

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**

---

Año LXXXIV • Mayo-Junio 2008 • Núm. 707

---

La Revista no se identifica necesariamente con  
las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62  
revista.critica@corpme.es

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España  
I.S.S.N.: 0210-0444  
I.S.B.N.: 84-500-5636-5  
Depósito legal: M. 968-1958  
Marca Comunitaria N.º 3.623.857

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.  
Leganitos, 24  
28013 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

### **Presidente**

**Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

### **Comisión ejecutiva**

**Don Eugenio Rodríguez Cepeda**  
Decano del Colegio de Registradores  
de la Propiedad y Mercantiles de España

**Don Juan José Pretel Serrano**  
Director del Servicio de Estudios  
del Colegio de Registradores de la  
Propiedad y Mercantiles de España

**Don Francisco Javier Gómez Gállico**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGRN

**Don Juan María Díaz Fraile**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGRN

**Don Manuel Amorós Guardiola**  
Académico de Número de la Real  
Academia de Jurisprudencia y Legislación

### **Consejero-Secretario de la Revista**

**Don Francisco Javier Gómez Gállico**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGRN

## Consejeros

**Don Eugenio Rodríguez Cepeda**  
Decano del Colegio de Registradores  
de la Propiedad y Mercantiles de España

**Don Antonio Pau Pedrón**  
Ex Decano del CRPME  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Juan Vallet de Goytisolo**  
Notario

**Don Eugenio Fernández Cabaleiro**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don José Antonio Nortes Triviño**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don José Manuel García García**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don José Luis Laso Martínez**  
Abogado

**Don Juan Sarmiento Ramos**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don Carlos Lasarte Álvarez**  
Catedrático de Derecho Civil  
UNED Madrid

**Don Ángel Rojo Fernández-Río**  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Don Fernando Curiel Lorente**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don Juan María Díaz Fraile**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil adscrito a la DGRN

**Don Celestino Pardo Núñez**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don Fernando Pedro Méndez González**  
Ex Decano del CRPME  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don José Poveda Díaz**  
Ex Decano del CRPME  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGRN

**Don Aurelio Menéndez Menéndez**  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Don Manuel Amorós Guardiola**  
Académico de Número de la Real  
Academia de Jurisprudencia y  
Legislación

**Don Fernando Muñoz Cariñanos**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don Juan Pablo Ruano Borrella**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don Joaquín Rams Albesa**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Complutense de Madrid

**Don Luis M.<sup>a</sup> Cabello de los Cobos y  
Mancha**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don Antonio Manuel Morales Moreno**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Don Juan Luis Iglesias Prada**  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Don Francisco Javier Gómez Gállego**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil adscrito a la DGRN

**Don Vicente Domínguez Calatayud**  
Registrador de la Propiedad y  
Mercantil

**Don Juan José Pretel Serrano**  
Director del Servicio de Estudios del  
Colegio de Registradores de la  
Propiedad y Mercantiles de España

## **TERCER PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»**

Se ha fallado el Tercer Premio de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario al mejor trabajo publicado en ella por autores jóvenes durante los años 2006/2007, concediéndose a Don Íñigo Mateo y Villa, por su trabajo «De la fiducia gestión» publicado en el número 704, correspondiente a noviembre-diciembre de 2007 y a Don Francisco Redondo Trigo por su trabajo «El pacto marciano, el pacto *ex intervallo* y la fiducia *cum creditore* en las garantías financieras del Real Decreto Ley 5/2005», publicado en el número 699, correspondiente a enero-febrero de 2007. Íñigo Mateo es Registrador de la Propiedad y Francisco Redondo Abogado en ejercicio. El Jurado estuvo compuesto por las siguientes personas: Presidente, Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Presidente a su vez del Consejo de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; Vocales: Don Eugenio Rodríguez Cepeda, Don Juan José Pretel Serrano, Don Manuel Amorós Guardiola y Don Juan María Díaz Fraile, integrantes del Comité Ejecutivo de la Revista Crítica; así como por Don Francisco Javier Gómez Gállico, Consejero-Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, que actuó, a su vez, como Secretario del Jurado. El premio Revista Crítica de Derecho Inmobiliario fue instituido en 2004 al mejor trabajo publicado en ella, en cualquiera de sus Secciones, por autores de edad inferior a cuarenta años.



# S U M A R I O

Págs.

## ESTUDIOS

«La transmisión de finca inferior a la Unidad Mínima de Cultivo», por ANDRÉS MIGUEL COSIALLS UBACH .....	1073
«Los frutos de las cosas vendidas», por LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN .....	1143
«Cuestiones de competencia en el juicio monitorio», por JUAN MA- NUEL FERNÁNDEZ APARICIO .....	1149

## ESTUDIOS LEGISLATIVOS

«Hipotecas flotantes», por FERNANDO AZOFRA .....	1179
«Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», por BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO .....	1245
«La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa», por ISABEL ZURITA MARTÍN .....	1275

## DICTÁMENES Y NOTAS

«Aplicación de la teoría de las bases gráficas al procedimiento inma- triculador del artículo 206 de la Ley Hipotecaria», por ÓSCAR VÁZQUEZ ASEÑO y MIGUEL GÓMEZ PERALS .....	1321
---	------

## RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ...	1347
--	------

## ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

### 1. DERECHO CIVIL

#### 1.1. Parte general:

- Vulneración del derecho a la intimidad del domicilio por ruidos, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE .... 1363

#### 1.2. Derecho de familia:

- Los daños morales del ex marido al descubrir que no era suyo uno de los hijos nacidos durante su matrimonio, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE ..... 1367

#### 1.3. Derechos reales:

- La inscripción de las cláusulas de préstamo hipotecario tras la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, sobre Modernización del Mercado Hipotecario, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA ..... 1370

#### 1.4. Sucesiones:

- La legítima. Los conceptos de computación, atribución, imputación y colación. La acción de suplemento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL ..... 1376

#### 1.5. Obligaciones y contratos:

- No toda obligación se extingue cuando en el obligado recae el derecho a exigir el cumplimiento, por ISABEL MORATILLA GALÁN ..... 1380
- No cabe retracto arrendaticio urbano en la dación en pago de deuda: reflexiones acerca de la RDGRN de 10 de diciembre de 2007, por ROSANA PÉREZ GURREA ..... 1385

#### 1.6. Responsabilidad civil:

- La divulgación de una información inveraz como causa del daño resarcible. Una aproximación a los distintos tipos de daños, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ ..... 1388

2. MERCANTIL

- «Las sociedades profesionales y su objeto social en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de diciembre de 2007», por FRANCISCO REDONDO TRIGO ..... 1396

3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.

- «Las incidencias del proceso contencioso-administrativo en el Registro de la Propiedad», por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ. 1422

**ACTUALIDAD JURÍDICA**

- Información legislativa y de actividades ..... 1433

**INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA**

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «Historia jurídica: valoraciones crítico-metodológicas, consideraciones doctrinales alternativas y espacio europeo», de PATRICIA ZAMBRANA MORAL, por MANUEL J. PELÁEZ ..... 1451

- REVISTA DE REVISTAS** ..... 1455



# ESTUDIOS



# La transmisión de finca inferior a la Unidad Mínima de Cultivo (1)

por

ANDRÉS MIGUEL COSIALLS UBACH (2)  
*Universitat de Lleida*

*«La legislación: he aquí, no el único, pero sí el más importante fundamento de la prosperidad del cultivo, y por tanto, de la riqueza nacional. Siempre que la Ley niega su apoyo al cultivador, desfallece la producción, síntoma indudable de la decadencia de las naciones»*

Manuel DÁNVILA COLLADO,  
«Proyecto de Código Rural», 1900.

## SUMARIO

### I. INTRODUCCIÓN.

### II. LA UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO: ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN:

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.
2. LA VIGENCIA DE LA OM DE 1958 Y LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO EN LA LEY 19/1995, DE 4 DE JULIO.

---

(1) La realización de este trabajo se enmarca en las actividades del grupo de investigación consolidado de la Generalitat de Catalunya AGAUR N.º 2005SGR00199 y del Proyecto de Investigación «Derecho de propiedad, propiedad agraria y aprovechamientos» (MEC SEJ2006-14875-C02-01/JURI). El autor agradece al Profesor Doctor Antoni VAQUER ALOY la lectura crítica del manuscrito del presente trabajo y las valiosas sugerencias realizadas.

(2) Ha recibido el apoyo del Fondo Social Europeo y de AGAUR. El autor fue beneficiario de una beca del Vicerrectorado de Relaciones Internacionales de la Universitat de Lleida para una estancia en la Université Jean Moulin Lyon 3 dentro del programa de Doble Titulación.

### III. LA TRANSMISIÓN DE FINCA INFERIOR A LA UMC:

1. DIVISIÓN Y/O SEGREGACIÓN:
  - 1.1. *La compraventa:*
    - 1.1.1. La compraventa y las escrituras públicas.
  - 1.2. *La partición de la herencia y la acción de división de herencia:*
    - 1.2.1. De la partición por el testador.
    - 1.2.2. De la partición por los herederos.
2. LA DOCTRINA DE LA DGRN EN ORDEN A LAS FINCAS INFERIORES A LA UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO:
  - 2.1. *Venta a copropietarios:*
    - 2.1.1. Análisis del supuesto de hecho:
      - a) Exposición del caso.
      - b) Examen.
  - 2.2. *Transmisión de una cuota indivisa sobre finca rústica.*
  - 2.3. *La inscripción ordenada por mandato judicial:*
    - 2.3.1. El acceso de los documentos judiciales al Registro y su calificación: origen y evolución.
    - 2.3.2. Procedimientos judiciales que pueden repercutir en la unidad mínima de cultivo:
      - a) Transmisión al arrendatario rústico de la finca a través de los derechos de adquisición preferente: la acción de retracto.
      - b) Acción declarativa de dominio.
      - c) Adquisición de un predio mediante usucapión.
    - 2.3.3. Doctrina de la DGRN sobre la inscripción por mandato judicial.

## I. INTRODUCCIÓN

La obra que se ofrece al lector tiene como objeto el estudio de las transmisiones de fincas rústicas inferiores a la unidad mínima de cultivo procedentes de operaciones divisionales. En la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia muestran posturas encontradas respecto a diferentes puntos de la regulación de esta figura. Por un lado, un sector cree derogada la Orden Ministerial sobre UMC de 1958, que fijaba la superficie de las unidades mínimas de cultivo para todos los términos municipales de España y otro la considera vigente, concibiéndose consecuencias jurídicas distintas. El estudio de esta discusión doctrinal y jurisprudencial, la génesis de la institución y su historia conforman el apartado primero de este trabajo.

Asimismo son objeto de estudio las diferentes posiciones en torno a la nulidad de los negocios jurídicos cuyo objeto sea una finca de estas características. La situación trae causa también del reparto de competencias sobre la materia a las Comunidades Autónomas, ya que algunas de ellas, pese a gozar

de competencias, todavía no han regulado este campo y pervive la aplicación de una normativa derogada. Ello se une a la ingerencia, cada día mayor, de la normativa urbanística en campos tradicionalmente civilistas como es la transmisión de fincas rústicas.

El apartado segundo constituye el verdadero cuerpo de la obra con un análisis detallado de la problemática que se presenta en el principal negocio transmisivo *inter vivos*: la compraventa; y *mortis causa*: el testamento. La doctrina surgida de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado constituye un elemento importante en el estudio de la materia, ya que la recomendada inscripción de los derechos reales en el Registro de la Propiedad, para garantizar la publicidad y protección de los mismos, puede verse afectada por las interpretaciones que realiza la DGRN cuando la finca rústica se transmite a diferentes compradores en un mismo acto, o un copropietario decide vender su cuota a un tercero, extraño a la comunidad de propietarios.

## II. LA UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO: ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

### I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El VIZCONDE DE EZA señalaba ya en 1916 la necesidad de crear la *unidad cultural*, entendiendo como tal «la conveniente proporcionalidad entre la potencia económica del agricultor y la empresa que acometa sobre unas tierras que le permitan por su conveniente agregación utilizar aquella potencia en la forma que los modernos progresos culturales consientan» (3). Este autor afirmaba que «no cabe hablar de progreso sin adaptar al mismo las modalidades de extensión, calidad y linderos de cada finca o reunión de suertes de tierra» (4).

Sin embargo, la regulación legal sobre las Unidades Mínimas de Cultivo no se iniciaría en España hasta la aprobación de la Ley de 15 de julio de 1954. La justificación de esta normativa responde a la necesidad de combatir la fragmentación y dispersión de la propiedad rústica y de remover los obstáculos que se oponían «al desarrollo y modernización de [la] agricultura» (5). La Ley preveía la indivisibilidad de aquellas fincas que no alcanzaran cierta dimensión, y de realizarse la división se creaba un derecho de adquisición preferente a favor de los colindantes. CORRAL DUEÑAS opina que esta «sanción» no tuvo en la práctica utilidad alguna (6). El Decreto de 25 de marzo de 1955 y la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958 fijaron las extensiones de las unidades

---

(3) VIZCONDE DE EZA, *El problema económico en España*, Imprenta de Bernardo Rodríguez, Madrid, 1916, pág. 39.

(4) *Ibid.*

(5) *Boletín Oficial del Estado*, núm. 197, de 16 de julio de 1954, pág. 4841.

(6) CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO, «Régimen de las parcelaciones en suelo rústico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 675, Extraordinario, enero de 2003.

mínimas de cultivo en secano y regadío para todos los términos municipales de España.

La Ley 12/1962, de 14 de abril, de explotaciones familiares mínimas, declaró expresamente en vigor la Ley de 15 de julio de 1954, aunque anunciaba que progresivamente se irían sustituyendo las unidades mínimas de cultivo por las unidades mínimas de explotaciones familiares. Las unidades mínimas de cultivo se habían creado siguiendo un «criterio predominantemente técnico sobre la base del rendimiento mínimo exigible a los medios ordinarios de laboreo» (7); sin embargo, las nuevas extensiones que se proponían habían de garantizar a la familia labradora «un nivel de vida decoroso y digno» (8). Sin embargo, esta Ley no se llegó a desarrollar y la propia Ley 35/1971, de 21 de julio, de creación de Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, que la deroga, afirma que «no ha llegado a entrar en vigor porque, pese al tiempo transcurrido» (9), el Gobierno no había determinado aún la superficie de la explotación familiar en las distintas provincias. Esta Ley incluía, además, un mandato al Ejecutivo para que en el plazo de un año se realizara un texto refundido en el que se incluyera, entre otras materias, la normativa sobre unidades mínimas de cultivo. El resultado sería la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, todavía en vigor. Esta Ley estipulaba que sólo sería válida la división o segregación de fincas si las resultantes fueran superiores a la unidad mínima de cultivo, salvo que éstas fuesen destinadas a «huerto familiar», en virtud del artículo 44.2.c) de dicha Ley. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI afirma que ésta fue una mala solución técnica, ya que el supuesto de los «huertos familiares» no se desarrolló y fue la vía «utilizada por los parceladores ilegales» (10). Además, se permitía la segregación o división si se realizaba la disposición a favor de uno de los colindantes y el número de fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo no se aumentaban. Asimismo, cabía la autorización de aquellas operaciones tendentes a realizar una construcción con fines industriales o no agrarios durante el año siguiente a la segregación o división.

## 2. LA VIGENCIA DE LA OM DE 1958 Y LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO EN LA LEY 19/1995, DE 4 DE JULIO

La Disposición Final Derogatoria 1.<sup>a</sup> de la LRYDA derogó la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954. Para cubrir el vacío normativo de las

---

(7) *Boletín Oficial del Estado*, núm. 91, de 16 de abril de 1962, pág. 5103.

(8) *Ibid.*

(9) *Boletín Oficial del Estado*, núm. 175, de 23 de julio de 1971, pág. 12090.

(10) GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, Pablo, *Parcelaciones*. Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 15 de junio de 1998, en VV.AA., Academia Sevillana del Notariado, Tomo XII, Ed. EDERSA, Madrid, 2000, consultado en <http://vlex.com/vid/234835> (10-2-2007).

normas reglamentarias que desarrollaban aquella Ley, el artículo 43 LRYDA dispuso que el Gobierno debía dictar un Decreto señalando y revisando las unidades mínimas de cultivo. Finalmente, este Decreto no salió a la luz. La Ley 19/1995 fijó que la competencia para establecer la extensión de las unidades mínimas de cultivo correspondía a las Comunidades Autónomas. Algunas Comunidades Autónomas (11) ya habían fijado con anterioridad las superficies de las UMC, amparándose en la competencia autonómica sobre agricultura y ganadería (12) y en los Decretos de traspaso de funciones del Ministerio de Agricultura a las CC.AA. (13). CARRETERO GARCÍA afirma que esta decisión de descentralizar esta materia responde a la voluntad del legislador central de «acercar los centros de decisión [para] posibilitar políticas más eficaces de cara a los problemas agrarios de cada Comunidad Autónoma» (14). A pesar de ello, todavía existen Comunidades Autónomas que no han regulado esta cuestión, como por ejemplo Aragón, y la doctrina debate sobre la vigencia o no de la OM de 1958, tras la derogación efectuada por la LRYDA de la Ley de 1954.

En la Doctrina se encuentran diferentes posiciones. Hay autores, entre los que destacan CORRAL DUEÑAS (15), DE PABLO CONTRERAS (16), MILLÁN SA-

---

(11) Canarias, Cantabria, Castilla y León, Cataluña y Madrid.

(12) Cfr. MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carles J., «Agricultura i Ramaderia», en Institut de Estudis Autònoms (coord.): *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Vol. II, Barcelona, 1988, pág. 508.

(13) V.gr., en el caso de Cataluña, el Real Decreto 241/1981, de 9 de enero, recogía los acuerdos de la Comisión Mixta de Transferencias. El acuerdo B.1 establecía que «[s]e traspasan a la Generalidad de Cataluña las funciones de reforma y desarrollo agrario que corresponden [al] Ministerio de Agricultura, contenidas en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, cuyo texto fue aprobado por el Decreto 118/1973, de 12 de enero», incluida, por tanto, la facultad para fijar la extensión de las unidades mínimas de cultivo. Vid. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 48, de 25 de febrero de 1981, pág. 4268. En el caso de la Comunidad de Madrid, este traspaso no se produjo hasta 1985 con el Real Decreto 2058/1985, de 9 de octubre, cfr. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 265, de 5 de noviembre de 1985, pág. 34842.

(14) CARRETERO GARCÍA, Ana, «Comentario a la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo L, Fascículo II, abril-junio de 1997, pág. 689.

(15) CORRAL DUEÑAS, Francisco, «Comentarios a la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias (Ley 19/1995, de 4 de julio)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre, núm. 630, 1995, pág. 1782; CORRAL DUEÑAS, Francisco, «Régimen de las parcelaciones en sueño rústico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre, núm. 649, 1998, pág. 1863; CORRAL DUEÑAS, Francisco, «Segregación de finca rústica. Unidad Mínima de Cultivo. No pueden segregarse superficies inferiores a dicha unidad mínima o cuando el resto de la matriz resulte igualmente inferior», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre, núm. 655, 1999, pág. 2483 y sigs.

(16) DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Limitaciones jurídico-privadas de la propiedad», en DE PABLO CONTRERAS, Pedro (coord.), *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales*, Ed. COLEX, Madrid, 2004, pág. 169.

LAS (17) y ALONSO GONZÁLEZ (18), que opinan que la Orden Ministerial todavía sigue vigente. Por el contrario, GARCÍA MÁ S (19), CARRETERO GARCÍA (20), GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI (21) y SERRANO CHAMORRO (22) sostienen que fue derogada junto a la Ley que desarrollaba.

No obstante, al aprobarse en 1995 la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, se establece que las Comunidades Autónomas fijarán la superficie de las unidades mínimas de cultivo. Por tanto, para aquellos que sostienen la vigencia de la OM de 1958, ésta se aplicaría de forma supletoria únicamente en aquellas CC.AA. que carecieran de dicha regulación. El Tribunal Constitucional admitió la aplicación de normativa preconstitucional únicamente en las fases embrionarias del nuevo régimen democrático. Sin embargo, una vez existiera normativa postconstitucional a nivel estatal no podría admitirse esta supletoriedad, salvo que fuera un caso de laguna en el ordenamiento jurídico y no de anomia o falta de regulación (23). De esta manera, en los Ordenamientos Jurídicos de las Comunidades Autónomas que no hubieran fijado la extensión de las unidades mínimas de cultivo existiría una anomia en esta materia: la Comunidad Autónoma, dentro de su competencia exclusiva, no desea fijar ninguna extensión.

---

(17) MILLÁN SALAS, Francisco, «De la unidad mínima de cultivo a la unidad mínima de explotación», en CARRASCO PERERA, Ángel, y CARRETERO GARCÍA, Ana (coord.), *El Derecho Agrario entre la Agenda 2000 y la Ronda del Milenio*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pág. 475.

(18) ALONSO GONZÁLEZ, María Esther, «La unidad mínima de cultivo. Reflexiones sobre su incidencia en el ámbito catastral», en *CT-Catastro*, octubre de 1999, pág. 56.

(19) GARCÍA MÁ S, Francisco Javier, «Comentarios a la Ley 19/1995, de 4 de julio, sobre modernización de las explotaciones agrarias», en *Actualidad Civil*, núm. 30, 22-28 de julio de 1996, pág. 691; GARCÍA MÁ S, Francisco Javier, «Urbanismo: Comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial lo relativo a las obras nuevas y parcelaciones)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril, núm. 645, 1998, pág. 345.

(20) CARRETERO GARCÍA, Ana, «Comentario a la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización...», *op. cit.*, pág. 690, considera dudosa la utilización de la Orden Ministerial de 1958 como criterio para «definir como divisible o indivisible una finca rústica», a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que consideraba derogada tal norma.

(21) GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, Pablo, *Parcelaciones*. Conferencia pronunciada..., *op. cit.*, consultado en <http://vlex.com/vid/234835> (10/2/2007).

(22) SERRANO CHAMORRO, M.<sup>a</sup> Eugenia, «Las unidades mínimas de cultivo», en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, núm. 21-22, abril-diciembre de 1993, pág. 4.

(23) La importante sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 61/1997, sobre el recurso de inconstitucionalidad del Texto Refundido de la Ley del Suelo, recoge y aplica toda la doctrina constitucional sobre esta materia. Así en su Fundamento de Derecho 12.º, apartado c), afirma que: «[e]l presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del Derecho».

BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS se manifiestan en contra de una supletoriedad perpetua como la que contiene el artículo 149.3 CE *in fine*, ya que esta técnica debe ser una solución «necesariamente [temporal] y [debida] a la situación extraordinaria que supone la puesta en marcha (24) del Estado autonómico» (25) para evitar, de esta manera, lo que han venido en denominar *horror vacui* (26). TEJEDOR BIELSA afirma que en esta situación «resulta cuestionable que la aplicación supletoria del Derecho estatal [...] respete la autonomía» y únicamente podría aplicarse el Derecho estatal supletorio «ante una genuina laguna en el ordenamiento autonómico» (27); en la misma línea se manifiestan TAJADURA (28) y LASAGABASTER (29).

Respecto a la jurisprudencia, ésta también se encuentra dividida. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la supuesta vigencia de la Orden Ministerial en diferentes ocasiones. La STS de 10 de mayo de 1980 (30) afirma que «como ésta [la Ley de 15 de julio de 1954] ha sido expresamente derogada por la vigente Ley de 1973, tal derogación ha de llevar consigo necesariamente la de la Orden de 27 mayo 1958 que, en cumplimiento de los Decretos de 25 de marzo y 22 de septiembre de 1955 —dictados en aplicación de la mencionada Ley de 1954—, fijó la extensión de referidos mínimos de cultivo, *pues sabido es que el espíritu derogatorio de una ley ha de alcanzar, si la nueva no dijese expresamente lo contrario, a las disposiciones de inferior rango dependientes de la derogada*, como lo son las aclaratorias, complementarias o dictadas para ejecución de la misma, y esta condición tiene la Orden Ministerial de 1958 en relación con la Ley de 1954». En otra STS de 13 de mayo de 1980, resolviendo sobre un recurso en que se afirmaba

(24) LASAGABASTER afirma que la supletoriedad sólo puede darse en los primeros estadios del nuevo Ordenamiento Jurídico autonómico, así «[l]a cláusula de supletoriedad debe interpretarse [...] entendiéndola como una norma de carácter transitorio». Vid. LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 80.

(25) BALZA AGUILERA, Javier, y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «El Derecho estatal como supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 55, julio/septiembre de 1987, pág. 420.

(26) BALZA AGUILERA, Javier, y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «El Derecho estatal como supletorio...», *op. cit.*, pág. 420. Cfr. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, «El artículo 149.3 CE: La supletoriedad del Código Civil como Derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos (en particular el Derecho Civil aragonés)», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 2, 1999, págs. 103-104, nota 72.

(27) TEJEDOR BIELSA, *La garantía constitucional de la unidad del Ordenamiento en el Estado Autonómico*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pág. 113.

(28) TAJADURA afirma que el «resto a la voluntad del legislador autonómico implica que no toda ausencia de normación constituye una laguna que deba ser integrada». Vid. TAJADURA TEJADA, Javier, *La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal respecto del autonómico*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, pág. 141.

(29) LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, «Los principios de supletoriedad y prevalencia...», *op. cit.*, pág. 80.

(30) STS (Sala de lo Civil), de 10 de mayo de 1980, *Aranzadi RJ* 1980/1472.

se había violado por inaplicación el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley de 15 de julio de 1954 sobre unidades mínimas de cultivo, en relación con la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958, el Tribunal Supremo contestaba «que dicha Ley está derogada por el Decreto de 12 de enero de 1973, que aprobó el texto de la ley de reforma y desarrollo agrario» (31).

El Tribunal Supremo analiza en su sentencia de 11 de mayo de 1988 otro supuesto de hecho en el que la Junta de Castilla y León imponía una multa por parcelación ilegal. En ella afirma que hasta que se dictó por el Gobierno Autonómico el Decreto en el que se establecían las unidades mínimas de cultivo en 1984, existía una laguna legal en la materia. Durante el periodo comprendido entre 1973 a 1984, la sentencia afirma que no habría estado fijada la unidad mínima de cultivo, «conclusión [a la que] hay que llegar por el juego derogatorio resultante de la incidencia de la Ley de 12 de enero de 1973 (la de reforma y desarrollo agrario) sobre la de 15 de julio de 1954 y la Orden de 27 de mayo de 1954, que había establecido para Valladolid la unidad mínima de cultivo en media hectárea para terrenos de regadío y dos hectáreas para terrenos de secano» (32).

Sin embargo, encontramos otro pronunciamiento del Tribunal Supremo que, en sentencia de 10 de marzo de 1986, considera vigente la Orden de 1958, que «goza de la vigencia que le reconoce la sentencia aquí impugnada por no quedar comprendida en la derogación prevista en 1971 y operada en 1973 y que afecta únicamente a «las disposiciones de carácter general con rango de ley relativas a la colonización, ordenación rural o concentración parcelaria», mas no a las disposiciones de rango inferior, cuales son el citado Decreto de 25 de marzo de 1955 y su complementario de 22 de septiembre del mismo año 1955 y, por lo que aquí y ahora importa, la Orden de 27 de mayo de 1958, que habrá de entenderse vigente» (33).

La Audiencia Provincial de Granada, en su reciente sentencia de 7 de julio de 2006, ha cuestionado la vigencia de la OM. De esta manera, la Audiencia considera que la contravención de las superficies establecidas en la OM puede no conllevar la nulidad radical de un negocio jurídico: «La STS de 10 de marzo de 1986 considera que está vigente la OM (a favor también una resolución que dictó el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía), en contra del parecer de la STS de 10 de mayo de 1980. La posterior STS —Sala 4.ª— de 11 de mayo de 1988 considera, igual que la STS de 10 de mayo de 1980, que la derogación expresa de la Ley de 15 de julio de 1954, de la que la OM de 27 de mayo de 1958 es un desarrollo de la misma, por la Ley de Reforma de Desarrollo Agrario de 1973, afecta a la

---

(31) STS (Sala de lo Civil), de 13 de mayo de 1980, *Aranzadi RJ* 1980/1924.

(32) STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 11 de mayo de 1988, *Aranzadi RJ* 1988/4451.

(33) STS (Sala de lo Civil), de 10 de marzo de 1986, *Aranzadi RJ* 1986/1173.

Orden Ministerial. La derogación de una Ley afecta, si no se dijera expresamente lo contrario, a las disposiciones de rango inferior dependientes de las derogadas. Siendo dos las Resoluciones del Alto Tribunal, existe jurisprudencia, la cual, según el artículo 1.6 del Código Civil, tiene la función de completar el ordenamiento jurídico (STS de 23 de diciembre de 1983 y 23 de junio de 1990). Pero no hay jurisprudencia cuando se trata de Resoluciones de Salas distintas (STS de 26 de mayo de 1994). En fin, hay dos Resoluciones del TS de la Sala de lo Civil, una a favor y otra en contra de la vigencia de la OM. *De aplicarse la OM de 27 de mayo de 1958 con posterioridad a 1973 —sobre todo por razones de vacío legal que perdura incluso en Andalucía después de 1995—, incidiendo, por tanto, en las operaciones jurídicas no está claro si la sanción es su nulidad radical»* (34).

La regulación vigente de las unidades mínimas de cultivo se encuentra recogida en los artículos 23 a 27 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias. De estos artículos, únicamente el artículo 23 tiene carácter básico (35), según se establece en la Disposición Adicional Primera de la Ley. El artículo 23 establece la definición jurídica de unidad mínima de cultivo: la superficie suficiente que debe tener una finca rústica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, pueda llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la comarca o zona. La regulación contenida en la LRY-DA no realizaba ningún tipo de definición a este respecto.

Este artículo 23, en su apartado segundo, atribuye la competencia a las Comunidades Autónomas para que determinen la extensión de la unidad mínima de cultivo. Tras observar la actuación de las Comunidades Autónomas, encontramos tres situaciones diferentes sobre la aplicación de este artículo: ya fijaron la extensión con anterioridad a la Ley 19/1995 [en 1983, Cataluña (36); en 1984, Castilla y León (37); en 1989, Madrid (38); en 1990,

(34) SAP Granada, núm. 226/2006 (Sección 5.ª), de 7 de julio de 2006, F.J. 2.º. Id. CENDOJ 18087370052006100213.

(35) Dado que el retracto de colindantes no tiene carácter básico en la legislación estatal, la Generalitat de Catalunya ha pasado a regularlo en los artículos 568-16 y sigs. del *Llibre V del Codi Civil de Catalunya*. En la nueva regulación encontramos como principal diferencia, el que por un lado el derecho de retracto que en la normativa estatal recae sobre el propietario del fundo colindante sin hacer mención a su calidad personal, y por otro, en la normativa catalana establece que debe ejercerlo aquel propietario que sea cultivador directo y personal.

(36) Decreto 169/1983, de 12 de mayo (*Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, de 20 de mayo de 1983, núm. 330, pág. 1229 y sigs.), que fija las unidades mínimas de cultivo.

(37) Decreto 76/1984, de 16 de agosto (*Boletín Oficial de Castilla y León*, de 27 de agosto de 1984, núm. 36, pág. 714), por el que se fijan las unidades mínimas de cultivo.

(38) Decreto 65/1989, de 11 de mayo (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 145, de 20 de junio de 1989, pág. 6 y sigs.).

Cantabria (39); y en 1994, Canarias (40)], las que fijaron la extensión a raíz de la atribución de competencia de la LMEA [en 1996, Andalucía (41); en 1997, Murcia (42) y País Vasco (43); en 1999, Galicia (44); y en 2002, Navarra (45) y las Islas Baleares (46)], y las que todavía no han fijado ninguna [Principado de Asturias (47), Castilla-La Mancha (48), Aragón (49),

---

(39) La Ley 4/1990, de 23 de marzo (*Boletín Oficial de Cantabria*, de 9 de abril de 1990, núm. 11, Especial, pág. 76) establece las unidades mínimas de cultivo en su artículo noveno.

(40) El Decreto 58/1994, de 22 de abril (*Boletín Oficial de Canarias*, de 25 de abril de 1994, núm. 51, pág. 2368) fija con carácter general la superficie de una hectárea para todo el territorio canario como superficie de la unidad mínima de cultivo.

(41) Resolución de la Dirección General de Desarrollo Rural y Actuaciones Estructurales, de 4 de noviembre de 1996, por la que se determina provisionalmente las unidades mínimas de cultivo, *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, de 26 de noviembre de 1996, núm. 136, pág. 15791.

(42) Decreto 40/1997, de 6 de junio, por el que se establece la unidad mínima de cultivo (*Boletín Oficial de la Región de Murcia*, núm. 136, de 16 de junio de 1997, pág. 6755).

(43) Decreto 168/1997, de 8 de julio, por el que se regula las explotaciones agrarias prioritarias y determina las unidades mínimas de cultivo (*Boletín Oficial del País Vasco*, núm. 138, de 21 de julio de 1997, págs. 12632-12638).

(44) Decreto 330/1999, de 9 de diciembre, por el que se establece las unidades mínimas de cultivo para el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, *Diario Oficial de Galicia*, núm. 246, de 23 de diciembre de 1999, págs. 15015-15017.

(45) Artículo 48 de la Ley Foral 1/2002, de 7 de marzo, que regula las Infraestructuras Agrícolas (*Boletín Oficial de Navarra*, núm. 33, de 15 de marzo de 2002, págs. 2306-2307).

(46) A través del Decreto 147/2002, de 13 de diciembre, de la Conselleria d'Agricultura i Pesca (*Butlletí Oficial de les Illes Balears*, de 23 de diciembre de 2002, núm. 153, extraordinario, pág. 28), el gobierno balear fija la superficie de las unidades mínimas de cultivo (art. 8).

(47) La Ley 4/1989, de 21 de julio, que regula la ordenación agraria y el desarrollo rural (*Boletín Oficial del Principado de Asturias y de la Provincia*, de 21 de agosto de 1989, núm. 193, pág. 3733) establecía en su Disposición Final 2.<sup>a</sup> que en el plazo de un año el gobierno autonómico debía establecer la extensión de la unidad mínima de cultivo.

(48) El artículo 58.2 de la Ley 4/2004, de 18 de mayo (*Diario Oficial de Castilla-La Mancha*, de 25 de mayo de 2004, núm. 88, pág. 8425) establece que en plazo de un año se dictaría una norma reglamentaria fijando la extensión de las unidades mínimas de cultivo.

(49) Aragón en la Ley 5/1999, de 25 de marzo, de Urbanismo, establece que en el plazo de un año el Gobierno de Aragón, mediante Decreto, fijará las unidades mínimas de cultivo, mientras no entre en vigor este Decreto, la Ley establece que se aplicarán las superficies de la OM de 1958. Hasta el momento, todavía no se ha dictado ninguna norma en este sentido. El Justicia de Aragón recomendó al Gobierno de Aragón en el Informe Anual de 1999 que era necesario y requería «de la máxima urgencia» dictar el mencionado Decreto «para llenar, en el ámbito de la Comunidad Autónoma, el vacío normativo existente como consecuencia de estar derogada la Orden de 27 de mayo de 1958». Vid. Justicia de Aragón, «Informe Anual del Justicia a las Cortes de Aragón, 1999», en *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón*, núm. 47, fasc. 2.º, de 2 de mayo de 2000, pág. 1701.

La Rioja (50), Extremadura (51), Comunidad Valenciana (52)]. Respecto de estas últimas, la figura de la anomia podría tener una importante relevancia, ya que al carecer de una superficie fijada por las CC.AA. para la unidad mínima de cultivo, los trámites que prevé la legislación sobre indivisión e inscripción en el Registro de la Propiedad no podrían ser aplicables (53). De modo contrario se ha manifestado el SERVICIO JURÍDICO DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO. En su informe sobre segregación de fincas rústicas y unidades mínimas de cultivo, de 24 de octubre de 1995, afirmó que «si se produjere la división o segregación de una finca rústica que dé lugar a parcelas de extensión inferior a la u.m.c., el negocio jurídico será nulo, y que la superficie que como módulo de la unidad mínima de cultivo debe aplicarse, a falta de determinación por la Comunidad Autónoma de que se trate, es la señalada por el Estado (Orden de 1958)» (54).

El Informe manifiesta su preocupación sobre la posible invasión de competencias autonómicas, pero resuelve esta cuestión afirmando que «la duda puede quedar resuelta si se tiene en cuenta la función supletoria del

---

(50) El Real Decreto 1100/1985, de 5 de junio, de traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario, facultaba a la Comunidad Autónoma de La Rioja para que mediante Decreto señalara y revisara la superficie de las unidades mínimas de cultivo, en el marco de la planificación y ordenación económica general, y de la regulación a que se refiere el artículo 149.1 de la Constitución. Vid. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 161, de 6 de julio de 1985, pág. 21312.

(51) El Real Decreto 1080/1985, de 5 de junio, sobre ampliación del traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario y valoración definitiva de su coste efectivo, facultaba a la Comunidad Autónoma de La Rioja para que mediante Decreto señalara y revisara la superficie de las unidades mínimas de cultivo, en el marco de la planificación y ordenación económica general, y de la regulación a que se refiere el artículo 149.1 de la Constitución. Vid. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 160, de 5 de julio de 1985, pág. 21127. Cabe destacar que la Ley 3/1987, de 8 de abril, establecía en su artículo 13.1 que la Junta de Extremadura debía fijar las unidades mínimas de cultivo, que «tendrá una superficie que permita obtener una producción final igual a la cantidad que represente el importe de tres veces y media el salario mínimo interprofesional». Vid. *Diario Oficial de Extremadura*, núm. 29, de 14 de abril de 1987, págs. 497-498.

(52) El artículo 61 de la Ley 8/2002, de 5 de diciembre, de les Corts Valencianes, define el concepto de unidad mínima de cultivo como aquella «superficie suficiente que debe tener una finca rústica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la comarca o zona tomada en consideración». Asimismo, el artículo 62 establecía que la Generalitat Valenciana dictaría un Decreto estableciendo las Unidades Mínimas de Cultivo.

(53) Cfr. VERDAGUER Y GÓMEZ, Segismundo, «Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias», en *La Notaría*, núm. 1, Gener 1996, pág. 124. El autor afirma que «[r]especto de aquellas CC.AA. en que no se haya fijado la UMC, podría defenderse que no tiene vigencia la prohibición legal y la declaración de nulidad mientras no se fijen».

(54) Conclusión 3.<sup>a</sup> del Informe. Vid. SERVICIO JURÍDICO DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, *La Notaría*, núm. 8, 1995.

Derecho estatal respecto del autonómico, conforme a lo establecido en el artículo 149.3 *in fine*, de la Constitución». Sin embargo, retomando la doctrina científica y del Tribunal Constitucional, hoy en día no podríamos dar validez a esta afirmación, ya que el Informe aparece pocos meses después de la aprobación de la Ley 19/1995, que atribuía formalmente la competencia para fijar la extensión de las unidades mínimas de cultivo a las Comunidades Autónomas. Diversas CC.AA. se ampararon en los Estatutos y en los Decretos de trasposos de competencias, pero en la práctica la mayoría de estos entes todavía no habían regulado esta materia. En aquella Comunidad Autónoma que no había podido todavía regular dicha materia cabría una supletoriedad estrictamente temporal. Sin embargo, aquellas Comunidades Autónomas que, tras el transcurso de más de una década, todavía no han regulado sobre la materia, manifiestan su voluntad de no legislar sobre este asunto.

Finalmente, las remisiones que se realizan en las Normas Subsidiarias de las Entidades Locales a la Orden Ministerial de 1958 no son válidas, porque las Entidades Locales no tienen la competencia para fijar la extensión de las unidades mínimas de cultivo (55).

### III. LA TRANSMISIÓN DE FINCA INFERIOR A LA UMC

La transmisión de una finca inferior a la UMC no presenta problemas cuando ésta no deriva de un proceso de división o segregación de otra finca matriz. Sin embargo, puede existir un problema añadido si la finca, objeto de transmisión, no está inmatriculada en el Registro de la Propiedad (56). En este caso, los que pretendan la inscripción deberán acreditar por cualquier

---

(55) «En efecto, debe destacarse la atribución expresa a las Comunidades Autónomas de la competencia para determinar la extensión de la unidad mínima de cultivo como limitación esencial del derecho de propiedad sobre el suelo rústico, como tal, precisada de un desarrollo general para todo el ámbito territorial de aquéllas. Esta circunstancia, en unión del carácter eminentemente imperativo que preside la regulación, determina la incompetencia de los Ayuntamientos para adoptar medidas que afecten a la extensión de la superficie de las fincas rústicas. De esa manera, el régimen de las unidades mínimas de cultivo constituye la única fuente normativa en sede de determinación de la superficie de las fincas rústicas (cfr. arts. 23, aptdo. 1, y 24, aptdos. 1 y 2, de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias; y 54 de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha). Por tanto, la norma [Normas Subsidiarias] invocada no sirve para legitimar la pretensión del recurrente, pues no resulta admisible que al amparo de una norma dictada con una finalidad determinada se pretenda conseguir un objetivo diferente». Vid. F.J. 3.º Resolución de la DGRN, de 2 de noviembre de 2004, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 309, de 24 de diciembre de 2004, pág. 41776.

(56) Véase más adelante la problemática existente en el ejercicio de la acción declarativa de dominio sobre una finca no inmatriculada.

medio de prueba (57) admitido en derecho que la finca que se pretende inscribir no procede de una división o segregación (58) contemporánea, sino que poseía esta extensión con anterioridad (59) a la entrada en vigor de la normativa de las unidades mínimas de cultivo (60). Aunque la inscripción en el Registro ofrece garantías de publicidad y seguridad en el tráfico jurídico, no afecta propiamente a la transmisión de la propiedad (61).

## 1. DIVISIÓN Y/O SEGREGACIÓN

La Ley 19/1995 dispone en su artículo 24 (62) una serie de reglas aplicables a las operaciones divisionales procedentes de una división o segregación fruto de transmisiones patrimoniales. Dentro de la regulación de la LMEA podemos encontrar las transmisiones *inter vivos* (63) y *mortis causa*.

---

(57) Se podría acreditar mediante la presentación de escrituras públicas anteriores en la que se describiera la finca con una extensión inferior a la exigida para superar la extensión de la unidad mínima de cultivo.

(58) Vid. artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

(59) Cfr. F.J. 4.º de la Resolución de la DGRN, de 25 de mayo de 2002, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 163, de 9 de julio de 2002, pág. 24875. En este supuesto de hecho, la división del predio se produjo en 1954, resultando una finca inferior a la unidad mínima de cultivo, por tanto debían «aplicarse las normas entonces vigentes que no declaraban la nulidad de dicha división».

(60) El artículo 2.1 de la Ley de 15 de julio de 1954 ya establecía que sólo sería válida la división de predios cuando no resultasen fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo o cuando se adquiriesen por los propietarios de terrenos colindantes para unirlos a las suyas.

(61) MORALES MORENO se cuestiona si en los casos en que el otorgamiento de la escritura pública va seguido de la inscripción en el Registro, si el verdadero «modo» no es la inscripción en el Registro y no la propia escritura, pues «la inscripción es un “modo” más idóneo que la escritura» al conectar «con el sistema de publicidad registral». Vid. MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Prólogo», en JEREZ DELGADO, Carmen, *Tradición y Registro*, Cuadernos de Derecho Registral, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, pág. 21.

(62) Artículo 24 LMEA. 1. La división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. 2. Serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas, contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior. 3. La partición de herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 1 de este artículo, aun en contra de lo dispuesto por el testador aplicando las reglas contenidas en el Código Civil sobre las cosas indivisibles por naturaleza o por ley y sobre la adjudicación de las mismas a falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos.

(63) Nosotros estudiaremos la compraventa como negocio transmisivo paradigmático. Sin embargo, a cualquier otro acto que transmita la propiedad, como puede ser una donación, podrán serle de aplicación los principios que de nuestro estudio se extraigan.

### 1.1. *La compraventa*

El artículo 24.1 de la Ley 19/1995 establece que la división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo (64). Esta redacción es una copia literal del artículo 44.1 de la LRYDA. La Ley de 19/1995 afianza esta nulidad al establecer en el artículo 24.2 que serán nulos y sin efectos, los actos o negocios jurídicos voluntarios o no, de la que resulte por división una finca inferior a la unidad mínima de cultivo. GÓMEZ CLAVERÍA recuerda que la LRYDA no «declaraba la nulidad civil de los actos de fraccionamiento contrarios al régimen de unidades mínimas» (65), aunque opina que ésta sí podría existir en las zonas de concentración parcelaria, de acuerdo con su régimen especial. Al igual que hacía la anterior legislación (66), la Ley 19/1995 establece una serie de excepciones a la regla general de nulidad de estos actos.

