URÍA sigue esta misma posición, afirmando que «también los inmuebles pueden ser objeto de compraventas comerciales. Aunque el artículo 325... hable sólo de cosas muebles, por el hecho de que este precepto legal... no excluye explícitamente a los bienes inmuebles del ámbito de nuestro contrato, unido a la circunstancia de que la Exposición de Motivos justifique ese cambio legal diciendo que la calificación mercantil de la venta de bienes raíces 'dependerá de las circunstancias que concurren en cada caso, la cual harán los Tribunales', per-

mite afirmar que no es esencia que la compraventa mercantil haya de recaer necesariamente sobre muebles»...

La Dirección General, por su parte, cita también en esta resolución a la Exposición de Motivos del Código de Comercio: «La compraventa de bienes inmuebles, aunque se califique de acto comercial, se verificará con sujeción a las formalidades establecidas en las Leyes especiales sobre adquisición y transmisión de la propiedad territorial»...

En nuestra opinión, hay que diferenciar entre el acto de comercio en sentido vulgar y el acto de comercio en sentido técnico; el primero se extiende a toda operación que persigue un lucro, ya se realice en masa o no, por un comerciante o por otra persona; se habla entonces de comercialidad, acto comercial, etc.... Es la propia sociedad la que configura este concepto, no coincidente, desde luego, con el técnico-jurídico, el cual vendrá perfilado por la normativa vigente en cada momento. Pues bien, cuando la Exposición de Motivos del Código alude a la compraventa inmobiliaria, lo hace bajo el prisma vulgar, lo que no es extraño a casi todas las Exposiciones de Motivos, que, en general, emplean un lenguaje menos técnico, el articulado por consecuencia de su propia naturaleza programática. Por supuesto que, como dice Uría, no es de esencia a la compraventa mercantil el carácter mobiliario, pudiendo el legislador variar su criterio cuando lo estime conveniente, pero para ello deberá variar tal criterio, y mientras no lo haga deberá rechazarse la mercantilidad de las ventas de bienes raíces, al menos desde el punto de vista técnico-jurídico.

En el Derecho positivo constituido, no constituyente, el concepto del acto de comercio se perfila en el artículo 2, 2.º, del Código: «Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga», o lo que es lo mismo, son actos de comercio los comprendidos en el Código de Comercio y los que sin estarlo presenten una naturaleza análoga a la de aquéllos. A *sensu contrario*, no son actos de comercio: a) los comprendidos en el Código cuando no reúnan los requisitos exigidos en el mismo; b) los no comprendidos en dicho texto legal cuando no presenten análoga naturaleza con los por él regulados.

Pues bien, la compraventa es un contrato previsto en el Código de Comercio, es decir, un acto comprendido en dicho cuerpo legal; no puede hablarse de dos contratos diferentes según la compraventa tenga carácter mobiliario o inmobiliario, en cuanto esto encajaría dentro de la clasificación de la compraventa por razón de su objeto, pero no como dos categorías independientes de contrato. El acto es único, la compraventa; lo que sucede es que el artículo 325 del propio Código exige para que dicho acto presente naturaleza mercantil, que el mismo tenga por objeto bienes muebles, excluyendo así a los bienes inmuebles del ámbito comercial en sentido técnico.

En definitiva, la combinación del concepto de acto de comercio, contenido en el artículo 2, 2.º, y el de la compraventa, recogido en el artículo 325, pone, evidentemente, de manifiesto que la compraventa inmobiliaria no presentará en ningún caso naturaleza mercantil, al menos en la legislación vigente, sin perjuicio de que, no siendo de esencia el carácter mobiliario, puedan efectuarse en el futuro por el legislador las oportunas modificaciones. Sin embargo, no debe olvidarse algo que la resolución pone de relieve y que indudablemente estuvo en la *mens legis* en los años 1829 y 1885: la difícil conciliación entre los principios de seguridad que exige el

tráfico inmobiliario y la agilidad que requiere el tráfico mercantil, que hacen a este último impropio para acoger las operaciones que aquél contiene.

Por último, trata del requisito consistente en que el acto de comercio se encuentre dentro del oficio del Agente mediador; materia también problemática. Como dice la resolución, por oficio habrá de entenderse la labor de mediación que el Agente desarrolla.

En relación a este problema existen dos posiciones doctrinales: la estricta y la amplia.

a) *Posición estricta*.—A la que parece responder la resolución, y conforme a la cual se entiende, de acuerdo con el artículo 93, 1.º, y concordantes del Código de Comercio, que el Agente mediador sólo está autorizado para dar fe de aquellas operaciones en las que intervenga con arreglo a su función mediadora.

b) *Posición amplia*.—Sostenida por aquellos autores que distinguen dos aspectos en la labor de estos funcionarios: la de mediación y la dación de fe en el tráfico mercantil; según esta corriente doctrinal, dichos aspectos pueden venir o no combinados, es decir, a la función propiamente notarial (dación de fe pública mercantil) podrá o no acompañarla la función mediadora. La base de esta posición se encuentra no en una norma, sino en la práctica mercantil.