Respecto de la excepción por compra de propietario colindante, se ha producido una modificación relevante. Con la LRYDA se permitía la operación divisional siempre que el número de fincas inferiores a la unidad míni-

---

(64) Debe tenerse en cuenta que el Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, de la Generalitat de Catalunya, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, establece en su artículo 188 que serán indivisibles aquellas fincas en suelo no urbanizable cuya dimensión sea inferior «al doble de las mínimas de cultivo o de producción forestal definidas para cada ámbito territorial», salvo si «los lotes resultantes son adquiridos por los propietarios o propietarias de terrenos contiguos, con la finalidad de agruparlos y formar una nueva finca». Sin embargo, el Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo, no sigue el mismo criterio y no aplica el principio general de la «doble extensión». Así, establece que en el caso de realizar actuaciones de interés público en suelo no urbanizable «será susceptible de segregación siempre y cuando no dé lugar a un resto de finca matriz inferior a la unidad mínima de cultivo o forestal» (art. 47). La misma situación ocurre con la reconstrucción o rehabilitación de masías y casas rurales (art. 55.2). El artículo 247 del Reglamento que regula la solicitud de la declaración de innecesariedad nos vuelve remitir a la legislación agraria sobre unidades mínimas de cultivo: «La solicitud de declaración de innecesariedad de la licencia de parcelación urbanística se tiene que acompañar de los siguientes documentos: a) Memoria en la que se tien[e] que justificar [...] la adecuación de la operación a las determinaciones de la legislación que establece las unidades mínimas de cultivo o de producción forestal». BASSOLS COMA señala la mala técnica legislativa del artículo 188 TRLUCat, ya que proporcionando una interpretación «confusa» del precepto. Vid. BASSOLS COMA, Martín: «De la intervención en la edificación y uso del suelo y del subsuelo (arts. 179 a 190)», en TRAYTER, Joan M., *Comentarios a la Ley de Urbanismo de Cataluña*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 398.

(65) GÓMEZ CLAVERÍA, Pablo, «Resolución de 13 de marzo de 2006», en *La Notaría*, núm. 28, abril de 2006, pág. 243.

(66) La Ley de 15 de julio de 1954 establecía como excepciones la división por compra de un propietario colindante para unirla a su predio y formar una nueva finca que cubriera el mínimo de la unidad de cultivo (art. 2.1). Asimismo se contemplaba la posibilidad de segregación para efectuar «cualquier género» de edificación o construcción permanente (art. 2.2).

ma de cultivo no aumentara. En la actualidad, el régimen jurídico que la Ley 19/1995 establece para la compraventa por colindantes determina que tanto la finca matriz como la colindante, después de realizarse el acto de división o segregación, deben resultar con una extensión superior a la unidad mínima de cultivo. Veamos la repercusión práctica de la modificación en el siguiente supuesto de hecho. En el municipio X, la unidad mínima de cultivo fijada para fincas de secano es de tres hectáreas. A, B y C son propietarios cada uno de una finca de secano de 1 hectárea. A decide vender la mitad de la finca a B y la otra mitad a C, a través de una operación divisional. De esta operación resultan finalmente dos fincas: la de B, de 1,5 hectáreas, y la de C, de 1,5 hectáreas. Con la LRDYA este negocio jurídico hubiera sido válido porque se reducía el número de fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo de tres a dos. Con la Ley 19/1995 no sería válido, porque las fincas colindantes poseen una extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

La nulidad de los contratos puede responder a diferentes motivos: por la falta de consentimiento, objeto o de causa (art. 1.261 CC), por ilicitud de la causa (arts. 1.275, 1.305 y 1.306 CC) o por expresión de una causa falsa (art. 1.276 CC), por la falta de forma en los casos excepcionales (arts. 632 y 633 CC), por la indeterminación absoluta del objeto (art. 1.273 CC) o, finalmente, por la ilicitud del objeto (arts. 1.271, 1.272 y 1.305 CC). En concreto, la nulidad que se aprecia en los supuestos de la LMEA es esta última, ya que pone en tela de juicio la comerciabilidad o no de aquella finca (67) en base a su licitud.

En opinión de RUBIO GARRIDO, el objeto del contrato de compraventa es un «programa obligatorio y vinculante» (68) que las partes se han fijado de manera que, si este programa resultara irrealizable, la compraventa sería nula. La finca con una extensión inferior a la unidad mínima de cultivo procedente de una división será una *res extracommercium* (69) y el programa obligacio-

(67) Cfr. Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, 6.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2007, pág. 249.

(68) RUBIO GARRIDO, Tomás, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993, pág. 368.

(69) MOINE afirma que la comerciabilidad o extracomercialidad (*de res extra commercium*) constituyen los dos estados contradictorios relativos a la presencia o ausencia de una cosa fuera del comercio. «En que consiste la commercialité? Pour parler de commerce ou commercialité, comme l'étymologie l'indique, il faut une pluralité, au moins une dualité, de sujets "commerçants". La commercialité est l'aptitude à circuler d'un sujet à l'autre, d'un patrimoine à l'autre. Cette circulation est quasiment illimitée [...]». La regla general es el libre comercio y la extracomercialidad la excepción. En principio, todas las fincas pueden transmitirse *salvo* aquellas inferiores a la UMC que procedan de una división. MOINE asegura que esta «impossibilité de circuler notamment selon les moyens contractuels —n'est pas une simple qualité qui en serait détachable—, mais le *fondement* de l'existence des choses *juridiques*» es a lo que llamamos extracomercialidad. Vid. MOINE, Isabelle, *Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique*, Ed. LGDJ, París, 1997, págs. 11 y 17.

nal será irrealizable por su carácter ilícito (70). Esta ilicitud deriva de la prohibición legal del artículo 24.1 de la Ley 19/1995, pues este precepto transforma la cosa de comerciable a no comerciable (71). RIVERO afirma que en estos casos la compraventa sería nula por falta de objeto idóneo (72). Como vimos en el ejemplo anterior, la licitud o ilicitud puede ser sobrevenida. ALMAGRO NOSETE considera que en los casos de prohibición legal, a diferencia de las cosas inapropiables por su naturaleza (v.gr., el aire), «la noción de extracomercialidad se relativiza, pues depende de las circunstancias históricas» (73), dada su naturaleza dinámica (74). De esta manera, según la coyuntura existente, un bien puede o no estar dentro del comercio. TOULLIER ya ejemplificó este supuesto con el caso de los bienes afectos «à la dotation de la couronne» (75). El contrato de compraventa carecería del presupuesto objetivo de la licitud, carácter necesario del objeto de los negocios junto con el de la posibilidad y la determinación. Siguiendo el criterio que mantienen Díez-PICAZO Y GULLÓN, el vendedor podría ser responsable civilmente frente al otro contratante, si éste conocía o podía diligentemente conocer el carácter ilícito de la transmisión (76), es decir, que está prohibido realizar actos divisionales resultando parcelas inferiores a la UMC. Cuando MAINGUY analiza el supuesto del contrato de compraventa afirma que su

---

(70) Cfr. Díez-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 9.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2003, pág. 261. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS ya había manifestado que «la licitud o la ilicitud no ha de establecerse con referencia a los elementos particulares del negocio, sino con el negocio mismo», afectando pues a todo el programa obligacional. Cfr. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis, «El objeto del negocio jurídico», en *Revista de Derecho Privado*, enero-diciembre de 1960, pág. 390.

(71) Cfr. Díez-PICAZO, Luis, «Fundamentos de Derecho Civil...», *op. cit.*, pág. 250. Según Díez-PICAZO estaríamos ante una ilicitud relativa, ya que «las cosas *per se* [...] no son nunca lícitas o ilícitas».

(72) LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, Vol. II, Tomo II, 3.ª ed., revisada y puesta al día por Francisco RIVERA HERNÁNDEZ, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 11.

(73) ALMAGRO NOSETE, José, «Artículo 1.271», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coord.), *Comentario del Código Civil, artículos 1.088 al 1.314*, Tomo VI, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 584.

(74) Cfr. ALEGRE GONZÁLEZ, Juan, «La extracomercialidad y sus consecuencias jurídicas», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LV, enero-diciembre de 1971, pág. 148.

(75) Una vez alcanzada la victoria, los revolucionarios franceses dotaron de nuevas leyes a la recién nacida República, entre ellas la Ley de 22 de noviembre-1 de diciembre de 1790, por las que derogaba aquellas leyes que declaraban fuera del comercio los bienes afectos a la dotación de la Corona. «Le principe de l'inaliénabilité absolue du domaine de la couronne [...] consacré par les anciennes lois, a été abrogé». Cfr. TOULLIER, Charles Bonaventure Marie, y DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Le Droit Civil Français suivant l'ordre du Code: Ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie a la pratique*, Vol. III, II parte, 6.ª ed., Ed. Cotillon, París, 1846, págs. 99-100.

(76) Cfr. Díez-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 412.

objeto debe ser un bien apropiable (77) y que esté dentro del comercio de los hombres, no incluyéndose elementos como el agua o el aire (78). El supuesto que analizamos debería circunscribirse, según este autor, al campo de las cosas ilícitas (79) por razones de orden público (80). Este tipo de bienes han sido calificados como «tabous juridiques» (81). MAINGUY afirma que «[e]n réalité ces choses sont dans le commerce juridique [...] mais des limites à leur commercialisation sont fixées» (82). Es decir, si en el momento de la compraventa existe cualquiera de las excepciones que la Ley 19/1995 prevé, la transmisión no será nula y siendo un motivo más para poder afirmar que ciertamente la finca inferior a la UMC es una *res intra commercium*. Las prohibiciones que afectan a la transmisión de este tipo de fincas tienen en cuenta la naturaleza de la cosa y no las circunstancias externas como la calidad de las partes (v.gr., Incapacidad) (83).

Una vez analizada la doctrina sobre el contrato de compraventa y la transmisión de fincas inferiores a la UMC, es necesario estudiar los supuestos reales que la jurisprudencia ha resuelto. Así, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 16 de diciembre de 2005, manifestaba en su Fundamento Jurídico Segundo, al analizar una venta de una parte segregada inferior a la UMC que, «la nulidad que afecta al contrato es de *carácter radical y absoluto*, por *imposibilidad [d]el objeto*, y desde el momento mismo de su suscripción. Siendo la nulidad *ex tunc*» (84). Como afirma Díez-PICAZO, esta imposibilidad podría calificarse como una imposibilidad jurídica del objeto del contrato, y, por tanto, debería examinarse bajo el «prisma» de la licitud del presupuesto objetivo (85).

---

(77) Cfr. LOISEAU, Grégoire, «Typologie des choses hors du commerce», en *RTD civ.*, núm. 1, Janv.-Mars 2000, pág. 55.

(78) El autor afirma que «les choses sans maître comme l'air ou l'eau ne le sont pas [appropriables]». Vid. MAINGUY, Daniel, *Contrats spéciaux*, 4e édition, Ed. Dalloz, París, 2004, pág. 89.

(79) «[U]n certain nombre de choses ne peuvent éter objet d'un contrat de vente par l'effet de la loi». Vid. MAINGUY, Daniel, «Contrats spéciaux», *op. cit.*, pág. 90.

(80) Cfr. COLLART DUTILLEUL, François, y DELEBECQUE, Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, 6e ed., Ed. Dalloz, París, 2002, pág. 124: «Certaines demeurent inaliénables pour des raisons qui tiennent soit à l'ordre public (choses hors du commerce)».

(81) «Pour des motifs auxquels la société tient plus profondément encore qu'à l'intérêt général, il est des choses qu'il est interdit de vendre sans doute parce qu'elles sont tabou, qu'elles ont un aspect sacré auquel la société interdit de toucher». Vid. MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent, y GAUTIER, Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, Ed. Defrenois, París, 2003, pág. 139. Cfr. MAINGUY, Daniel, «Contrats spéciaux», *op. cit.*, pág. 90.

(82) MAINGUY, Daniel, «Contrats spéciaux», *op. cit.*, pág. 90.

(83) Cfr. BÉNABENT, Alain, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7e ed., Ed. Montchrestien, París, 2006, pág. 20.

(84) SAP Barcelona, núm. 620/2005 (Sección 17.<sup>a</sup>), de 16 de diciembre, *JUR* 2006/85851.

(85) Díez-PICAZO, Luis, «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 204.

El Tribunal Supremo, en fecha de 14 de febrero de 2000, dictó un fallo analizando un supuesto de compraventa de una finca rústica menor a la unidad mínima de cultivo. El negocio jurídico se plasmó en un contrato privado, previendo su elevación a escritura pública y afirmando que el destino de la finca sería para la explotación agrícola. El TS afirma en la sentencia al analizar la relación existente entre la nulidad de la compraventa y la extensión de la finca que: «Tiene muy presente la realidad de una menor superficie que la escriturada para la parcela vendida —*lo que la hace legalmente de imposible utilización para el fin exclusivo de explotación agrícola que le asigna el recurrente, pues no alcanza la de la unidad mínima de cultivo que rige en la zona, lo que va a imposibilitar la elevación a escritura pública*— del contrato privado de venta como se estipula en su condición 3.<sup>a</sup> haciendo, incluso, condicionamientos a niveles generales que no se explican y a valores proporcionales, desde no se sabe qué, a dicho olivar o, alternativamente, a un extraño «dentro de lo global», introduciendo raras pluralidades» (86). No estamos de acuerdo con este pronunciamiento. En primer lugar, la imposibilidad del objeto o la ilicitud que se ha predicado para la compraventa, de acuerdo con la LMEA, sólo afecta a aquellas fincas que procedieran de un proceso de segregación o división. En modo alguno puede afirmarse que no superar el umbral de la extensión de la unidad mínima de cultivo impide su explotación agrícola. Aunque la unidad mínima de cultivo surge con la intención de lograr fincas económicamente rentables, evitando la fragmentación excesiva del campo español, ello no obsta a que la citada finca pueda ser cultivada de forma efectiva. Como afirma MILLÁN SALAS, «[c]on la unidad mínima de cultivo se pretende formar o mantener unidades agrarias de una extensión suficiente para que sean viables económicamente» (87).

Por tanto, la sanción que se establece para los contratos en los que su objeto es una finca con superficie inferior a la unidad mínima de cultivo, únicamente se predica de aquellas procedentes de una operación divisional. La SAP de Madrid, de 19 de abril de 2001 (88), también cita la STS de 14 de febrero de 2000, pero la circunscribe al ámbito de la segregación, afirmando: «es decir, que la cabida inferior a la unidad mínima de cultivo impide que la compraventa pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad, privando a su mandante de los efectos protectores que el título público y la inscripción representan».

La nulidad del programa obligacional de estas compraventas, debida al carácter ilícito del objeto del negocio jurídico, no es una cuestión pacífica en la jurisprudencia. La reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Grana-

---

(86) STS núm. 103/2000 (Sala de lo Civil), de 14 de febrero, F.J. 5.º, *RJ* 2000/824.

(87) MILLÁN SALAS, Francisco, «De la unidad mínima de cultivo...», *op. cit.*, pág. 474.

(88) SAP Madrid (Sección 25.ª), de 19 de abril de 2001, *JUR* 2001/188555.

da (89) analiza un supuesto de hecho en el que se transmite una finca inferior a la UMC a través de una compraventa. El comprador incumple con la obligación pecuniaria frente al vendedor al no poder inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad y el vendedor insta la resolución del contrato y la indemnización por daños y perjuicios. El Tribunal considera que el programa obligacional que se deriva del contrato de compraventa sigue vigente, ya que «no puede justificarse tal incumplimiento [el del pago del precio] en la imposibilidad originaria del otorgamiento de la escritura pública para su posterior acceso registral por cuanto la parcela vendida como rústica era de inferior dimensión a la unidad mínima de cultivo, circunstancia esta conocida por el comprador a la hora de suscripción del contrato». La Audiencia Provincial de Granada afirma que al no incluirse en el contrato que el pago del precio estaba condicionado al otorgamiento de la escritura, «el comprador no podía ampararse en esto para incumplir su obligación más esencial».

En el caso de la transmisión de una finca no destinada al cultivo agrícola, la Audiencia Provincial de Jaén propone una interpretación novedosa, en base a la finalidad de la Ley y el carácter no agrícola del predio. En su sentencia de 23 de junio de 2005 (90) afirmó que la segregación de una finca rústica, resultando otra inferior a la UMC, era válida ya que la finalidad de la Ley 19/1995, «se instrumenta sobre la base de exigir a los agricultores determinadas actuaciones, con la contraprestación de correlativos beneficios de variada índole, pero esto es una cosa, y *otra muy distinta cercenar la libertad que todo propietario tiene de disponer de lo que es suyo, conforme a la Ley y aquélla no prohíbe al dueño de una finca rústica, venderla en su totalidad, o en parte, en la extensión y con la superficie que estime libremente*, lo que la Ley quiere decir es que una finca rústica de superficie inferior a la unidad mínima de cultivo, *no puede acogerse a los beneficios legales*». Para argumentar esta interpretación, la Audiencia invoca el artículo 25 LMEA que «permite sustraer de su ámbito las enajenaciones de terrenos destinados a cualquier tipo de edificación o construcción permanente a fines industriales o a otros de carácter no agrario y esta expresión —carácter no agrario— es lo suficientemente amplia como para dar cabida a cualquier instalación o edificación destinada a un fin distinto del puramente agrícola, como puede ser el de puro recreo o cualquier otro, siendo así que, como dice la última sentencia citada, siendo el objeto y finalidad de la Ley procurar la rentabilidad y viabilidad de las explotaciones agrícolas, *no puede ser aplicable en aquellos supuestos como el presente en los que la finca carece de cualquier tipo de cultivo*». Asimismo, la sentencia se hace eco de la imposibilidad de

(89) SAP Granada, núm. 110/2007 (Sección 4.<sup>a</sup>), de 9 de marzo de 2007, F.J. 2.º, Id. CENDOJ 18087370042007100056.

(90) SAP Jaén, núm. 159/2006 (Sección 2.<sup>a</sup>), de 23 de junio de 2005, F.J. 2.º, Id. CENDOJ 23050370022006100264.

acceso de esta venta en el Registro de la Propiedad, pero en su opinión «ello no conlleva automáticamente la nulidad» de la compraventa.

Sin embargo, en nuestra opinión no cabe admitir tal interpretación. En primer lugar, la ilicitud se predica sobre toda una categoría de bienes concretos: fincas rústicas inferiores a la UMC procedentes de una división o segregación. El legislador no distingue entre que aquella finca rústica verdaderamente esté destinada al cultivo, esté yerma, o sea utilizada como pastos o de recreo. En segundo lugar, si el legislador hubiera pretendido excepcionar el supuesto en que la finca «careciera de cualquier tipo de cultivo», lo hubiera previsto específicamente dentro de las excepciones que contiene el artículo 25 LMEA. La presunta interpretación auténtica que realiza el Tribunal no es más que una mera conjetura que no se refleja ni en el texto de la Ley ni en los debates parlamentarios de la misma. En tercer lugar, la resolución judicial afirma que la finalidad de la Ley es «procurar la rentabilidad y viabilidad de las explotaciones agrícolas». Aunque esto es cierto, no es menos cierto que la regulación de las unidades mínimas de cultivo tiene como objetivo evitar la excesiva fragmentación del agro español, con independencia que esté el fundo destinado a cultivo o no. La propia LMEA en su artículo 1.e) establece que el objeto de la Ley es «[i]mpedir el fraccionamiento excesivo de las fincas rústicas», esto se aplica a todo tipo de fincas rústicas y no únicamente a las cultivadas por agricultores deseosos de «acogerse a los beneficios legales». Finalmente, debemos recordar que si bien en un momento concreto la finca rústica puede «carecer de cultivo», siendo una posible justificación para facilitar la división de la misma, ello no impide que en un futuro por su propio carácter rústico pueda ser susceptible de cultivarse. Esta conducta permisiva contravendría el objetivo de garantizar un rendimiento viable de aquella finca al nuevo agricultor que prevé la LMEA.

#### 1.1.1. La compraventa y las escrituras públicas

De acuerdo con el artículo 1.224 del Código Civil (91), la elevación a escritura pública de un contrato privado de compraventa de finca rústica se trata de una escritura pública de reconocimiento. Este documento público contiene exclusivamente una declaración de verdad, ya que los efectos del negocio jurídico nacen del contrato privado concertado entre las dos partes (92). La elevación de escritura pública proporciona un medio de prue-

---

(91) Artículo 1.224 del Código Civil. Las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados, si por exceso u omisión se apartasen de él, a menos que conste expresamente la novación del primero.

(92) En este caso, el Notario no estaría actuando como un *actor* en la redacción de la escritura, participando en el fondo del asunto, sino como un *fedatario público*, ya que

ba privilegiado a la compraventa y le dota de eficacia ejecutiva (93). Por ello no puede afirmarse, como hace la STS de 14 de febrero de 2000, que por ser menor de la extensión de la unidad mínima de cultivo *imposibilite* la elevación a escritura pública. Otra cosa distinta es que el negocio jurídico que refleje la escritura esté viciado de nulidad.

La Audiencia Provincial de Palencia, en su sentencia de 30 de junio de 2005 (94), afirma que no puede elevarse a escritura pública un contrato privado de compraventa civil de una finca inferior a la UMC. La argumentación presentada por la Audiencia difiere de la mostrada por la STS de 14 de febrero de 2000, ya que fundamenta su resolución en la *supuesta prohibición* que existe en la LMEA que afecta a los Notarios: «a diferencia, también, de la regulación anterior (referido Decreto 118/1973) que NO [sic] contenía prohibición alguna a los Notarios y Registradores (a diferencia del sistema actual, con lo preceptuado en el art. 26) al objeto que se abstuvieran de Autorizar e Inscribir actos o contratos que incumplieran lo dispuesto sobre la “unidad mínima de cultivo”». Sin embargo, esto es incierto, pues el artículo 26 de la LMEA no establece ningún mandato al Notario como autorizante, sino que en él se regula únicamente la inscripción de las fincas rústicas en el Registro de la Propiedad. La elevación a escritura pública no tiene otra significación que la de un medio de reconocimiento del contrato preexistente, su finalidad es la de dar constancia al negocio, concederle certeza, pero no la de producir la novación del contrato privado de compraventa.

Diferente cuestión es la planteada ante la formalización de un contrato realizado originalmente en escritura pública notarial. La escritura pública de compraventa formalizada ante Notario español es el instrumento de un contrato, pero, además equivale a la tradición, y por tanto, va a operar como tal en el tráfico jurídico; siendo así, también, el título inscribible en el Registro de la Propiedad (95). Cuando se trata de una escritura pública de reconocimiento, los efectos traslativos del dominio se producen con la *traditio* previs-

---

únicamente le encargan a que se limite a realizar una afirmación sobre la existencia de un contrato y el contenido de este negocio jurídico. Sin embargo, en este tipo de escrituras de reconocimiento se permite un cierto grado de modificación del negocio que se reconoce, en este caso, el Notario sí actúa como un *actor*, como un profesional del Derecho, en la línea de asesorar y aconsejar los medios jurídicos más idóneos. Aunque sí el objetivo es conseguir que un negocio radicalmente nulo se convierta en otro a través de la escritura de reconocimiento, éste no es el camino, dado el carácter probatorio y no negocial de este tipo de escrituras. Cfr. MARCO MOLINA, Juana, *El reconocimiento documental y la novación modificativa del contrato*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 102 y 150.

(93) Cfr. CORDÓN MORENO, Faustino, «Artículo 1.224», en ALBALADEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 1.214 a 1.253 del Código Civil*, Tomo XVI, Vol. 2.º, 2.ª ed., Ed. EDERSA, Madrid, 1991, pág. 196.

(94) SAP Palencia, núm. 201/2005 (Sección 1.ª), de 30 de junio, *JUR* 2005/194026.

(95) Vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de mayo de 2005, *RJ* 2005/5645.

ta en el contrato privado de compraventa (96). El Código Civil establece que los contratos serán obligatorios, *cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado*, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez (art. 1.278 CC). Aunque si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura para hacer efectivas las obligaciones del contrato, las partes podrán compelerse recíprocamente a *llenar aquella forma* (art. 1.279 CC).

La Dirección General de los Registros y del Notariado (97) ha fijado cuál es la labor del Notario en las escrituras públicas de transmisión de propiedad. De esta manera, afirma que el Notario, en el momento de la transmisión, cumple una importante «función múltiple» y tutela «numerosos intereses». De un lado, protege a los contratantes y, en concreto, al comprador, controlando la titularidad y el poder de disposición del vendedor, así como las cargas o gravámenes afectantes al inmueble objeto de la transmisión, mediante el examen de los títulos antecedentes y la consulta telemática al Registro de la Propiedad, a la vez que constata los gastos pendientes de la comunidad del edificio sobre la finca vendida mediante la aportación del certificado pertinente, advirtiendo a las partes de las consecuencias legales (98) y fiscales del acto, con especial asistencia a los consumidores o parte débil en la contratación inmobiliaria, a fin de procurar una información cabal que permita prestar, en suma, un consentimiento suficientemente asesorado, todo ello con simultaneidad al momento de la transacción económica, para instar seguidamente del Registro, también por vía telemática, con carácter inmediato posterior al otorgamiento, sin solución de continuidad, la extensión, en su caso, del correspondiente asiento de presentación. Por otro lado, salvaguarda los intereses de terceros, ya que los efectos de la escritura producen efectos

---

(96) Como señala JEREZ DELGADO, el documento privado es perfectamente válido para realizar transmisiones de una finca, sin embargo hay que tener en cuenta que «el documento privado no puede, en modo alguno, acreditar por sí sólo la adquisición del dominio». Vid. JEREZ DELGADO, Carmen, «Tradicición y Registro», *op. cit.*, págs. 87 y 109. Por otro lado, el Tribunal Supremo ha afirmado que el principio de libertad de forma permite que las partes puedan convenir la transmisión de una finca a través de un documento privado, pudiéndose compeler mutuamente para elevarlo a escritura pública posteriormente. Vid. STS (Sala de lo Civil), de 10 de abril de 1978, *RJ* 1978/1269. Concretamente, el Tribunal Supremo admitió la validez de una permuta de unas fincas rústicas concertadas mediante documento privado. Vid. STS (Sala de lo Civil), de 27 de junio de 1992, *RJ* 1992/5564. Más recientemente, la STS (Sala de lo Civil), de 29 de diciembre de 1997, *RJ* 1997/8432, manifestaba que «*la forma escrita no es la que da validez al contrato, pues precisamente por ser ya válido, con anterioridad se otorga acción a los contratantes para compelerse recíprocamente a llevarla, conforme prescribe el citado precepto legal*».

(97) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de mayo de 2005, *RJ* 2005/5645.

(98) TENA ARREGUI señala que el Notario en ese instante debe «prevenir la ilegalidad mediante la denegación de la cooperación». Vid. TENA ARREGUI, Rodrigo, «Responsabilidad civil del notario. El seguro llamado de mala praxis. Sus diferencias con el seguro de título», en *Revista Jurídica del Notariado*, número extraordinario, 2004, pág. 146.

*entre las partes y contra tercero* (99). El Notario debe inexcusablemente notificar al posible arrendatario del inmueble (100), o debe *verificar* de la licencia administrativa previa a una segregación o parcelación «reciente todavía el recuerdo de las antiguas parcelaciones clandestinas».

Así, encontramos en el artículo 259.3 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, una serie de requisitos que se exigen a la hora de autorizar e inscribir escrituras de división de terrenos. Según el Tribunal Constitucional, el artículo 259.3 tiene carácter básico y no es inconstitucional (101). Este artículo 259.3 TRLS 1992 (102) establece que los Notarios exigirán para autorizar las escrituras de división de terrenos que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de su innecesariedad, testimoniando en la escritura la declaración o licencia (103). Diferentes Comunidades Autónomas también han regulado esta cuestión mediante leyes o decretos (104). De entre ellas analizaremos dos casos: las

---

(99) Según el artículo 1.218 del Código Civil, los documentos públicos hacen prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.

(100) Para dar opción al arrendatario a ejercer los derechos de tanteo y retracto que se prevén en el artículo 22 LAR.

(101) Diferentes Comunidades Autónomas plantearon recursos de inconstitucionalidad por vulneración de competencias autonómicas de urbanismo. El Tribunal Constitucional, en un profundo análisis del texto normativo TRLS 1992, consideró inconstitucionales numerosos preceptos. El carácter básico y constitucional del artículo 259.3 se desprende de la interpretación a contrario del fallo del TC. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 61/1997 (Pleno), de 20 de marzo, *RTC* 1997/61.

(102) Artículo 259.3 TRLS. «Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de su innecesariedad, que los primeros deberán testimoniar en el documento».

(103) El artículo 17.2, párrafo 2.º de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, establece que los notarios exigirán la autorización administrativa para su testimonio en la escritura pública de división o segregación. «*En la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción*». Por tanto, el cumplimiento del requisito se exigirá a la hora de practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad y al tiempo de formalizar la escritura pública. Vid. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 128, de 29 de mayo de 2007, pág. 23274.

(104) Comunidad Autónoma de Canarias: Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias (*Boletín Oficial de Canarias*, núm. 60, de 15/5/2000); Comunidad Autónoma de las Islas Baleares: Ley 6/1997, de 8 de julio, del suelo rústico de las Islas Baleares (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 192, de 12-8-1997); Comunidad Autónoma de Madrid: Ley 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 186 de 5-8-1995); Comunidad Autónoma de Castilla y León: Ley 14/1990, de 28 de noviembre, de concentración parcelaria de Castilla y León (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 28 de 1-2-1991).

CC.AA. de Madrid y Castilla y León. La Comunidad de Madrid regula esta cuestión en el artículo 52.2, párrafo 2.º de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo. En él se dispone que los Notarios «no procederán a autorizar» la escritura de división de terrenos, sin que se acredite previamente el otorgamiento de la licencia de parcelación, tanto urbanística como rústica. Anótese el cambio de cariz en la regulación, en ésta se impone una prohibición a los Notarios —«no procederán a autorizar»—, mientras que en la TRLS se establece una obligación de hacer —«exigirán»—. Por otro lado, y anticipándose a la legislación estatal, Castilla y León, en su ley sobre concentración parcelaria, incluye la regulación de las unidades mínimas de cultivo (105) y en ella establece que los Notarios, para autorizar actos o contratos que impliquen división o segregación de fincas, deberán exigir la presentación de un croquis que indique la alteración física proyectada o certificación del Servicio Territorial de Agricultura y Ganadería donde se refleje la modificación que se pretenda llevar a cabo, absteniéndose de autorizar el documento si la división o segregación resultare ilegal, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.º de la dicha Ley (106).

Sin embargo, a juicio de la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 1 de julio de 2003, la falta de aportación de la autorización administrativa de segregación también impide la elevación a escritura pública de un contrato privado de compraventa: «la elevación a escritura pública, que, en las circunstancias expuestas no es factible, al no existir la repetida autorización de segregación a cuya existencia el notario debe supeditar el otorgamiento del documento público» (107).

## 1.2. *La partición de la herencia y la acción de división de herencia*

La acción de división de herencia está regulada en los artículos 1.051 y siguientes del Código Civil, para los supuestos de hecho del régimen

---

(105) Casi idéntica redacción que la ofrecida por la LRDYA es la que recoge la ley castellano-leonesa en su artículo 10: «1. La división o segregación de una finca rústica no será válida cuando dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. 2. No obstante, se permite la división o segregación: a) Si se trata de cualquier clase de disposición a favor de propietarios de fincas colindantes, siempre que, como consecuencia de la división o segregación, no resulte un mayor número de predios inferiores a la unidad mínima de cultivo; b) Si la porción segregada se destina de modo efectivo, dentro del año siguiente, a cualquier género de edificación o construcción permanente; c) Si los predios inferiores a la unidad mínima de cultivo que resulten de la división o segregación se destinan a huertos familiares de las características que se determinen reglamentariamente».

(106) Regula aquellos actos divisionales en las parcelas con superficie inferior a la unidad mínima de cultivo que son lícitos de realizarse.

(107) SAP de Santa Cruz de Tenerife, núm. 311/2003 (Sección 4.ª), de 1 de julio, JUR 2004/24314.

común (108). El primero de los artículos manifiesta solemnemente que «ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia», a excepción que lo establezca el testador, aunque en este caso puede procederse a la división por las reglas de extinción de la sociedad. Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia; en caso de estar incapacitado o tener la condición de ausente deberá hacerlo su representante legal.

Sin embargo, de acuerdo con la Ley 19/1995 (109), cuando el objeto de la partición de la herencia sea una finca rústica, la partición sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo (110). Esta norma será imperativa frente a lo dispuesto por el causante (111) y subsidiaria ante la falta de voluntad expresa del testador o de

---

(108) En los derechos autonómicos encontramos la regulación en los artículos 45 y sigs. del CS de Cataluña; los artículos 50 y sigs. de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de las Cortes de Aragón, de Sucesiones por causa de muerte (*Boletín Oficial de Aragón*, núm. 26, de 4 de marzo de 1999); los artículos 270 y sigs. de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (*Diario Oficial de Galicia*, núm. 124, de 29 de junio de 2006); la Ley 331 y sigs. de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 57, de 7 de marzo de 1973).

(109) Artículo 24.3 LMEA. La partición de herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 1 de este artículo, aun en contra de lo dispuesto por el testador aplicando las reglas contenidas en el Código Civil sobre las cosas indivisibles por naturaleza o por ley y sobre la adjudicación de las mismas a falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos.

(110) El origen de esta regulación se encuentra en el artículo 4.º de la Ley sobre unidades mínimas de cultivo de 15 de julio de 1954 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 197, de 16 de julio de 1954, pág. 4841). Cfr. VILLARES RICO, Manuel, «Aspectos económico, jurídico y social de las unidades mínimas de cultivo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 326-327, julio de 1955, págs. 440-441; GÓMEZ GÓMEZ, Manuel, «Acercas de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 326-327, julio de 1955, pág. 446. GÓMEZ GÓMEZ señalaba que las reglas que el artículo 4.º establecía para la adjudicación de la finca, en caso de partición, diferían de lo estipulado por el artículo 1.062 del Código Civil.

(111) *Artículo 1056.1 del Código Civil*. Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. / *Artículo 55 del Codi de Successions*. «La partició pot ésser duta a terme pel testador mateix, per acte entre vius o d'última voluntat, i pot comprendre tota l'herència, o només una part del cabal, o béns concrets i determinats. Si la partició és feta pel testador en l'acte mateix de disposició hereditària, les clàusules de partició prevalen sobre les dispositives en cas de contradicció. Si és feta en acte separat, prevalen les clàusules dispositives llevat que siguin revocables i puguin ésser efectivament revocades per l'acte de partició. Per disposició d'última voluntat el causant pot, si vol, imposar normes vinculants per a la partició. La partició pot ésser feta també per un marmessor o comptador partidori, en els termes previstos en la llei». / *Artículo 53 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón*. «1. El causante o su fiduciario pueden hacer la partición de la herencia o parte de ella, así como establecer normas vinculantes para su realización, en acto de última voluntad o de ejecución de la fiducia. También podrán hacerlo en acto entre vivos sin sujeción a forma determinada,

convenio entre los herederos, ya que se aplicarán las reglas contenidas en el Código Civil sobre las cosas indivisibles por naturaleza o por ley y sobre la adjudicación de las mismas, es decir el artículo 1.062 del Código Civil (112).

Aunque, inicialmente ésta no era la redacción que aparecía en el Proyecto de Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias presentado por el Gobierno ante las Cortes Generales. El artículo 35.3 del Proyecto establecía que: «La partición de herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 1 de este artículo, aun en contra de lo dispuesto por el testador» (113). La remisión que se realizaba al apartado primero es la misma que se halla en la ley vigente, pero se observa que la remisión al Código Civil originariamente no figuraba en el Proyecto, ni siquiera establecía un sistema de adjudicación específico para estos casos. El Grupo del Partido Popular en el Congreso de los Diputados formuló una enmienda número 78 de adición al artículo 35 (actual 24) para añadir un nuevo apartado. La redacción del nuevo párrafo era la siguiente: «4. A falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos, la parcela indivisible será adjudicada por licitación entre los mismos, si todos estos manifiestan su intención de no recurrir a la licitación, la parcela se sacará a pública subasta» (114). La justificación que

---

salvo que se refieran a la herencia deferida por sucesión legal. 2. Si la partición la hace el disponente en el mismo acto de disposición por causa de muerte, las cláusulas de partición prevalecen sobre las dispositivas en caso de contradicción. Si la hace en acto separado, prevalecerán las cláusulas dispositivas salvo que sean revocables y puedan ser efectivamente revocadas por el acto de partición». / *Ley 338 de la Compilación de Navarra*. El causante podrá hacer la partición de sus bienes en el mismo acto de disposición mortis causa o en acto separado que revista una de las formas que esta Compilación admite para disponer por causa de muerte. Si la partición se hiciera en el mismo acto de disposición, y resultare alguna contradicción entre las cláusulas dispositivas y las particionales, prevalecerán éstas sobre aquéllas en la medida de la contradicción. Si se hiciera en acto separado, las cláusulas particionales no podrán modificar las contenidas en el acto dispositivo, a menos que éste fuera revocable y pudiera ser revocado mediante la forma adoptada para el acto de partición. / *Artículo 273 de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia*. El testador podrá hacer la partición de la herencia o realizar adjudicaciones de bienes y derechos determinados, sin perjuicio de las legítimas.

(112) MILLÁN SALAS afirma que la remisión al artículo 1.062 del Código Civil, uno de los únicos casos donde se exceptúa la división de lo indiviso, se realiza persiguiendo fines de tipo «económico y social, como que de dividirse la finca o la explotación agrícola no se alcance una rentabilidad suficiente para mantener al heredero adjudicatario en un nivel adecuado a las necesidades de la sociedad actual, pero fundamentalmente trata de evitar que las cosas hereditarias salgan fuera del círculo de herederos, o se desintegren entre ellos». Vid. MILLÁN SALAS, Francisco, «La atribución preferente de la explotación agrícola en la liquidación de la sociedad de gananciales», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 12, abril de 2001. Consultado electrónicamente en <http://vlex.com/vid/192625>, el 23 de mayo de 2007.

(113) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie-A, núm. 76-1, de 30 de julio de 1994, pág. 13.

(114) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie-A, núm. 76-9, de 17 de octubre de 1994, pág. 51.

daban los proponentes era que se pretendía «resolver un supuesto muy repetido en estas circunstancias» (115). La redacción propuesta introduce unas reglas de adjudicación de la finca entre los diferentes coherederos, cuando no hubiera disposición del causante ni pacto entre ellos. Pero no se propone en la enmienda la introducción de una remisión al Código Civil. El Informe de la Ponencia inicia el análisis del artículo 35, afirmando que se ha rechazado la enmienda número 39 presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña; sin embargo la enmienda es una enmienda de supresión de todo el Título II por considerarse «adecuada la normativa en vigor» (116). Respecto a la enmienda presentada por el Grupo del Partido Popular, la Ponencia (117) acepta el sentido pero no la redacción, que es modificada en el fondo y en la letra. Es en este punto donde se introduce al final del párrafo tercero la remisión al Código Civil, tal como finalmente fue aprobado el artículo (118). El Grupo del Partido Popular no se resignó inicialmente a la modificación de su propuesta y en el debate de 29 de marzo de 1995 en la Comisión de Agricultura mantiene como viva la enmienda número 78 y se propone para la votación en dicha Comisión. El resultado de la votación es 15 votos a favor, 20 en contra y una abstención (119), por lo que el Presidente de la Comisión declara rechazada la enmienda.

Según la información que se desprende de los escritos de mantenimiento de enmiendas para el Pleno, el Grupo del Partido Popular, proponente de la enmienda de adición número 78, aceptó la redacción que la Ponencia le daba al artículo 35 del Proyecto (actual 24), ya que entre las enmiendas que mantenía para su discusión en el Pleno no se encontraba la núme-

---

(115) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie-A, núm. 76-9, de 17 de octubre de 1994, pág. 51.

(116) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie-A, núm. 76-9, de 17 de octubre de 1994, pág. 42.

(117) La Ponencia encargada de redactar el Informe sobre el Proyecto de Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias estaba integrada por los Diputados don Josep Pau i Pernau (PSOE), don Gerardo Torres Sauquillo (PSOE), don Francisco San Martín Sala (PP), don José Ramón Pascual Monzo (PP), don Miguel Ramírez González (PP), doña Mercè Rivadulla Gracia (IU-IC), don Pere Vidal i Sardo (C-CiU), y don Ricardo Gatzagaetxebarría Bastida (V-PNV). Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie-A, núm. 76-11, de 21 de marzo de 1995, pág. 75.

(118) «Por lo que concierne a la enmienda número 78 del Grupo Popular, se acepta incorporar su sentido añadiendo al final del párrafo 3: “La partición de herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 1 de este artículo, aun en contra de lo dispuesto por el testador aplicando las reglas contenidas en el Código Civil sobre las cosas indivisibles por naturaleza o por ley y sobre la adjudicación de las mismas a falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos”». Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie-A, núm. 76-11, de 21 de marzo de 1995, pág. 80.

(119) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, V Legislatura, núm. 478, sesión de 29 de marzo de 1995, núm. 28, pág. 14232.

ro 78 (120). Finalmente, el 6 de abril de 1995, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobaba el Proyecto de Ley sin modificar la remisión al Código Civil (121). Durante la tramitación en el Senado no se presentaron enmiendas a este artículo (122) y el Proyecto de Ley fue aprobado con la actual redacción en la sesión del 15 de junio de 1995 (123).

Después de haber observado la génesis de la remisión expresa al Código Civil, a nuestro parecer, creemos que hubiera sido preferible que la remisión del artículo hubiera sido a la «legislación civil» y no al Código Civil. La mala técnica de redacción legislativa (124) hace plantearnos la cuestión de si la remisión expresa al Código Civil puede impedir la aplicación del artículo 49 del Codi de Successions (125). Código que ya estaba en vigor al tiempo de aprobarse la LMEA. La regulación de la partición de la cosa indivisa en el CS difiere de la existente en el Código Civil. En primer lugar, la legislación catalana establece que el valor del bien a pagar al resto de los coherederos será el de mercado. En segundo lugar, establece una serie de reglas para adjudicar el bien entre todos los coherederos: primero, al más interesado; de haber varios, al más favorecido; de estar igual favorecidos, se decide por suerte; si no hay interesados en el bien, se vende y se reparte el precio.

Aún con la actual redacción, debemos recordar que el artículo 24 LMEA no tiene carácter básico (126) y por tanto el Parlamento de Cataluña puede

---

(120) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie-A, núm. 76-12, de 7 de abril de 1995, pág. 108.

(121) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie-A, núm. 76-13, de 10 de abril de 1995, pág. 118.

(122) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, V Legislatura, Serie-II, núm. 76 (c), de 9 de mayo de 1995, págs. 40-41.

(123) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie-A, núm. 76-15, de 27 de junio de 1995, pág. 162.

(124) DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS ha calificado la regulación de la unidad mínima de cultivo en la Ley 19/1995 de «chapuza»: «No suscita tanto entusiasmo, sin embargo, la regulación que se establece en el “régimen de unidades mínimas de cultivo”» (arts. 23 a 27 de la propia Ley), donde vuelve a aparecer la vocación intervencionista, como regla general, y la chapuza como excepción<sup>32</sup>, aunque el problema no es fácil de resolver a vista de pájaro». Vid. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis, «Hacia un concepto de explotación agrícola (marginales a la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 641, agosto de 1997, pág. 1358.

(125) Llei 40/1991, de 30 de desembre, Codi de Successions per causa de mort en el Dret Civil de Catalunya, en adelante CS. El artículo 49.2 y 3 CS establece que «[l]es coses indivisibles o que desmereixin en dividir-se i les col·leccions d'interès històric, científic o artístic han d'ésser adjudicades a un cohereu, que, si escau, ha de pagar als altres l'excés en diners d'acord amb el valor de mercat. Si hi ha diversos interessats, són adjudicats al més afavorit en l'herència i, si han estat afavorits igual, decideix la sort. A falta d'interessats en l'adjudicació, es ven la cosa i se'n reparteix el preu entre els hereus. Les disposicions del paràgraf anterior s'entenen sens perjudici de la voluntat del testador o de l'acord unànime dels hereus».