PRADA GONZÁLEZ se muestra partidario de la primera de estas posiciones, y así señala que «el Código de Comercio da base suficiente para defender la primera tesis restrictiva, pero la práctica mercantil, amparada por privilegios fiscales sólo parcialmente desaparecidos, ha ampliado la competencia de los Agentes mediadores en términos y a operaciones difícilmente encajables en su función típica».

Por su parte, tanto GARRIGUES como URÍA son fieles partidarios de la tesis amplia, si bien se centran más en la actuación del Corredor de Comercio Colegiado que en la del Agente de Cambio y Bolsa, y para ello argumentan los artículos 106, 2.º, y 320 del Código de Comercio.

En el caso concreto de la resolución, no cabe problema por tratarse de una operación inmobiliaria, ya que se trata del pago de un precio aplazado en la venta de un inmueble que se encontraba garantizado mediante condición resolutoria, lo que encajaría dentro del denominado «acto complejo», viniendo a presentar dicho pago la misma naturaleza que el contrato por cuya cuenta se hace, esto es, naturaleza inmobiliaria, y, por tanto, no mercantil.

Ahora bien, desde el punto de vista general, ¿es imprescindible la función mediadora? Creemos que sí. El agente mediador, aunque algunos autores (GARRIGUES) critiquen tal denominación, ejerce su actividad a través del mecanismo de la representación indirecta, como se pone de manifiesto en numerosos artículos del Código de Comercio (véase el 95, 2.º; 96, 4.º; 101; 106, primer inciso), resultando imprescindible en su función la labor consistente en la celebración de contratos en nombre propio y por cuenta de otro, de los que dará fe. En definitiva, es misión del Agente poner en contacto dos patrimonios independientes que a través suyo realizan una operación de comercio, y de la que dicho funcionario da fe.

Debe tenerse en cuenta que la ampliación del ámbito de actuación de los Agentes mediadores no tiene amparo en ningún texto legal, sino en la práctica mercantil, por razones, como decía PRADA GONZÁLEZ, fundamentalmente fiscales; es más, no es que no tenga amparo en ninguna norma, sino que la práctica se produce en contra de la normativa vigente. Por ello debemos acudir al orden jerárquico de las fuentes del Derecho mercantil, que proclama el artículo 2, 1.º, de nuestro Código de Comercio, de donde resulta la primacía de la Ley frente a la costumbre *contra legem*, puesto que la enumeración tiene carácter jerárquico y, además, así lo proclama con carácter general el artículo 1.º de nuestro Código Civil, teniendo en cuenta que la filosofía de este último se encuentra presente en aquél: la supremacía de la Ley.

A. P. DE LA C.

4. INADMISIÓN DEL RECURSO POR REFERIRSE A DOCUMENTOS NO CALIFICADOS POR EL REGISTRADOR.

*Resolución de 16 de diciembre de 1985 (B. O. del E. de 20 de enero de 1986).*

*Hechos.*—En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador don Eduardo Alcalde Sánchez, en nombre y representación de doña Julia Rodríguez-Gimeno Martínez, contra la negativa de señor Registrador de la Propiedad de Marbella a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación de la recurrente.

Resultando que el 21 de diciembre de 1984, y en escritura autorizada por el Notario de Guadalajara don Francisco Javier Rovira Jaén, don Manuel Rodríguez-Gimeno Martínez, en representación de la Sociedad «Alquileres Urbanos, S. A.» (ALUSA), en virtud de poder que le fue conferido en 21 de septiembre de 1981, vendió a doña Julia Rodríguez-Gimeno Martínez un inmueble sito en Marbella; que el mencionado inmueble lo había adquirido la Sociedad vendedora por compra a doña Martha Graciela Clarke y don Arnold Clarke en escritura autorizada por el Notario de Estepona don Tomás Briso Escobar, el 10 de julio de 1976, sin que esta transmisión se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de la Sociedad vendedora.

Resultando que presentada la mencionada escritura en el Registro de la Propiedad de Marbella fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los defectos subsanables de: Falta de la previa compra de la finca descrita en el mismo a favor de la Entidad vendedora, 'Alquileres Urbanos, S. A.'; poder de dicha Entidad a favor del representante de la misma; pago del impuesto y la declaración o pago del arbitrio municipal de la plusvalía, defectos subsanables. Habiéndose presentado una primera copia del mismo con fecha 22 de diciembre del pasado año, bajo el número 3.282 de asiento de presentación, del toma 86 del Diario, y presentada en el día de la fecha una segunda copia de dicha escritura al amparo del artículo 428 del Reglamento Hipotecario, se toma en su lugar, a solicitud del presentante, por