(126) La Disposición Adicional primera establece qué artículos tienen carácter básico y el artículo 24 no se encuentra en la lista.

desarrollar la normativa de la división de las unidades mínimas de cultivo a través de partición de la herencia (127). A pesar de ello, el proyecto de Llibre IV del Codi Civil de Catalunya (128), sobre sucesiones, no hace referencia a este punto, sino que incluye la misma regulación sobre cosas indivisibles en el artículo 464-5 que la contenida en el artículo 49 CS, artículo que no incluía la especificada de las particiones que den lugar a fincas inferiores a la UMC. En contra de esta posibilidad se manifiesta CORRAL DUEÑAS que afirma que «[I]a norma es aplicable igualmente a los casos de partición de herencia, según el apartado 3 del artículo, aplicándose al efecto las normas establecidas en el Código Civil para la adjudicación de cosas indivisibles si falta la voluntad del testador o el acuerdo de los herederos. [...] *No parece necesario aclarar que esta norma del artículo 24 de la nueva Ley deroga cualquier otra disposición más o menos permisiva en esta materia, sea nacional o autonómica. Las Comunidades, como vamos a ver, únicamente pueden determinar la extensión de esas unidades mínimas en el territorio de su ámbito, pero nada más; fijada la extensión, no se puede autorizar ninguna división o segregación por debajo del límite, que sería nula de pleno derecho y sin ninguna duda*» (129). Nosotros discrepamos, ya que la remisión que se realiza en el artículo 24.3 LMEA se hace a la legislación civil sobre sucesiones (partición de finca en herencia), legislación sobre la que tienen competencia las Comunidades Autónomas con legislación civil propia, como es el caso de Cataluña, en virtud del artículo 149.1.8 CE. La *Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya* en una reciente resolución ha afirmado que: «[I]es remissions tenen una transcendència especial en ordenaments jurídics composts quan són externes, és a dir, quan es fan no entre normes d'un mateix ordenament, sinó d'un ordenament a un altre. En el sistema que resulta de la Constitució de 1978, *en el qual existeixen diversos ordenaments jurídics separats amb identitat pròpia, independents i relacionats entre ells pel principi de competència en la matèria i mai pel de jerarquia, l'anàlisi de la remissió ha de tenir en compte els títols competencials respectius*» (130).

---

(127) Recientemente, el Parlamento de Cataluña ha desarrollado la normativa sobre retracto de colindantes en los artículos 568-16 y sigs. del Llibre V del Codi Civil de Catalunya, cuya regulación en la Ley 19/1995 tampoco tiene carácter básico.

(128) *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 33, de 19 de febrero de 2007, pág. 61.

(129) CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO, «Régimen de las parcelaciones en suelo...», *op. cit.*, págs. 1860-1861. La cursiva es mía. Vid. también CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO, «Comentarios a la Ley de Modernización...», *op. cit.*, págs. 1780-1781.

(130) Resolución JUS/955/2007, de 28 de març, per la qual es dóna publicitat de la Resolució de 20 de març de 2007, dictada en el recurs governatiu interposat pel notari de Barcelona Ildefonso Sánchez Prat, *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 4856, de 4 de abril de 2007, pág. 12417, F.D. 2.2. La cursiva es mía.

Pero el problema que se presenta aquí es más complejo, en tanto no se dicte normativa de desarrollo, la legislación vigente es la normativa estatal en virtud de la cláusula de cierre del ordenamiento jurídico español (131). Asimismo, en aplicación del principio *lex specialis derogat lex generalis*, no podría aplicarse de manera directa el artículo 49 CS o su correspondiente en el futuro Llibre IV del Codi Civil de Catalunya (132), ya que el artículo 24.3 LMEA únicamente se refiere a aquellas particiones de finca inferior a la unidad mínima de cultivo. La regla que establece este artículo es que las fincas inferiores a la UMC deben considerarse como bienes indivisibles a los efectos de la partición hereditaria y establece como criterio de división la contenida en el Código Civil. Sin embargo, creemos que este argumento no es suficiente para aplicar la regulación del Código Civil con preferencia a la legislación autonómica, ya que las competencias sobre estas materias pertenecen a las Comunidades Autónomas en virtud del artículo 149.1.18 CE. Deberían aplicarse los preceptos análogos de los derechos civiles propios, teniendo en cuenta las reglas de prelación de las leyes en un Ordenamiento Jurídico complejo. La Audiencia Provincial de Baleares opina de igual forma en un caso similar. El supuesto que analiza es un conflicto de leyes entre el Código Civil y el Derecho Foral balear y la Audiencia apoya la aplicación del Derecho Civil propio porque «la interpretación contraria nos llevaría al absurdo de que a un mallorquín, que se casa con una francesa, en Argel, no se le aplique el Derecho mallorquín, ni el francés ni el argelino, sino el castellano; lo cual sólo se puede entender desde la óptica de la prevalencia del fuerte, propia de la época de la malquerencia y expresamente contraria a los mandatos de respeto hacia los Derechos Forales de los artículos 12.2 y 13 (siempre en la versión vigente en 1948) del Código Civil. Efectivamente, la aplicación al supuesto de autos del artículo 1.325 del Código Civil implicaría un menoscabo de unas normas específicas de protección de los Derechos Forales, cuando el propio Código, como decimos, solemniza el respeto de los Derechos Forales en toda su integridad y completa tal respeto, decretando que el Código sólo regirá, en los territorios aforados, supletoriamente en defecto de norma foral» (133).

### 1.2.1. De la partición por el testador

Una vez analizada la cuestión sobre la remisión expresa al Código Civil, debemos examinar la partición *originaria*, es decir, la procedente de la voluntad del causante. En el testamento, el *de cuius* ordena la partición de finca

---

(131) Artículo 149.3 CE *in fine*.

(132) Actualmente sería el 464-5 del Proyecto de Llibre IV.

(133) SAP Baleares, núm. 428/2002 (Sección 5.ª), de 15 de julio, AC 2002/1422.

«X» dando lugar a dos fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo. CAMPO GÜERRI señala que «es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que la partición realizada por el testador, como la que practique el contador partidor, puede inscribirse directamente, aunque no conste la aceptación de la herencia» (134). En este caso no podría realizarse porque, según el artículo 24 de la Ley 19/1995, estaríamos ante una partición nula (135). Con excepción de lo comentado, la regulación de la partición en el Codi de Successions de Cataluña no se diferencia mucho de la contenida en el Derecho estatal, ya que, como afirma DEL POZO CARRASCOSA, «es directamente tributario del Código Civil en materia de partición: una buena parte de los artículos del CS es una simple traducción o resumen de los correspondientes artículos del Código Civil» (136).

Sobre la posibilidad de que el testador pueda efectuar una partición de la herencia, la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de septiembre de 1998 (137) afirmaba que «[e]l artículo 1.056 del Código Civil, totalmente de acuerdo con la tradición jurídica española, faculta al testador para realizar él mismo la partición hereditaria, otorgándole amplias posibilidades para ello, pero siempre con absoluto respeto a las legítimas. Pero, ahora bien, no toda disposición del testador realizada sobre bienes hereditarios puede estimarse como una auténtica partición hereditaria. Y para delimitar la cuestión existe una «regla de oro», consistente en que la determinación de una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones —inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes—, pero cuando, así, no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione [...]» (138). Respecto a esta cuestión, VALLET DE GOYTISOLO afir-

---

(134) CAMPO GÜERRI, Miguel-Ángel, *Cláusulas particionales y dispositivas establecidas por el causante*, pág. 28. Trabajo realizado con objeto de una conferencia en el Colegio Oficial de Abogados de Barcelona, el 10 de mayo de 2007. Documento electrónico consultado el 11 de junio de 2007: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/CLAUSULAS PARTICIONALES DISPOSITIVAS DEL CAUSANTE.DOC>.

(135) Cfr. VERDAGUER Y GÓMEZ, Segismundo, «Ley de Modernización de las Explotaciones...», *op. cit.*, pág. 122. VERDAGUER Y GÓMEZ afirma que el artículo 24.2 de la Ley 19/1995 «se complementa con la imposición de la obligación, en el número 3, de que incluso en la partición de la herencia debe evitarse la contravención».

(136) DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, «La inexactitud de la partición en el Codi de Successions per causa de mort en el Dret Civil de Catalunya», en *La Notaría*, núm. 4/1998, abril de 1998, pág. 17.

(137) Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Comentario a la sentencia de 7 de septiembre de 1998», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 49/1999, enero-marzo de 1999, págs. 189-196.

(138) STS núm. 805/1998 (Sala de lo Civil), de 7 de septiembre, *RJ* 1998/6395.

ma que «[l]a diferencia que media entre dividir la herencia y predeterminar algunos aspectos de la partición es muy honda», aunque señala que la distancia que los separa es muy estrecha, pues «con una visión superficial podría no distinguirse la profunda sima que los separa» (139). En el caso de que el testador no hubiera procedido a realizar las citadas operaciones particionales, las supuestas manifestaciones no pasarían de ser unas normas generales o indicaciones a tener en cuenta en la verdadera y efectiva partición testamentaria. Por tanto, estas indicaciones no estarían afectadas por la nulidad que predica el artículo 24 de la Ley 19/1995, en sus apartados 1.º y 3.º Si, efectivamente, hubiera realizado una partición, debemos entender que la nulidad misma no afectaría al resto del negocio jurídico (institución de heredero, disposición de legados, etc.), sino que únicamente debería circunscribirse en la esfera de la cláusula particional, prevaleciendo el resto del testamento en aplicación del principio del *favor testamenti* (140). Por tanto, la solución que se ofrecería ante la nulidad de la partición efectuada por el testador sería la aplicación del 1.062 del Código Civil o su correspondiente de Derecho Civil propio (141).

---

(139) VALLET DE GOYTISOLO, Juan, «Artículo 1.056», en ALBALADEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 1.035 a 1.087 del Código Civil*, Tomo XIV, Vol. 2.º, 2.ª ed., Ed. EDESA, Madrid, 1991.

(140) La DGRN ya manifestó en su Resolución de 26 de septiembre de 1904 (*Gaceta de Madrid*, núm. 280, de 8 de octubre de 1904, pág. 97) que «en materia de testamentos, las faltas que los invalidan no engendran necesariamente su nulidad, único supuesto en que da la *falta insubsanable*, con las consecuencias jurídicas que establece el artículo 65 de la Ley Hipotecaria». La aplicación de estos principios de conservación del negocio no conlleva necesariamente una convalidación del testamento, ya que, como señala VAQUER ALOY, el «principio *favor testamenti* no tiene eficacia sanadora o convalidadora del testamento, que es nulo por defectos formales, por falta de capacidad, por vicios de la voluntad o por contenido extralimitado [...] Si el testamento está afectado por una causa de nulidad, no cabe ni ampararse en el *favor testamenti*, ni tampoco en la *benigna interpretatio*». Cfr. VAQUER ALOY, Antoni, *La interpretación del testamento*, Ed. Cálamo, Barcelona, 2003, pág. 60. En nuestro caso, sin embargo, la cuestión que se analiza es que la nulidad únicamente se predica sobre una cláusula: la particional que afecte a una finca rústica dando lugar a diferentes parcelas inferiores a la UMC. El testamento puede incluir otras cláusulas como otorgamiento de legados, reconocimiento de hijos, asignaciones concretas de bienes a causahabientes, etc. Por tanto, debe considerarse como no escrita la cláusula particional, sin que ello afecte a la eficacia del resto del negocio de última voluntad y aplicando en su defecto la previsión legal del artículo 24.2 LMEA. CASANUEVA SÁNCHEZ señala de entre los principios de conservación del negocio jurídico testamentario, el principio *utile per inutile non vitiatur*: «en el sentido de que la parte de la declaración afectada por el vicio decae en su validez, mientras que la que no lo está la conserva y puede desplegar los efectos que lo sean propios, siempre que el resultado no sea contrario a la Ley, la moral o la voluntad de las partes». Cfr. CASANUEVA SÁNCHEZ, Isidoro, *La nulidad parcial del testamento*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, pág. 100.

(141) V.gr., artículo 49 CS.

### 1.2.2. De la partición por los herederos

La partición procedente de ejercitar la acción de división de la herencia, en un supuesto de sucesión intestada o en el caso de la testada —cuando el causante no hubiera previsto la eventualidad de la partición—, en condiciones normales permitiría que una finca fuera dividida entre los diferentes herederos. Sin embargo, para evitar esta perjudicial práctica que en tiempos pasados ocasionó la ruina de la explotación agropecuaria dando lugar a fincas cada vez más menguadas y antieconómicas, la Ley 19/1995 actúa con el mismo criterio que el establecido con la partición por el testador. De esta manera, salvo que existiera pacto entre los coherederos que evitara la división de fincas, adjudicándose lotes cada uno de ellos, se aplicarían las reglas sobre indivisión de la cosa común contenidas en el Código Civil (142). La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo señala que el derecho a «ejercitar la facultad que confiere el artículo 400 del Código Civil en orden a la división material de la cosa poseída en común, no se configura cuan [sic] un *derecho incondicional y absoluto*, toda vez que el propio texto legal se encarga de establecer ciertas limitaciones a semejante división, concretamente, en los artículos 401, 404 y 1.062 (143), aplicable este último en virtud de la remisión que efectúa el artículo 406, cuyos límites son expresión, respectivamente, de la concurrencia de alguno de los siguientes presupuestos fácticos: inservibilidad para el uso a que estuviera destinada, indivisibilidad esencial y gran desmerecimiento» (144). De esta manera, la LMEA intenta, con la imposición de estos límites, evitar un desmerecimiento de la finca que implique una menor rentabilidad (145).

---

(142) Esta remisión al Código Civil tiene carácter provisional para aquellas Comunidades Autónomas con legislación foral, ya que en el momento en que dicten su normativa de desarrollo deben adecuar la remisión a sus propias legislaciones en materia de sucesiones. En el caso especial de Cataluña, que en la actualidad cuenta con un precepto que regula este supuesto (art. 49 CS) debería aplicarse éste con preferencia al del Código Civil.

(143) El artículo 1062.2 del Código Civil establece que cuando una cosa sea indivisible, basta con que cualquiera de los coherederos solicite la venta en pública subasta. Sin embargo, esta circunstancia implicará, como afirma DE BARRÓN ARNICHES, que la finca pueda acabar «en manos de un sujeto no profesional de la agricultura, perdiendo por ello toda posibilidad de crecimiento y rentabilidad futura». Vid. DE BARRÓN ARNICHES, Paloma, «El régimen de indivisibilidad de las Unidades Mínimas de Cultivo en la Ley 19/1995, de 4 de junio, de modernización de las explotaciones agrarias», en *Anuario Jurídico de La Rioja*, Ed. Diputación General de La Rioja y Universidad de La Rioja, núm. 3, año 1997, pág. 190.

(144) STS núm. 675/1998 (Sala de lo Civil), de 2 de julio, F.J. 3.º, *RJ* 1998/5212.

(145) V.gr. El desplazamiento que debe hacer el agricultor desde sus almacenes con el tractor sería el mismo, sin embargo la rentabilidad que extraería sería menor. El gasto fijo sería idéntico, pero el resultado sería inferior.

La Audiencia Provincial de Cantabria (146) analizó un supuesto en que el único bien de la herencia era una finca rústica. En primer lugar, los herederos pretendieron practicar la partición de la herencia a través de una división material del fundo, sin embargo la Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca resolvió que no era susceptible de división porque daba lugar a fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo. Una de las herederas, con un porcentaje superior sobre el resto, solicitaba que se le adjudicase a ella una superficie equivalente a la de su cuota, ya que resultaba superior a la UMC, y el resto de herederas continuasen ostentando la titularidad pro-indiviso en la finca matriz. La Audiencia Provincial resolvió acerca de esta petición que «[dicha] solicitud [...] choca frontalmente con el espíritu de la *actio communi dividundo*, que lo que persigue es la disolución del proindiviso con adjudicaciones concretas a cada comunero». Añade que «[...] si una cosa es indivisible real o jurídicamente, sólo cabe la subasta con licitadores extraños en caso de que los copartícipes no llegaran a un acuerdo, cosa que en esta litis no se ha solicitado, ni siquiera de forma subsidiaria».

## 2. LA DOCTRINA DE LA DGRN EN ORDEN A LAS FINCAS INFERIORES A LA UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO

Analizados los supuestos legales que la Ley 19/1995 prevé para la nulidad de las transmisiones de fincas, debemos examinar la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado que produce que el número de supuestos se amplíe. La calificación de los registradores a la hora de inscribir el título en el Registro de la Propiedad implica la adecuación de los documentos presentados a la doctrina de la DGRN.

### 2.1. *Venta a copropietarios*

La regulación del contrato de compraventa en el Código Civil no incluye la posibilidad expresa de que pueda existir más de un comprador en el mismo contrato, se refiere al «vendedor» o al «comprador», por estar ya comprendida tal posibilidad en la regulación general de las obligaciones (147). GARCÍA CANTERO utiliza el inciso del artículo 1.514 del Código Civil (148) para afirmar que «[l]as personas individuales pueden contratar aislada o conjun-

---

(146) SAP de Cantabria, núm. 375/2003, Sección 2.ª, de 22 de julio de 2003, *EDJ* 2003/197265 (F.J. 2.º y 3.º).

(147) «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación...» (art. 1.137 CC).

(148) «Cuando varios, conjuntamente y en un solo contrato, vendan una finca indivisa con pacto de retro...» (art. 1.514 CC).

tamente» (149) en el contrato de compraventa. Sin embargo, la DGRN rompe esta regla general cuando el objeto de la compraventa es una finca inferior a la UMC y la parte vendedora la conforman dos o más personas. El artículo 400 del Código Civil establece que ningún copropietario está obligado a permanecer en comunidad, pero afirma que «será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado» siempre «que no exceda de diez años», si bien este plazo «podrá prorrogarse por nueva convención» (150). La sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de mayo de 1958, manifestaba la imposibilidad de realizar un pacto de indivisión con una duración indefinida: «en cumplimiento de una norma de inexcusable observancia, que por ser de derecho necesario domina la voluntad contraria de las partes, saca las conse-

---

(149) GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Artículo 1.445», en ALBALADEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 1.445 a 1.541 del Código Civil*, Tomo XIX, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. EDESA, Madrid, 1991, pág. 23.

(150) El Code Civil Francés permite a los condóminos «s'ils y consentent tous, [...] convenir de demeurer dans l'indivision» y «pour une durée déterminée qui ne saurait être supérieure à cinq ans. Elle est renouvelable par une décision expresse des parties». Vid. artículos 1.873-2 y 1.873-3 del Code Civil. Sobre su aplicación práctica en la Jurisprudencia Civil francesa consultar, a modo de ejemplo, la sentencia de la Cour de Cassation, Chambre civile 1, de 3 de octubre de 2000, núm. de pourvoi: 97-16036. REBOUL-MAUPIN recuerda que en el ordenamiento jurídico francés, la indivisión también «est une situation précaire prévue à l'article 815, alinéa 1er du Code civil [...] La précarité demeure le principe, ce qui permet à tout indivisaire de provoquer le partage à tout moment et de ne pas engendrer une paralysie conduisant à la dévalorisation du ou des biens indivis. Pour autant, ce principe connaît un tempérament: me maintien forcé de l'indivision. Issu parfois d'une convention, le maintien forcé de l'indivision peut encore résulter de trois hypothèses». Aunque en el caso de las explotaciones agrícolas, entendidas como entidades complejas que reúne un conjunto de elementos dedicados a la actividad agrícola —fincas, aperos, ganado, etc.— tienen una regulación especial sobre «le maintien en indivision» (art. 815-1 al. 4 Code Civil). Cfr. REBOUL-MAUPIN, Nadège, *Droit des biens*, Ed. Dalloz, París, 2006, pág. 313. Sobre la precariedad y provisionalidad de esta situación de indivisión, puede consultarse: MALAURIE, Philippe, y AYNÉS, Laurent, *Les biens*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Defrenois, París, 2005, págs. 209-210, y ZENATI, Frédéric, y REVET, Thierry, *Les biens*, 2.<sup>a</sup> ed., Presses Universitaires de France, París, 1997, pág. 281. ATIAS afirma que el pacto de indivisión no puede ser perpetuo y tampoco superior a cinco años. Vid. ATIAS, Christian, *Les biens*, 7.<sup>a</sup> ed., Ed. Litec, París, 2003, pág. 160. Sobre la duración del pacto de indivisión es extensamente tratado por la doctrina francesa, de esta manera pueden consultarse las siguientes obras: CARBONNIER, Jean, *Les biens: monnaie, immeubles, meubles*, 18.<sup>a</sup> ed., Ed. Presses Universitaires de France, París, 1998, págs. 138-139; CARBONNIER, Jean, *Droit Civil*, Vol. II, Col. Quadrige Manuels, Presses Universitaires de France, París, 2004, págs. 145 y sigs.; GUIHO, Pierre, y ROBERT, André, *Les biens*, Ed. L'Hermès, Lyon, 1994, pág. 84; MARTY, Gabriel, y RAYNAUD, Pierre, *Les biens*, Ed. Sirey, París, 1980, págs. 90-93; MAZEAUD, Henri, Pierre y Jean, y CHABAS, François, *Biens: droit de propriété et ses démembrements*, 8.<sup>a</sup> ed., Ed. Montchrestien, París, 1994, pág. 44 y sigs.; SCHILLER, Sophie, *Droit des biens*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Dalloz, París, 2005, pág. 229; SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des biens*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Litec, París, 2004, pág. 140; SIMLER, Philippe, *Les biens*, 3.<sup>a</sup> ed., Ed. Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2006, págs. 141-142; TERRÉ, François, y SIMLER, Philippe, *Droit Civil: les biens*, 7.<sup>a</sup> ed., Ed. Dalloz, París, 2006, págs. 486-487, y TESTU, François Xavier, *L'indivision*, Ed. Dalloz, París, 1996, pág. 112.

cuencias del párrafo primero, artículo 400 del expresado Código, frente a un plazo de duración indefinido que por serlo, *queda fuera de la previsión excepcional del segundo párrafo del artículo 400 del propio Código*» (151). La DGRN utiliza esta limitación temporal establecida en los pactos de indivisión de la finca para impedir la inscripción de estas transmisiones. Al finalizar el plazo de los diez años, los comuneros pueden convenir nuevamente el pacto de conservar la cosa indivisa y así sucesivamente (152), sin que se pueda superar el plazo de diez años, aunque algún autor afirma que únicamente puede realizarse una única prórroga (153).

Esta figura también se encuentra recogida en el Derecho Civil especial. El nuevo Libro V del Código Civil de Cataluña establece que los copropietarios pueden pactar la indivisión de la propiedad por un plazo que no puede ser superior a los diez años. El propio artículo 552-10.2 CCCat recuerda que el acuerdo debe alcanzarse por unanimidad. Sin embargo, la regulación del pacto de indivisión en Cataluña se distingue de la redacción del Código Civil, en que la catalana no permite prórrogas (154). El texto no hace mención a

---

(151) *RJ* 2482/1958, Considerando 4.º

(152) Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Artículo 400», en ALBALADEJO, Manuel (dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 392 a 429 del Código Civil y Ley sobre Propiedad Horizontal*, Tomo V, Vol. 2.º, 1.ª ed., Ed. EDESA, Madrid, 1985, pág. 464.

(153) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 341 y sigs. En la misma línea, cfr. PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo III, vol. II, 2.ª ed., Ed. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1979, pág. 37. PUIG BRUTAU señala que, transcurrida la prórroga, la solución que se presenta es que «los hasta entonces condueños, pueden transformar la comunidad en sociedad», vid. PUIG BRUTAU, José, «Fundamentos de Derecho...», *op. cit.*, nota 38, pág. 38. MEDINA DE LEMUS plantea la misma solución que PUIG BRUTAU, ya que considera más «conveniente» convertir la copropiedad en alguna clase de sociedad mercantil u «otro tipo de entidad». MEDINA DE LEMUS se une a esta vertiente que considera que el pacto de indivisión no puede estar sujeto a prórrogas indefinidas, dada la naturaleza «antieconómica, provisional y temporal» de la comunidad de bienes. Vid. MEDINA DE LEMUS, Manuel, «De la comunidad de bienes», en RAMS ALBESA, Joaquín, *Comentarios al Código Civil*, Tomo III, Ed. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pág. 344. CAPILLA RONCERO opina que a pesar de que este sector mantiene que sólo se puede realizar una única prórroga, salvo la interpretación «meramente literalista [...] no hay argumentos serios» en contra de las sucesivas prórrogas. Vid. CAPILLA RONCERO, Francisco, «La comunidad de bienes», en LÓPEZ, A.; MONTÉS, V. L. y ROCA, E. (dir.): *Derecho Civil. Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª ed., Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2001. Asimismo, SIERRA GIL DE LA CUESTA señala que la situación tiene visos de aclararse con la Resolución de la DGRN, de 30 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987/6579), ya que la DGRN se manifiesta favorable a las prórrogas sucesivas: «que si bien [el art. 400.2.ª CC] rechaza el pacto de indivisión por más de diez años, admite la indivisión por período superior mediante sucesivos pactos». Vid. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, «Artículo 400», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coord.): *Comentarios al Código Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 291.

(154) El texto definitivo se diferencia del Anteproyecto de Llibre V del Codi Civil de Catalunya en que éste preveía la posibilidad de realizar una única prórroga por cinco

ello y la dicción «que no pot superar els deu anys» del artículo en cuestión, nos lleva a indicar que no puede existir otra interpretación (155). Por lo que respecta a la regulación del pacto de indivisión en Navarra, tampoco se prevé la posibilidad de realizar prórrogas. A pesar de esta circunstancia, la situación difiere por el amplio marco temporal que la legislación foral permite. Como recuerda ABELLA RUBIO, debe tenerse en cuenta que el Fuero Nuevo de Navarra (156) establece que «la exclusión de la división por pacto de los comuneros puede ser de hasta noventa y nueve años» (157), superando incluso el relevo generacional. Finalmente, cabe reseñar que el Derecho Civil aragonés no recoge específicamente la figura de la comunidad de bienes y el pacto de indivisión como tal en su Ordenamiento Jurídico; aunque sí regula la copropiedad entre coherederos en la legislación sobre sucesiones. En ella se permite a los causahabientes establecer un pacto de indivisión por un máximo de quince años, que puede prorrogarse sucesivamente sin superar este límite temporal en cada periodo (158).

---

años: «Article 552-11.2. Transcorregut el termini, es pot pactar novament la divisió per un únic període que no pot excedir els cinc anys». OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA - SECCIÓ DE DRET PATRIMONIAL: «Treballs preparatoris dell libre cinquè del Codi Civil de Catalunya. “Els Drets Reals”», Ed. Generalitat de Catalunya (Departament de Justícia i Interior), Barcelona, 2003, pág. 137. Esta opción ya no se recogía en el Proyecto remitido por la Generalitat de Catalunya al Parlament (art. 552-9.2 del Proyecto). Cfr. *Bulletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 216, de 5 de setembre de 2005, pág. 26.

(155) El artículo 552-10.3 CCCat introduce como novedad la posibilidad de que la autoridad judicial, sin el concurso de los demás partícipes y de forma razonada, pueda imponer un régimen de indivisión no superior a cinco años, si la división puede afectar a un incapaz o a un menor de edad. No se prevé tampoco aquí la posibilidad de repetición de la medida.

(156) Vid. Ley 374.2.º del Fuero Nuevo de Navarra: «El pacto de renuncia temporal a la acción divisoria es válido y obliga no sólo a los copropietarios, sino también a sus causahabientes; no obstante, podrá ser dejado sin efecto por la decisión del Juez fundada en la falta de utilidad de la indivisión. Lo mismo valdrá cuando el que ha constituido la propiedad pro indiviso declare su voluntad de que aquélla permanezca sin dividir. Se considerará temporal la indivisibilidad cuando no exceda de noventa y nueve años».

(157) ABELLA RUBIO, José María, *La división de la cosa común en el Código Civil*, 2.ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 190.

(158) Artículo 50 LSA. 1. Todo titular de una cuota en una herencia o porción de ella tiene derecho a promover en cualquier tiempo la división de la comunidad. / 2. No obstante, el disponente podrá ordenar que tanto respecto a la herencia como a bienes concretos de ésta no se proceda a la partición durante un tiempo determinado, que no podrá exceder de quince años a contar desde la apertura de la sucesión, o por el tiempo en que los bienes estén sujetos al usufructo del viudo. Igualmente, los partícipes podrán convenir unánimemente la indivisión por un plazo máximo de quince años. En ambos casos, podrá prorrogarse la indivisión por acuerdo unánime de los partícipes por término que, cada vez, no sea superior a quince años. / 3. Aunque haya prohibición o pacto de indivisión, el Juez puede autorizar la partición a instancia de cualquier partícipe si concurre una justa causa sobrevenida.

GODOY DOMÍNGUEZ afirma que el pacto de indivisión «no supone el mantenimiento de la comunidad, sino tan sólo la imposibilidad de pedir la división de la cosa; permaneciendo intacto el derecho de cada comunero a salir de aquélla mediante la transmisión de su cuota. De manera que lo cedido al tercero será la posición del comunero en la comunidad y esa posición, en el caso de existir el pacto, no incluye la facultad de pedir la división» (159).

La doctrina de la DGRN, repetida en diferentes resoluciones (160), afirma que «la compatibilidad entre la persistencia de una comunidad sobre el todo y la atribución a cada propietario de un derecho permanente de uso exclusivo sobre una parte suficientemente determinada de aquél, exige que estas partes carezcan de la autonomía física y económica que les impida ser reputados como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, pues, en otro caso» y la atribución a diferentes compradores de una finca rústica, según sus propias cuotas ideales implica «una verdadera división, cualquiera que sea la denominación elegida o el mecanismo jurídico bajo el que pretende encubrirse», dada la «prohibición del pacto de indivisión por más de diez años».

Por ello, esta teoría entiende que la venta de una finca rústica a diferentes compradores en cuotas de participación «indivisas» tiene como finalidad oculta realizar un acto de parcelación vetado por las leyes (161). El Justicia

---

(159) GODOY DOMÍNGUEZ, Luis A., «El carácter personal o real del pacto de indivisión», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 627, marzo de 1995, pág. 611.

(160) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de junio de 2000; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de junio de 1999, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 184, de 3 de agosto de 1999, págs. 28882-28884; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de octubre de 1999, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 269, de 10 de noviembre de 1999, págs. 39224-39226. Erróneamente algunas de estas Resoluciones argumentan su exposición aplicando el artículo 428 del Código Civil, siendo el artículo 400 quien establece la limitación temporal de diez años en el pacto de conservación de la cosa indivisa.

(161) Recordemos que la DGRN ha declarado que incluso las divisiones de fincas rústicas que den lugar a fincas superiores a la unidad mínima de cultivo requieren de la declaración municipal de innecesariedad de la licencia para dividir. La Resolución de 15 de junio de 2005 resolvía un caso en que se pretendía la inscripción en el Registro de la Propiedad de Vera una escritura de división, donación y compraventa por la que una finca rústica, sita en la Comunidad Autónoma de Andalucía, se dividía en siete parcelas, todas ellas de regadío y de mayor superficie que la unidad mínima de cultivo, que se donaban y vendían a determinadas personas. El Notario autorizante recurrió entendiendo que no era de aplicación el artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, sino el 79, y que por tanto no era necesaria la licencia. La DGRN desestimó el recurso y manifestó que «[e]l artículo 259.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, aplicable a la Comunidad Autónoma de Andalucía por Ley de su Parlamento 1/1997, de 18 de junio, se refiere a toda clase de terrenos, tanto rústicos como urbanos, razón por la cual está plenamente justificada la exigencia del Registrador». Vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 15 de junio de 2005, en *Boletín Oficial del Estado*, núm. 197, de 18 de agosto de 2005, págs. 28820-28821.

de Aragón analizó un caso en el que un matrimonio agricultor vendía un terreno a diferentes compradores en un mismo acto. A este negocio jurídico se le aplicó la misma teoría que sigue la DGRN: la venta a dos o más compradores de un terreno rústico implica un acto de parcelación ilegal y por tanto es nula. Los vendedores recurrieron al Justicia de Aragón para conocer el porqué de la imposibilidad de venta y las responsabilidades que pudieran recaer sobre el Notario autorizante al no advertirles de esta circunstancia. Gracias a la extensa documentación que obra en su expediente y por el interés práctico que posee pasamos a analizarlo con detalle.

### 2.1.1. Análisis del supuesto de hecho

#### a) Exposición del caso

Doña P. F. B., doña E. S. F. y su marido don R. B. M. vendieron un «campo regadío en término municipal de Pastriz (Zaragoza), Partida Cubera, llamado del Olmo, de cincuenta y siete áreas y veintiuna centiáreas, según el título, pero de reciente medición con una superficie de sesenta y ocho áreas y sesenta y cinco centiáreas», a varios compradores, en proporción proindivisa, mediante escritura pública otorgada ante el Notario don E. J. P., de Zaragoza, el 13 de enero de 1994. Esta finca estaba clasificada como suelo no urbanizable por las Normas Subsidiarias y Complementarias de Planeamiento de Pastriz y en el momento de la venta estaba siendo cultivada alfalfa. Don V. N. M. propuso su compra al propietario, agricultor jubilado de setenta y tres años, que aceptó debido a la poca rentabilidad que le podía dar. El Notario autorizante fue elegido por V. N. M. y se fijó el día y hora para acudir al despacho notarial. Allí los vendedores se encontraron con otras personas que pretendían también adquirir la finca junto al señor N. M., a lo que accedieron sin poner mayor reparo, «*pues nosotros ya habíamos decidido la venta de dicha finca por todo lo anteriormente expuesto de la edad, la salud de mi marido y así como mis hijos, que ninguno se dedica a la agricultura y residen todos ellos en Zaragoza*» (162). El precio convenido por la venta fue el de 116, 53 ptas./m<sup>2</sup>.

Doña E. O. F. vendió la finca en siete porciones indivisas. Tras la transmisión, los servicios autonómicos detectaron que se había producido una primera división material de la finca rústica original en cinco parcelas (163). Sin embargo, a fecha de 16 de enero de 1997, el registro de la titularidad catastral todavía no había sido modificado. Esta circunstancia nos indica

---

(162) Escrito de alegaciones presentado por E. O. F. el 2 de junio de 1997, *Expediente número 592/98 del Justicia de Aragón*.

(163) *Boletín Oficial de Aragón*, núm. 109, de 19 de septiembre de 1997, pág. 5216.

que la transmisión aún no habría sido inscrita en el Registro de la Propiedad (164). Una vez adquirida la finca, los compradores la dividieron en porciones inferiores a la UMC establecida en la OM 1958 (165), circunstancia que motivó la actuación de los Servicios de Disciplina Urbanística. Estos servicios incoaron expediente sancionador contra los vendedores por proceder a la venta de la finca en cuotas indivisas. En la Propuesta de Resolución del Instructor del Expediente Sancionador afirmaba que: «[e]sta situación ha sido propiciada por la interesada al vender la finca a varias personas, que en ningún momento manifestaron su intención de continuar con la explotación agrícola de la finca» (166). La parte vendedora alegó a esta propuesta afirmando que ésta no tenía la obligación de conocer si los adquirentes eran agricultores o no. La vendedora manifestaba que el hecho de que los compradores no fueran agricultores profesionales no podía suponer la privación de su derecho a comprar un terreno rústico. Además, recalca que la parte vendedora actuó de buena fe al aceptar al resto de co-compradores sin que el Notario autorizante «explic[ara], inform[ara] o advirti[era]» (167) al vendedor de las consecuencias de vender la finca a diferentes compradores a través de cuotas de participación. Finalmente, la Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo impuso una multa de 136.000 pesetas por infracción urbanística grave (168) a los vendedores por transmitir la finca a diferentes personas a través de cuotas de participación. La parte vendedora

---

(164) Como afirma MARTÍNEZ GARCÍA, la coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Territorial se comenzó a fraguar con la publicación del Real Decreto de 3 de mayo de 1980 y fue impulsada por la reforma de las Haciendas Locales en 1996, con la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, Eduardo José, «Relaciones Catastro-Registro», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 641, julio-agosto de 1997, pág. 1380. En la actualidad, proyectos como el GEOBASE (vid. Instrucción de la DGRN, de 2 de marzo de 2000, en *Boletín Oficial del Estado*, núm. 69, de 21 de marzo de 2000, pág. 11465), que permite el acceso virtual a un Catastro actualizado, refuerzan esta coordinación. Cfr. GÓMEZ PERALS, Miguel, «Relaciones entre el Registro de la Propiedad y el Catastro: ¿Coordinación?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 699, enero-febrero de 2007, pág. 93 y sigs.

(165) Servicio Técnico de Inspección y Disciplina Urbanística del Departamento de Ordenación Territorial, Obras Públicas y Transportes, de la D.G.A. informa que en la fecha de la compraventa, la unidad mínima de cultivo en regadío en el término municipal de Pastriz, venía fijada por la Orden de 27 de mayo de 1958 del Ministerio de Agricultura y era de cuatro mil metros cuadrados (4.000 m<sup>2</sup>). Cfr. Escrito del Servicio Técnico de Inspección y Disciplina Urbanística, del Departamento de Ordenación Territorial, Obras Públicas y Transportes, de la D.G.A. de 27 de agosto de 1998, *Expediente núm. 592/98 del Justicia de Aragón*.

(166) *Boletín Oficial de Aragón*, núm. 109, de 19 de septiembre de 1997, pág. 5216.

(167) Escrito de alegaciones de doña E. O. F. a la Propuesta de Resolución del Instructor del Expediente Sancionador, *Expediente núm. 592/98 del Justicia de Aragón*.

(168) Resolución de la Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo, de 16 de enero de 1998.

interpuso escrito, pero fue inadmitido al presentarlo fuera de plazo, sin embargo en la Resolución del Consejero Autonómico del Ordenación Territorial se afirma que: «[e]n cualquier caso, parece oportuno referirse al razonamiento utilizado por la interesada según el cual no intervino en la división de la finca, que se produjo como consecuencia de los actos constructivos ejecutados por los adquirentes. *A este respecto conviene señalar que lo que se imputa a doña E. O. F. es la venta de su finca en participaciones indivisas [...] Debe insistirse en que lo que se imputa y por lo que se sanciona a la recurrente es por la venta en participaciones de la finca de su propiedad*» (169). El 21 de diciembre de 1998, tras haber hecho efectivo el pago de la multa, la parte vendedora presenta escrito de queja ante el Justicia de Aragón que motiva la investigación.

#### b) Examen

Nuestro Ordenamiento Jurídico Civil reconoce el derecho de todo propietario de una finca rústica a enajenarla (170) a una pluralidad de adquirentes que, por el hecho de comprarla conjuntamente, pasan a ser titulares de la finca en «pro indiviso». Se aplica a los compradores el régimen de la comunidad de bienes, y así cada comprador contribuye en el precio según sus cuotas de participación o en partes iguales si no se expresa nada en el contrato. Como afirma el Justicia de Aragón, el hecho sancionado es *el hecho sancionado en el expediente concreto*, esto es, la «venta en pro indiviso de una parcela rústica» a varias personas sin relación entre ellas y que no eran agricultores.

En la práctica se está privando a los propietarios de fincas rústicas de vender su predio a terceros no profesionales de la agricultura cuando conformen una pluralidad de compradores. El Código Civil no prevé esta prohibición, aunque si la calificación del Registrador o de las Autoridades entienden que es una parcelación ilegal, el negocio jurídico de la compraventa podría convertirse en nulo en aplicación del artículo 6.3 del Código Civil. A este respecto, conviene recordar que el Tribunal Supremo ha manifestado de forma reiterada que «la sanción de nulidad del artículo 6.3.º del Código Civil, no se reputa aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas» (171). Además de la pretendida nulidad del contrato de compraventa, la

---

(169) Resolución del Excmo. Señor Consejero del Departamento de Ordenación Territorial, Obras Públicas y Transportes, de 15 de junio de 1998, Fundamento de Derecho Tercero, *Expediente núm. 592/98 del Justicia de Aragón*.

(170) Artículo 348 del Código Civil.

(171) SSTs de 13 de mayo de 1980, *RJ* 1980/1924; de 17 de octubre de 1987, *RJ* 1987/7293, de 26 de abril de 1995, *RJ* 1995/3257, y de 22 de julio de 1997, *RJ* 1997/

transmisión a través de una venta puede tener consecuencias negativas en el ámbito administrativo, como hemos visto en el presente caso.

La solución que podría proponerse para evitar la posible sanción administrativa sería la de que en la escritura de compraventa los compradores afirmasen y manifestasen su condición de agricultores y que se comprometieran a utilizar la finca rústica únicamente para fines agrarios (172). Sin embargo, en la práctica, el Registrador puede calificar negativamente la inscripción de la escritura pública por la teoría del pacto de indivisión. El negocio jurídico de compraventa, a mi entender, sería válido —siempre que se destinara a uso agrario—, ya que de él no se desprende una división material sino una convivencia en régimen de copropiedad. Este régimen no es extraño al Código Civil que lo regula en los artículos 393 y siguientes dentro de la institución de la comunidad de bienes.

## 2.2. *Transmisión de una cuota indivisa sobre finca rústica*

El Código Civil español dedica el Título III del Libro II a regular las situaciones de comunidad de bienes. De esta manera, el artículo 399 del Código Civil (173) permite que todo copropietario pueda enajenar la cuota (174) que

---

5807. Más recientemente, la AP de Barcelona se ha manifestado en este sentido: SAP de Barcelona, núm. 215/2005 (Sección 17.ª), de 22 de abril, F.J. 2.º, AC 2005/1072.

(172) La Audiencia Provincial de Burgos analiza un supuesto en el que se aplica una fórmula similar para evitar la nulidad de un negocio en virtud del artículo 24 LMEA. El Ayuntamiento de Cogollos vende un 1 por 100 de una finca rústica a Telefónica Móviles, S. A., estableciéndose como cláusula en el contrato de compraventa: «La finca adquirida ha de destinarse obligatoriamente, en el plazo de un año, a cualquier tipo de edificación o construcción de carácter permanente destinada a fines industriales distintos de los agropecuarios». La propia Audiencia Provincial afirma que «el origen y finalidad de esta cláusula o condición del contrato era posibilitar la segregación de fincas rústicas indivisibles por no alcanzar las resultantes o una de ellas la unidad mínima de cultivo, a fin de impedir que se destinen a usos agrarios fincas que no alcancen esa superficie mínima». La Audiencia Provincial considera válido este negocio, pero al no construirse en ella una edificación industrial afirma que: «[d]ebe entenderse por tanto que no se ha cumplido la condición de la compraventa de destinar la finca [...] a una construcción con fines industriales, condición de carácter esencial y consecuentemente procede de conformidad con lo previsto en el artículo 1.124 del Código Civil, la resolución del contrato pretendido por la parte actora». Vid. SAP de Burgos, núm. 368/2004 (Sección 2.ª), de 29 de julio, F.J. 2.º, Id. CENDOJ 09059370022004100297.

(173) Artículo 399 del Código Civil. Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad.

(174) Sobre la posibilidad de hipotecar la cuota indivisa de una finca que dispone el Código Civil y su posterior inscripción, vid. SALAS MARTÍNEZ, FRANCISCO, «Efectividad registral de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 399 del Código Civil», en

posee sobre la comunidad o sobre un determinado bien, dada la plena propiedad que tiene sobre dicha cuota. MIQUEL GONZÁLEZ señala que a «efectos de su tráfico —y a otros efectos también—, la cosa se divide en partes intelectuales, que se refieren, sin embargo, a la cosa corporal o, si se prefiere, al derecho que recae sobre esa cosa [...], pero no la dividen materialmente» (175). El sistema seguido por el Código Civil acoge la concepción romana de la comunidad por cuotas de partes ideales o abstractas que no tienen concreción material hasta el momento de la división. El propietario puede disponer libremente de la plena propiedad de su cuota abstracta (176). Como novedad, cabe reseñar que el *Llibre V del Codi Civil de Catalunya* (177) regula las situaciones de comunidad de bienes. En el caso de pretenderse una división material de la finca inferior a la unidad mínima de cultivo, se aplicaría el artículo 24 de la Ley 19/1995, siendo el acto nulo cuando no concurriera ninguna de las excepciones legales.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha reconocido en diferentes ocasiones que «[e]l artículo trescientos noventa y nueve del Código Civil lo que expresamente reconoce a cada copropietario es el derecho a la plena propiedad de su parte [...] pudiendo en consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla» (178). En consonancia con esta doctrina científica y jurisprudencial, la legislación hipotecaria recoge la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad una participación indivisa sobre una finca registral, o practicar una anotación preventiva de herencia en abstracto sobre determinada finca que forme parte del caudal relicto. MORA ALARCÓN lo corrobora afirmando que para la inscripción en «el Registro de la Propiedad de la participación ideal que tiene [...] no se requiere la concurrencia de los demás condueños» (179).

---

*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 288, mayo de 1952, pág. 347 y sigs. Sobre la posibilidad de que un partícipe pueda enajenar su cuota a un tercero, vid. RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, «Las minorías en el Derecho Civil», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 2003-01, enero de 2003, pág. 102; ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, *Venta de Cuota y Venta de Cosa Común por uno de los Comuneros en la Comunidad de Bienes*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 31.

(175) MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Artículo 399», en ALBALADEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 392 a 429 del Código Civil y Ley sobre Propiedad Horizontal*, Tomo V, Vol 2.º, 1.ª ed., Ed. EDERSA, Madrid, 1985, pág. 426. La cursiva es mía.

(176) Cfr. SOLER PASCUAL, Luis Antonio, «¿Cómo se regula el uso y disfrute de la cosa común en inmediata relación al artículo 394 del Código Civil? Foro abierto», en *Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho*, abril de 2007, Registro Digital EDB 2007/19243. Sobre el particular, cfr. VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *La comunidad de bienes en el Código Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 87.

(177) Artículo 552-3.1 CCCat. Cada cotitular pot disposar lliurement del seu dret en la comunitat, alienar-lo i gravar-lo.

(178) SSTS de 29 de abril de 1986 (EDJ 1986/2870), 26 de febrero de 1982 (EDJ 1982/1041), 11 de febrero de 1952 y 11 de abril de 1953.

(179) MORA ALARCÓN, José Antonio, *Comunidad de Bienes*, Edición del autor, Tarra-gona, 1991, págs. 38 y 39.

A pesar de este lógico razonamiento, la DGRN (180) ha declarado recientemente no inscribible la transmisión de una cuota de participación indivisa sobre una finca rústica, que ya constaba inscrita en el Registro. La Dirección General se ampara en la legislación urbanística para privar al adquirente de la inscripción de su título en el Registro. La Notario autorizante en el contrato de compraventa afirmaba, en sus alegaciones ante la DGRN, que no entendía que el Registrador de Medina-Sidonia hubiera calificado negativamente la inscripción de la escritura de compraventa de una porción indivisa «porque en la escritura calificada no se refleja el “uso individualizado” de una parte de terreno que pueda llevar a considerar la existencia de un acto revelador de parcelación ilegal, circunstancia ésta que exige el citado artículo» (181). El Registrador de Medina-Sidonia remitió a su suplente —el de Jerez de la Frontera— para que calificara la citada escritura, que también la consideró no inscribible. La Notario autorizante afirmaba que ambos Registradores «consideran “extradocumentalmente” (excediéndose del ámbito de la calificación registral que impone el art. 18 de la Ley Hipotecaria) que existe una segregación, porque de lo contrario no se comprende que se deniegue la inscripción en base a la aplicación de una norma reglamentaria que se titula expresamente “Divisiones y Segregaciones” o que se exija para inscribir “Licencia de parcelación o declaración de innecesariadad”». La consecuencia que resultaría de la negativa de la inscripción de esta venta estribaría en que toda participación indivisa que en su día accedió al Registro, y como tal, protegida (182) por los principios de la fe pública registral (183), ya no podría ser objeto de disposición alguna que pretendiera inscribirse registralmente.

---

(180) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 23 de julio de 2005, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 245, de 13 de octubre de 2005, pág. 33488.

(181) Este punto es importante porque de existir una asignación de uso concreto sobre la finca en la escritura de transmisión, la inscripción en el Registro de la Propiedad estaría vedado. Vid. artículos 78 y 79 del Real Decreto 1093/1997.

(182) Artículo 34 de la Ley Hipotecaria. ROCA-SASTRE señala la importancia del Registro de la Propiedad para «proteger al titular y con ello asegurar el tráfico jurídico inmobiliario». Vid. ROCA SASTRE, Ramón y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario*, 8.ª ed., Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 515. Cfr. JEREZ DELGADO, Carmen, «Tradición y Registro», *op. cit.*, págs. 275-276.

(183) Los datos inscritos en el Registro de la Propiedad deben proporcionar una garantía frente al comprador para proceder a efectuar transmisiones patrimoniales, ya que únicamente, tras el pago del precio, recibirá la escritura para poder inscribir a su nombre la finca y evitará la posibilidad de que el vendedor pueda volver a vender otra vez el predio rústico. GORDILLO CAÑAS, en la misma línea, afirma que: «[e]l buen orden del tráfico inmobiliario exige seguridad; y la publicidad, el instrumento que la sirve, es el medio para obtenerla. Merece la protección de la Ley quien, para adquirir, se deja guiar por lo que el Registro publica; mucho más cuando en torno a su adquisición los intereses en pugna son el de quien confiando en el Registro se acogió a él y el de quien, despreocupándose de registrar el suyo, hizo engañosa la publicidad». Vid. GORDILLO CAÑAS, Antonio, «El principio de fe registral (I)», en *Anuario de Derecho Civil*, abril de 2006, pág. 527.

La Resolución de la Dirección General no se pronuncia sobre estos extremos, sino que únicamente pone en relación el caso con el artículo 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (184). Según la DGRN, la aplicación de esta normativa no puede dar lugar a otra interpretación que no sea la restricción del acceso al Registro de la Propiedad de la inscripción de títulos en que se transmitan cuotas o participaciones indivisas.

Del examen de este artículo (185) se desprende que se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística, «aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno o de una acción o participación social, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte de terreno equivalente o asimilable». La DGRN señala que el control que Notarios y Registradores deben realizar en orden de solicitar la preceptiva licencia de innecesariedad son controles previos «que, por lo demás, tienen pleno encaje —reforzándolo— en el cometido que, en pro de la seguridad jurídica preventiva, Notarios y Registradores han de desempeñar». Teniendo en cuenta que no se trata de una división o segregación y que tampoco existe una asignación de la cuota con un uso individualizado sobre la finca, la DGRN interpreta que las transmisiones de cuotas indivisas sobre una finca rústica se incluyen dentro de la concepción de «actos reveladores de una posible parcelación urbanística» más amplia que la tradicionalmente empleada en el ámbito hipotecario (división y segregación)». La DRGN resuelve desestimar el recurso presentado al considerarse la asignación de uso o cuota pro indiviso de un terreno como una parcelación urbanística ilegal y como tal actuación es ilegal, vicia el negocio e impide la inscripción de su título en el Registro.

El problema que existe en este supuesto es que no se trata propiamente de una asignación de uso específico sobre una determinada porción de la finca rústica, sino la transmisión de una cuota indivisa que existía inscri-

---

(184) Ley 7/2002, de 17 de diciembre, del Parlamento de Andalucía, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

(185) Artículo 66.1 LEY 7/2002. 1. Se considera parcelación urbanística: a) En terrenos que tengan el régimen propio del suelo urbano y urbanizable, toda división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas, parcelas o solares. b) En terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que, con independencia de lo establecido en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos. En esta clase de suelo también se consideran actos reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno o de una acción o participación social, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte de terreno equivalente o asimilable a los supuestos del párrafo anterior. En tales casos será también de aplicación lo dispuesto en esta Ley para las parcelaciones urbanísticas en esta clase de suelo.

ta en el Registro de la Propiedad. Se ha dicho, en relación con esta resolución, que los Notarios deben tener muy en cuenta la legislación autonómica en materia urbanística a la hora de autorizar la venta de cuotas indivisas de fincas en suelo no urbanizable, en los que la «cuota se encontraba inscrita ya, al tiempo de la venta» (186). Esto es así porque este tipo de casos no se recogían en el Real Decreto 1093/97, «el cual no había tenido en cuenta todas esas nuevas formas de parcelación ilegal (venta de cuotas, acciones, participaciones, divisiones horizontales, etc...)». J. L. N. afirma que la Dirección General ha tenido que hacer un verdadero «“encaje de bolillos” al tratar de cohonestar la legislación autonómica en materia urbanística con el Real Decreto 1093/97». GÓMEZ TABOADA manifiesta que esta «enumeración de operaciones que, sin implicar de modo abierto una división de terrenos, sí pueden llevarla implícita; por no decir —y es más preciso— esconderla, soslayarla» (187), es la forma en que la Administración intenta atajar esta situación impidiendo el acceso al Registro de estos actos. Según este punto de vista, sería «[a]ctos o negocios que pueden disfrazar esa división» bajo la figura del «fraude de ley». Como afirma este autor, cada vez más las leyes autonómicas introducen estas restricciones declarando estos negocios «nulos de pleno derecho» (188).

GÓMEZ CLAVERÍA señala que desde una interpretación «estatalista» del artículo 79 del Real Decreto 1093/97, debe entenderse que únicamente «se refiere a divisiones o segregaciones, con independencia de la legislación urbanística autonómica», y por tanto esta disposición «no se[rí]a aplicable en caso de venta de participación indivisa de finca rústica». A pesar de que, según este autor, existen argumentos a favor de una interpretación «autonomista», afirma que es «relevante la orientación de la Dirección General en el sentido de que los requisitos de la inscripción *siempre se rigen por la legislación estatal* (art. 149.1.8 CE) con independencia de los requisitos que pueda establecer la ley autonómica aplicable al fondo» (189).

En esta línea, la pregunta que debemos realizar es si la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas puede llegar al punto de modificar: bien las transmisiones que pueden acceder al Registro de la Propiedad,

---

(186) JLN: «Venta de cuota indivisa de finca rústica, sin atribución de uso: Aplicación de la Normativa Urbanística e interpretación del artículo 79 del Real Decreto 1093/97. Resolución de 23 de julio de 2005, DGRN. BOE de 13 de octubre de 2005», en MERINO ESCARTÍN, José Félix, «Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Resoluciones de la Propiedad. DGRN. BOE de octubre de 2005*, núm. 35, octubre de 2005.

(187) GÓMEZ TABOADA, Jesús, «Resolución de 23 de julio de 2005», en *La Notaría*, núm. 22, octubre de 2005, pág. 168.

(188) Cfr. GÓMEZ TABOADA, Jesús, «Resolución de...», *op. cit.*, pág. 169.

(189) GÓMEZ CLAVERÍA, Pablo, «Resolución de 10 de octubre de 2005», en *La Notaría*, núm. 23-24, noviembre de 2005, pág. 395.

bien los caracteres generales de un contrato como el de compraventa (se impide la venta en la concurren una pluralidad de compradores).

En primer lugar, la STC 61/1997, de 20 de marzo, señala que la competencia para determinar los actos inscribibles en el Registro de la Propiedad (190), sus efectos y las operaciones registrales corresponde al Estado en virtud de la competencia exclusiva sobre ordenación de los Registros Públicos (191). Sobre este particular, LÓPEZ FERNÁNDEZ ha señalado que causa desconcierto «que, en algunas resoluciones (ni mucho menos en todas), los Registradores y la Dirección General acudan a la cita de Legislación autonómica pese a encontrarnos ante materias relacionadas con la ordenación de los Registros y de los Instrumentos Públicos, cuya ordenación se atribuye al Estado por el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la todavía vigente Constitución Española de 1978» (192). Todo ello, teniendo en cuenta que la DGRN es el órgano administrativo que debe garantizar que las calificaciones de los Registradores se adecúen a la correcta aplicación de la legislación. Así, la normativa encomienda a la Dirección General de los Registros y del Notariado la dirección e inspección de los Registros de la Propiedad Mobiliaria e Inmobiliaria, Mercantiles y Especiales y la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales en materia registral, resolviendo cuantas incidencias y consultas puedan surgir en su cumplimiento y aplicación (193).

Aunque el Tribunal Constitucional, en su sentencia 61/1997, señaló que las Comunidades Autónomas pueden determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, como bien señala LANZAS MARTÍN (194), corresponde al Estado fijar

---

(190) Artículo 149.1.8 CE.

(191) Cfr. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando, «Registro de la Propiedad y Ley del Suelo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698, diciembre de 2006, pág. 2322.

(192) LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel, «Apuntes de “jurisprudencia registral” (sobre las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado)», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 217, abril de 2005, págs. 172-173.

(193) Apréciase que actualmente la descripción de las funciones de la DGRN se encuentra en el Real Decreto 1475/2004, de 18 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, que establece en su artículo 4.1.b) que: «[l]a organización, dirección, inspección y vigilancia de las funciones de la fe pública notarial y las de naturaleza registral en las materias de la propiedad, bienes muebles y mercantiles, la evacuación de cuantas consultas le sean efectuadas sobre aquéllas, así como la tramitación y resolución de los recursos gubernativos contra los actos de los titulares del ejercicio de las citadas funciones». De esta descripción se ha suprimido la referencia explícita a la función de «vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales en materia registral», que sí aparecía en el Real Decreto 1882/1996, de 2 de agosto, sobre estructura orgánica básica del citado Ministerio, parcialmente modificado por el Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre; o en el Real Decreto 1474/2000, de 4 de agosto.

(194) Cfr. LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli, «Los conjuntos inmobiliarios y la licencia de parcelación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 697, septiembre de 2006, pág. 2118.

en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro. De esta manera, actualmente el Real Decreto 1093/1997 únicamente exige la licencia para aquellos actos que provengan de la división o segregación. Por consiguiente, aquéllos que no contuviesen alguna de estas operaciones (transmisión de cuota indivisa sobre finca rústica) deberían obtener una calificación positiva del Registrador de la Propiedad cuando se pretendiese su inscripción. Sin embargo, la DGRN ha declarado que éstos son conceptos jurídicos amplios y pueden contener actos encubiertos de división como este tipo de transmisiones (195).

Entendemos que no puede aceptarse esta interpretación analógica entre la transmisión de una participación indivisa, aún sin atribución de uso (196) con parcelación o división de terreno rústico, con la división y la segregación que establecen el artículo 259.3 TRLS y el artículo 79 del Real Decreto 1093/1997. Las inscripciones son calificadas negativamente y con carácter insubsanable; por ello podrían considerarse como actos sancionadores. En aplicación de los principios del derecho sancionador, debería tenerse en cuenta la prohibición de la interpretación extensiva y de la analogía *in malam partem* que vedan la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que en ellas mismas se determinan (197). La Audiencia Provincial de Cáceres señalaba el carácter coactivo de las normas contenidas en el artículo 24 LMEA, apartados primero y segundo, afirmando que «[c]onsecuentemente, el carácter prohibitivo de la norma se ofrece de forma patente e indiscutible, al igual que su naturaleza imperativa, por cuanto que sanciona con el efecto de la nulidad radical o absoluta (es decir, sin que produzcan efecto alguno) a los contratos en virtud de los cuales se dividan o segreguen fincas rústicas dando lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. *La norma tiene, pues, naturaleza de disposición coactiva,*

---

(195) Cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado, de 23 de julio de 2005, en *Boletín Oficial del Estado*, núm. 245, de 13 de octubre de 2005, pág. 33488.

(196) La nueva Ley del Suelo, que no ha derogado el artículo 259.3 TRLS según su Disposición Derogatoria Única *b*) y que entró en vigor el pasado día 1 de julio de 2007, introduce un nuevo matiz prohibiendo aquellas enajenaciones, «sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva». Vid. artículo 17.2.1 de la Ley 8/2007, de 29 de mayo, del Suelo. Anótese el gran parecido que posee con el artículo 66.1 de la Ley 7/2002 del Parlamento de Andalucía, sobre qué actos deben ser considerados como parcelaciones ilegales. Sin embargo, la Ley estatal goza de un mayor grado de concreción al establecer que se trata de atribución exclusiva del uso de una «porción o porciones concretas de la finca» frente a la dicción «*asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno o de una acción o participación social*» que aparece en la ley andaluza.

(197) SSTC 34/1996, de 11 de marzo; 127/2001, de 4 de junio; 170/2002, de 30 de septiembre, y 38/2003, de 28 de febrero.

*prohibitiva e imperativa, no definitiva de concepto alguno*» (198), por ello únicamente se refiere a los casos de contratos de división o segregación.

Por otro lado, la declaración de nulidad que opera en las transmisiones de cuotas indivisas podría excederse del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas y entrar en el ámbito vedado únicamente a la legislación estatal (199). Como afirma HERNÁNDEZ-GIL MANCHA respecto de la legislación autonómica, «la Ley autonómica transgrede el constitucional principio de reparto de competencias legislativas y la Ley estatal hace lo propio con aquélla, por la tendencia expansiva que es consustancial a cada esfera; y, finalmente, en la regulación tangencial del Registro de la Propiedad se prescinde de las limitaciones técnicas y adjetivas que le son inherentes y, por lo general, sin reparar —quién sabe si intencionadamente— en el instrumento público y la realidad notarial» (200). El razonamiento que fija la DGRN por influjo de la legislación urbanística autonómica implicaría que, a raíz de esta interpretación analógica de los preceptos del TRLS y Real Decreto 1093/97, ninguna disposición por cuotas, *inter vivos* o *mortis causa* (201), de una finca rústica, aunque no tuviera atribuido un uso individualizado, podría inscribirse en el Registro de la Propiedad.

En su sentencia de 13 de mayo de 1980, el Tribunal Supremo manifestó que en los supuestos de división de una finca rústica en la que operan los

---

(198) SAP de Cáceres, núm. 467/2005, Sección 1.ª, de 13 de diciembre de 2005, F.J. 3.º, EDJ 2005/232394. La cursiva es mía.

(199) La legislación civil, excepto en los regímenes forales, corresponde al Estado en virtud del artículo 149.1.8 CE.

(200) HERNÁNDEZ-GIL MANCHA, Juan Luis, «La división de fincas rústicas después del Real Decreto 1093/1997: el caso de Castilla y León», en *La Notaría*, núm. 6/2000, junio de 2000, pág. 79.

(201) El caso del legado de cosa cierta a dos o más legatarios es uno más de los supuestos que se encuentran comprendidos, por esta aplicación analógica, en los supuestos de división de un fundo rústico. Así, la consecuencia de interpretar de forma amplia el concepto de división y segregación hace que a la hora de inscribir el título en el Registro de la Propiedad, el Registrador requiera de licencia de innecesariedad para un número mayor de casos. La licencia que depende del arbitrio de la Administración estará fundamentada en la legislación urbanística, que como vimos en los ejemplos de Andalucía y Aragón, repudia a los actos de disposición a favor de diferentes personas. Entre ellos podríamos situar el legado de cosa cierta a favor de varios legatarios. La teoría del pacto de indivisión no cabría en este supuesto porque los adquirentes de la finca lo son por sucesión *mortis causa*, así que no hubo negociación con el causahabiente, aunque aquél pudo establecer una prohibición de división. A pesar de ello, pueden los legatarios llegar *a posteriori* a un pacto de conservar la cosa indivisa —con las consiguientes dificultades sobre el plazo de los mismos que el DGRN fija—. El problema se plantea a la hora de inscribir en el Registro la disposición. El artículo 882 del Código Civil establece que cuando el legado es de cosa específica y determinada, el legatario adquiere su propiedad desde que el causante muere y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte. Asimismo, en el artículo 267 CS establece que por la delación, el legatario adquiere de pleno derecho la propiedad de la cosa objeto del legado de eficacia real.

límites de la unidad mínima de cultivo debe tenerse en cuenta que «los preceptos del Código Civil, relativos a la división de la común, no están modificados o limitados por preceptos de carácter administrativo» (202). Este razonamiento, que debería ser matizado con la entrada en vigor de la Ley 19/1995, sería válido para aquellos supuestos que expresamente no se contemplan en la LMEA y que como en los casos analizados en este trabajo sufren de las mismas consecuencias jurídicas que los allí contemplados. En esta línea se manifiesta la Audiencia Provincial de Álava, al afirmar que la transmisión de una cuota indivisa de una finca rústica a diferentes personas bajo el régimen de copropiedad no constituye necesariamente una división material de la finca: «El objeto del contrato no es la división o segregación de la finca sino la adquisición de una participación indivisa de la misma y su elevación a escritura pública una vez se hayan pagado las cantidades fijadas en el convenio. El contrato establece una situación de copropiedad y no de división; estamos, por tanto, ante un contrato con un objeto *perfectamente válido y eficaz*, que no vulnera la normativa urbanística. El recurrente cita el artículo 20 de la Ley del Suelo que establece que en el suelo no urbanizable quedan prohibidas las parcelaciones urbanísticas, sin que, en ningún caso puedan efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, *precepto que nada tiene que ver con el caso que nos ocupa, el actor compró una parte indivisa de la finca, en el contrato [sic] no tiene por objeto la parcelación de la finca*, por tanto, no se vulnera la normativa urbanística mencionada en el escrito de recurso» (203).

### 2.3. *La inscripción ordenada por mandato judicial*

A continuación analizaremos la adquisición de la titularidad sobre una finca rústica inferior a la UMC no procedente de un acuerdo de transmisión entre el *tradens* y el *accipiens*. La Dirección General ha establecido una doctrina concreta sobre estas adquisiciones, haciendo necesario un comentario sobre las mismas, dada la frecuencia en la sociedad de éstas. Así, las acciones de retracto de un arrendatario sobre una finca rústica, la usucapión, la acción declarativa de dominio, entre otros recursos procesales, constituyen supuestos en que la jurisdicción ordinaria dilucida si el interesado puede adquirir la finca en propiedad y en su caso inscribirla a su favor en el Registro de la Propiedad.

---

(202) STS (Sala de lo Civil) de 13 de mayo de 1980, Considerando 3.º, *RJ* 1980/1924.

(203) SAP de Álava, núm. 79/2002 (Sección 2.ª), de 8 de abril, F.J. 3.º, *JUR* 2002/221072. La cursiva es mía.

### 2.3.1. El acceso de los documentos judiciales al Registro y su calificación: origen y evolución

El Registro de la Propiedad no es extraño al acceso de resoluciones judiciales (204) en sus libros, y así el artículo tercero de la Ley Hipotecaria permite que pueda ser inscrito el título traslativo o declarativo de dominio de un inmueble a través de un documento auténtico expedido por autoridad judicial. Asimismo, el artículo 257.1.º del Reglamento Hipotecario establece que «para que en virtud de resolución judicial pueda hacerse cualquier asiento en el Registro, expedirá el Juez o Tribunal, por duplicado, el mandamiento correspondiente, excepto cuando se trate de ejecutorias» (205).

CHICO Y ORTIZ afirma que el documento judicial «goza aparentemente de cierta dosis de protección ante la calificación jurídica, ya que ésta sólo puede concretarse a la competencia del Juzgado que dicta el acto inscribible, a la congruencia del mandato con el procedimiento, a las formalidades extrínsecas del documento y a los obstáculos que surjan del Registro» (206).

La normativa sobre calificación de los documentos judiciales se remonta a los primeros años de funcionamiento del sistema registral español. El 24 de noviembre de 1874 (207) se dictaba una Orden Presidencial por la que los Registradores de la Propiedad quedaban facultados para apreciar las formas extrínsecas de los títulos que se presentasen para su inscripción y para la cancelación de otros, y las intrínsecas que pudiesen afectar a las obligaciones ó derechos contenidos en los mismos (208). Esta Orden, que fijaba doctrina para el cuerpo de Registradores, se dictó tras examinar unos supuestos de la Dirección General del Registro Civil y de la Propiedad y del Notariado en los

---

(204) V.gr., Resoluciones por las que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia o el fallecimiento, entre otras (arts. 2 LH y 10 RH).

(205) Vid. para la relación de documentos judiciales que pueden acceder al Registro estudio, PAU PEDRÓN, Antonio, «Artículo 3», en ALBALADEJO, Manuel, y DÍAZ ALABART, Silvia (dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 1 a 17 de la Ley Hipotecaria*, Tomo VII, Vol. 3.º, EDERSA, Madrid, 1999, págs. 294-297.

(206) CHICO Y ORTIZ, José M.ª, «La calificación registral: Problemas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 488, enero de 1972, pág. 47.

(207) *Gaceta de Madrid*, núm. 330, año CCXIII, de 26 de noviembre de 1874, págs. 519-520.

(208) Vid. Resolución del Ministro de Gracia y Justicia, de 28 de enero de 1875, que establece Doctrina —«para que sirva de regla general en casos análogos»—, en que resuelve una duda planteada por el Registrador de la Propiedad de Orotava sobre si debía cancelarse por el transcurso del plazo la anotación suspensiva de un mandamiento librado por el Tribunal Superior del Territorio, sobre prohibición de venta de determinadas fincas rústicas. El Juzgado de Primera Instancia del partido entendía que el defecto estaba subsanado, «convirtiéndose en verdadera anotación la que tan sólo era preventiva», contra-riamente el Ministro entendió que debía cancelarse la anotación de oficio a pesar de tratarse de un mandamiento judicial, en este caso y en los venideros. Cfr. *Gaceta de Madrid*, núm. 29, año CCXIV, de 29 de enero de 1875, págs. 240-241.

que el Registrador de Jerez calificó negativamente cinco escrituras otorgadas por el Juez de Primera Instancia de Cádiz. En su expediente, la Dirección General afirmaba que «la competencia de los Registradores para calificar la validez de los documentos que se presentan a inscripción alcanza también a los actos en que interviene la autoridad judicial, porque además de que ningún artículo de la ley ni del reglamento prohíbe a los funcionarios de que se trata aquella calificación, se infringirían, por el contrario, si se les negase semejante facultad, varios artículos de la Ley Hipotecaria, entre ellos los que se refieren a la responsabilidad que contraen los Registradores al extender los asientos en el Registro» (209).

En la Exposición de Motivos del Real Decreto de 3 de enero de 1876 (210), por el que se establecía que los Registradores de la Propiedad calificasen bajo su responsabilidad los documentos expedidos por la autoridad judicial para los efectos de la inscripción o anotación de los mismos en el Registro, o la cancelación de algún asiento, se afirmaba que «al calificar los Registradores los documentos judiciales, en cumplimiento del deber que les impone la Ley Hipotecaria, no examinan los fundamentos de la sentencia, auto, providencia o diligencia cuya inscripción se solicita, sino que se limitan a examinar la naturaleza del mandato judicial y la del juicio o procedimiento en que ha recaído, para apreciar el carácter de los mismos y los efectos que las Leyes en cada caso atribuyen a dichos mandatos, así como lo que resulta de los libros del Registro a favor de un tercero que no ha sido parte en aquel juicio; calificación que en todo caso queda limitada a suspender o negar la inscripción del documento, y que no es definitiva, porque los interesados tienen facultad para recurrir a los mismos Tribunales en el correspondiente juicio o para entablar la vía gubernativa ante los superiores jerárquicos del Registrador en el orden administrativo» (211).

Se manifestaba que si los Jueces o Tribunales pretendiesen usar de su autoridad para obligar a los Registradores a practicar un acto que éstos consideran improcedente, «usurparían las atribuciones de estos funcionarios, con completo desconocimiento de la Ley Hipotecaria y de los recursos por ella establecidos» (212). De esta manera el Real Decreto en su artículo 1.º *in fine* establecía que los Jueces y Tribunales no podían obligar a los Registradores a inscribir su documento judicial, una vez calificado negativamente éste. De existir un defecto subsanable debía remitirse al Juzgado o Tribunal para que si lo estimasen, acordasen lo que procediera para desaparecer el defecto. Asimismo, si el defecto era insubsanable debía darse traslado a las partes y

---

(209) *Gaceta de Madrid*, núm. 330, año CCXIII, de 26 de noviembre de 1874, pág. 520.

(210) *Gaceta de Madrid*, núm. 8, año CCXV, de 8 de enero de 1876, págs. 57-58.

(211) *Gaceta de Madrid*, núm. 8, año CCXV, de 8 de enero de 1876, pág. 57.

(212) *Ibid.*

también al Ministerio Público en el caso de que los interesados fueran menores, incapacitados, el Estado o se tratase de asegurar las responsabilidades pecuniarias en un juicio criminal. Este Real Decreto preveía que ante la denegación o suspensión de la inscripción pudiera presentarse recurso gubernativo ante la Dirección General del Registro Civil y de la Propiedad y del Notariado, cuya resolución sería publicada en la Gaceta de Madrid.

La nueva Ley Hipotecaria de 1909 (213) incidió en la calificación de los documentos judiciales (214), extendiendo la calificación a la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, incluso los judiciales. La Dirección General fue interpretando y ampliando el ámbito de competencia de los registradores a la hora de calificar los documentos judiciales que se pretendían inscribir. De esta manera, la DGRN a la hora de analizar la negativa del Registrador de Tamarite de Litera a inscribir un testimonio de un auto de adjudicación de una finca rústica, dictó una Orden Resolutoria (215) por la que en su Considerando 2.º afirmaba que «los Registradores de la Propiedad se hallan facultados para calificar los documentos judiciales cuya inscripción o anotación se solicita, en cuanto haga referencia a la naturaleza del procedimiento y a la competencia del Juez o Tribunal que haya dictado u otorgado» (216).

Finalmente, la DGRN ha manifestado que es preciso que las Resoluciones judiciales deben ser firmes para poder acceder al Registro. En el supuesto analizado, en la Resolución de 18 de octubre de 1944 (217) afirmaba que no puede inscribirse el testimonio de un auto de adjudicación de una finca cuando consta que éste no es firme y pueden las partes presentar recurso oponiéndose al mismo. Sobre el particular, la DGRN afirma en su Considerando 6.º que «si bien es cierto, como tiene declarado este Centro, que, no obstante ser función peculiar del Registro la publicación respecto de tercero del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, tienen cabida en el mismo otras relaciones jurídicas que, sin revestir carácter real son representativas de reservas de derechos o de condiciones a que se sujetan los inscritos, tal doctrina no puede ampliarse a los casos como el discutido, en los que, por tratarse de una controversia ante los Tribunales, el Registrador, con una li-

---

(213) El artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1909 cambiaría la denominación de la Dirección General del Registro Civil, de la Propiedad y del Notariado a la que hoy día conserva.

(214) *Gaceta de Madrid*, núm. 112, año CCXLVIII, de 22 de abril de 1909, págs. 925-934.

(215) *Gaceta de Madrid*, núm. 55, años CCLXVII, de 24 de febrero de 1928, págs. 1257-1259.

(216) *Gaceta de Madrid*, núm. 55, años CCLXVII, de 24 de febrero de 1928, pág. 1259.

(217) *Boletín Oficial del Estado*, núm. 329, de 24 de noviembre de 1944, págs. 8879-8881.

mitada esfera de acción, debe observar escrupulosamente las reglas del procedimiento y consignar en el Registro la verdadera realidad jurídica en el momento oportuno, es decir, cuando la sentencia se encuentre en condiciones de ser ejecutada» (218). Recientemente, el Centro Director ha recordado esta doctrina a la hora de privar la inscripción de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sala administrativa, que declaraba nulo un procedimiento expropiatorio que conllevó la inscripción de nuevas titularidades en el Registro de la Propiedad (219).

### 2.3.2. Procedimientos judiciales que pueden repercutir en la unidad mínima de cultivo

A continuación analizamos algunos supuestos que, aunque no están comprendidos en los supuestos del artículo 24 de la Ley 19/1995, pueden derivar en una resolución judicial que implica la creación de una nueva finca inferior a la UMC.

#### a) Transmisión al arrendatario rústico de la finca a través de los derechos de adquisición preferente: la acción de retracto

La acción de retracto se recoge en el artículo 249.7.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (220) y se ejercita mediante la presentación de la correspondiente demanda (221) ante los tribunales de justicia ordinarios; su regulación para los arrendamientos rústicos se reintrodujo en 2005 (222) en el artículo 22 de la Ley de Arrendamientos Rústicos (223). Asimismo, hay que tener en cuenta que aquellos contratos concertados bajo la Antigua LAR de 1980 se regirán por las disposiciones sobre el particular de aquella Ley (224).

El propietario de una finca puede, dentro de sus facultades dominicales, ceder el uso de todo o parte de su predio mediante contrato de arrendamiento rústico. El artículo primero de la LAR establece que se podrá concertar

---

(218) *Boletín Oficial del Estado*, núm. 329, de 24 de noviembre de 1944, pág. 8881.

(219) Vid. Resolución de 7 de septiembre de 2004, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 262, de 30 de octubre de 2004, págs. 35936-35938.

(220) En adelante LEC.

(221) Cfr. VIEIRA JIMÉNEZ-ONTIVEROS, Emilio, *Comentarios a la Ley 49/2003, de Arrendamientos Rústicos: Normativa comentada, con concordancias, jurisprudencia y formularios, revisada y puesta al día con las modificaciones de la Ley 26/2005, de 26 de noviembre*, 2.ª ed., Ed. Comares, Granada, 2006, pág. 215.

(222) Ley de Arrendamientos Rústicos 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre.

(223) En adelante, LAR.

(224) Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 26, de 30 de enero de 1981, pág. 2155 y sigs.

mediante contrato un arrendamiento rústico por el cual se cede temporalmente «una o varias fincas, o parte de ellas» para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal a cambio de un precio o renta.

El supuesto de hecho que planteamos es que el propietario decide arrendar parte de un predio de su patrimonio, en el que caben tres posibilidades:

- a) Que la parte de finca que se cede tiene una superficie *inferior* a la establecida para las unidades mínimas de cultivo, pero la que no se arrienda es *superior* a la UMC.
- b) Que la parte de finca que se cede tiene una superficie *superior* a la establecida para las unidades mínimas de cultivo, pero la que no se arrienda es *inferior* a la UMC.
- c) Que tanto la parte de finca que se cede como la que queda en posesión y disfrute del propietario son *inferiores* a la UMC.

La modificación legislativa en 2005 (225) reintroduce en el artículo 22.2 LAR los derechos de tanteo y retracto del arrendatario rústico que fueron suprimidos en 2003. Así, en cualquier transmisión *inter vivos* de la finca rústica arrendada (226), el arrendatario que sea agricultor profesional, cooperativa agraria, cooperativa de explotación comunitaria de la tierra, sociedad agraria de transformación o comunidad de bienes tendrá derecho de tanteo y retracto. El supuesto analizado implica que únicamente se cede parte de la finca. La LAR establece una disposición en concreto para este tipo de supuestos. Así, el artículo 22.9 LAR dispone que si sólo una parte de extensión total de la finca ha sido cedida en arriendo, los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente *se entenderán limitados a la superficie arrendada*. A tal efecto, establece que el documento por el que sea formalizada la transmisión de la finca, debe especificar la cantidad que del total importe del precio corresponde a la porción dada en arriendo (227).

---

(225) Cfr. PÉREZ GURREA, Rosana, «Estudio de la Ley de Arrendamientos Rústicos 49/2003, de 26 de noviembre, y su modificación por Ley 26/2005, de 30 de noviembre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 699, febrero de 2007, pág. 338 y sigs.

(226) La Ley explícitamente se refiere también a la donación, aportación a la sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de aquéllas. Aunque dispone que no procederán los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente en las transmisiones a título gratuito cuando el adquirente sea descendiente o ascendiente del transmitente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o su cónyuge; o en las permutas de fincas rústicas cuando se efectúe para agregar una de las fincas permutadas y siempre que sean inferiores a diez hectáreas de secano, o una de regadío, los predios que se permutan.

(227) Sobre la evolución de la consignación en la escritura de esta suma concerniente a la parte arrendada. Vid. PÉREZ GURREA, Rosana, «Reaparición de los derechos de tanteo y retracto a la luz de la Ley 26/2005, de 30 de noviembre: su análisis doctrinal y jurisprudencial», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 693, enero de 2006, pág. 327.

«Mediante la acción de retracto, el demandante pretende obtener en un proceso el reconocimiento, bien por vía de declaración o de condena, de un derecho que el ordenamiento legal le otorga, siendo considerada la acción como el derecho mismo o el derecho en actuación o puesto en movimiento reactivo frente a la negativa del propietario» (228). Así, tras la interposición de la acción de retracto en los Juzgados, se dictará sentencia sobre el asunto y en aplicación del artículo 22.2 y 22.9 LAR deberá reconocerse el derecho del arrendatario a adquirir la porción de la finca arrendada. El artículo 266.3.º LEC (229) señala cuáles son los documentos que habrán de presentarse con la demanda de retracto. La Audiencia Provincial de Las Palmas ha declarado que en el caso de un retracto legal, como es el presente caso, el artículo 1.525 del Código Civil declara aplicable lo dispuesto en el artículo 1.518 del Código Civil, según el cual para hacer uso del retracto es necesario reembolsar el precio de la venta y los gastos del contrato. «Pues bien, la exigencia de la consignación o de haber constituido caución que la garantice es imprescindible y trata de evitar demandas temerarias y procesos inútiles, “que el retrayente por su propia iniciativa debe llevar a cabo como carga procesal que sólo a él incumbe, y de no cumplirse hace improcedente el retracto, pues tal omisión otorgaría al recurrente una arbitrariedad de ejercicio de la acción, incluso después de la firmeza de la sentencia, en contradicción con la norma, que tiende precisamente a evitar situaciones de incertidumbre perjudiciales para la parte compradora y demandada sujetas a la unilateral decisión del que ejercita el derecho de retracto” (STS de 14 de julio de 1994)» (230). Contrarestando esta posición, VIEIRA JIMÉNEZ-ONTIVEROS señala, respecto a este punto, que «ni la nueva LEC ni la nueva LAR obligan, de modo alguno, a que tales sumas sean consignadas como requisito para la interposición de la demanda, ni siquiera por aplicación del artículo 266 LEC» (231). En esta línea también se encuentra MAS BADÍA, quien afirma que sólo se debe exigir la consignación si otra norma legal lo prevé o el contrato lo impone (232),

---

(228) STS núm. 1215/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 28 de noviembre, F.J. 2.º, *RJ* 2006/8146.

(229) «Los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto y, cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere».

(230) AAP de Las Palmas, núm. 39/2005, de 18 de febrero (Sección 5.ª), F.J. 2.º, *JUR* 2005/109440.

(231) VIEIRA JIMÉNEZ-ONTIVEROS, Emilio, «Comentarios a la Ley 49/2003...», *op. cit.*, pág. 219.

(232) Cfr. MAS BADÍA, M.ª Dolores, «Artículo 22», en BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael, y MAS BADÍA, M.ª Dolores (dir.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos, Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006, pág. 496

además sostiene, al analizar la STC 144/2004 (233), que «del artículo 1.518 del Código Civil no deriva la exigencia de consignación como requisito de procedibilidad en las demandas de retracto» (234).

Respecto a la necesidad de aportar en la demanda de retracto la licencia de innecesariedad o el informe de la Administración autonómica, la Audiencia Provincial de Barcelona ha señalado recientemente que «no es exigible la autorización administrativa a que se refiere la parte apelante como uno de los requisitos necesarios para el ejercicio del retracto, sin que a ello obste la interpretación restrictiva que efectúa la jurisprudencia sobre la identidad entre lo pretendido por el título de retracto y el objeto de enajenación» (235).

Por tanto, si la sentencia es estimatoria, resultará que de la finca original que analizamos en el supuesto de hecho surgirán dos nuevas fincas delimitadas y con una superficie concreta. De esta manera, en el supuesto analizado, al menos una de estas dos nuevas fincas siempre tendrá una superficie inferior a la UMC. El artículo 93.1 de la antigua LAR (236) establecía únicamente para el caso en que la finca estuviera arrendada a diferentes agricultores, que el derecho de tanteo y retracto estaba supeditado a la Unidad Mínima de Cultivo (237). Nada se establecía en el caso de que fuera un único agricultor el arrendatario de la finca y nada dispone la actual LAR sobre supeditación de estos derechos a la unidad mínima de cultivo. DíEZ SOTO (238) señala que en este punto debemos remitirnos al apartado c) del artículo 25 LMEA, que permite la división o segregación si «es consecuencia del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos». Por lo que respecta a MILLÁN SALAS, no se pronuncia sobre la problemática que analizamos cuando examina la enajenación de una finca parcialmente arrendada en los comentarios a la nueva LAR (239), aunque sí lo hace para referirse al supuesto de arrenda-

(233) STC núm. 144/2004 (Sala Segunda), de 13 de septiembre; *RTC* 2004/144.

(234) MAS BADIÁ, M.<sup>a</sup> Dolores, «Artículo 22...», *op. cit.*, pág. 498.

(235) SAP de Barcelona, núm. 60/2007 (Sección 4.<sup>a</sup>), de 2 de febrero de 2007, F.J. 2.<sup>o</sup>, Id. CENDOJ 08019370042007100109.

(236) Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 26, de 30 de enero de 1981, pág. 2156.

(237) Cuando sean varios los arrendatarios de una misma finca habrá que cumplir con cada uno de ellos los requisitos anteriores, y el derecho de tanteo y retracto y el de adquisición preferente podrán ser ejercitados por ellos separadamente, referidos a la porción o porciones de fincas ocupadas, respetando las normas vigentes sobre unidades mínimas de cultivo.

(238) Cfr. DíEZ SOTO, Carlos Manuel, «Artículo 22.2 a 5, Enajenación de la finca arrendada. Derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente», en PASQUAU LIAÑO, Miguel (dir.), *Ley de Arrendamientos Rústicos, Comentarios Doctrinales y Formularios Prácticos*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 700.

(239) MILLÁN SALAS, Francisco, «Artículo 22 [y II]. Derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente», en CABALLERO LOZANO, José María (coord.), *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pág. 394.

tarios de partes diferentes de una misma finca o explotación. MILLÁN SALAS afirma que «la referencia al respecto a las normas sobre unidades mínimas de cultivo no tiene sentido en la Ley 26/2005, de 30 de noviembre [...], siendo posible que el ejercicio del derecho de tanteo y retracto de arrendamientos rústicos pueda dar lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo» (240). Este razonamiento, pues, podemos aplicarlo al supuesto que analizamos, ya que el autor entiende que el legislador da preferencia a la adquisición por el arrendatario de la propiedad frente a una actuación contra la excesiva fragmentación del agro español.

A pesar de ello, encontramos alguna postura, como la de MAS BADÍA, contraria a la tesis expuesta de aceptar como válida esta transmisión. Esta autora afirma que «[e]l ejercicio del tanteo o el retracto en el supuesto del artículo 22.9 LAR encuentra como límite el respeto al régimen imperativo de las unidades mínimas de cultivo (arts. 23, 24, 25 y 26 LMEA). De modo que el arrendatario no podrá retraer o adquirir por tanteo la parte de la finca que tuviera arrendada si dicha parte tiene una superficie inferior a la unidad mínima de cultivo» (241). En la misma línea, DE LA CUESTA SÁENZ y POVEDA BERNAL, a la vista de los artículos 23 y 24 LMEA, afirman que «si todos los arrendatarios llevan porciones inferiores a la unidad mínima de cultivo y no se ponen de acuerdo, no podrán ejercitar los derechos de adquisición preferente» (242), PÉREZ GURREA también se significa en este sentido añadiendo que «no producirán efecto *inter partes* ni con relación a terceros» (243), dada la nulidad de la LMEA. No compartimos esta posición, ya que si bien las UMC suponen una limitación jurídica a la transmisión de la propiedad rústica (244), debemos entender que el acto de segregación producido a raíz de la acción de retracto es válido en virtud de la excepción *c)* del artículo 25 LMEA y el órgano jurisdiccional debería dictar una sentencia estimatoria a favor del arrendatario. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ señalaba que la aplicación de la mencionada excepción no era posible bajo el régimen de la antigua LAR porque «en su artículo 93, exig[ía] respetar las normas vigentes sobre unidades mínimas de cultivo» (245), ahora en cambio, la LAR no hace mención

---

(240) MILLÁN SALAS, Francisco, «Artículo 22 [y II]...», *op. cit.*, pág. 393.

(241) MAS BADÍA, M.<sup>a</sup> Dolores, «Artículo 22...», *op. cit.*, pág. 522.

(242) DE LA CUESTA SÁENZ, José María, y POVEDA BERNAL, Margarita Isabel, *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre)*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, pág. 460.

(243) PÉREZ GURREA, Rosana, «Reparación de los derechos de tanteo...», *op. cit.*, pág. 328.

(244) Cfr. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Limitaciones jurídico-privadas de la...», *op. cit.*, pág. 171.

(245) SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, *El derecho de tanteo y retracto en la Ley Española de Arrendamientos Rústicos de 1980. Referencia al Derecho de «prelazione» y «retrato» en Italia*, ed. Universidad de La Rioja, Logroño, 1998, pág. 61, nota 163.

alguna a la supeditación de la UMC. Otra cosa distinta es que el Registrador de la Propiedad y, a su vez, la DGRN, pongan trabas añadidas que no se contemplan ni en la LMEA, LAR o LEC para reconocer públicamente la propiedad de esta nueva parcela rústica en el Registro de la Propiedad.

El Centro Director no exime del requisito de que conste licencia para la inscripción de divisiones o segregaciones comprendidas entre las excepciones del artículo 25 LMEA. Incluso, debemos recordar que en aquellas transmisiones que no se rigen por las excepciones al tener una superficie superior a la UMC y por tanto al no estar comprendidas en los supuestos de nulidad del artículo 24 LMEA, se exige también la presentación de la correspondiente licencia (246). Respecto de la posible declaración de nulidad que el Organismo Autónomo de Agricultura (247) dicte sobre esta segregación, el Centro Director ha afirmado que «una simple declaración de nulidad de la Consejería de Agricultura y Pesca» no basta para privar el acceso al Registro de la Propiedad a una segregación de una finca rústica que se halle comprendida en las excepciones del artículo 25 LMEA (248). En esta línea, no compartimos la opinión de NAVARRO FERNÁNDEZ, que considera que la declaración de nulidad de un órgano administrativo debe implicar de forma inmediata y automática la denegación de la inscripción de la sentencia en el Registro: «La Administración competente determina la nulidad de los actos, y una vez comunicada al registrador, éste está obligado a denegar la inscripción» (249).

El arrendatario sólo tiene derecho a adquirir el terreno que tenía arrendado y no tiene derecho a adquirir la totalidad de la finca. La adquisición de la finca completa impediría este problema, pero el arrendador no puede estar más gravado que por aquello por lo que se ha obligado. Sobre la posibilidad del arrendatario de adquirir la porción no arrendada, el Tribunal Supremo ha manifestado que «es al supuesto de que el propietario no cede en locación toda una finca, sino sólo una parte, reservándose para sí la explotación directa del resto, en cuyo caso no sería justo el retracto por la totalidad, sino sólo por la parte arrendada» (250). El derecho de retracto únicamente se circuns-

---

(246) Cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 15 de junio de 2005, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 197, de 18 de agosto de 2005, págs. 28820-28821.

(247) En virtud del artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, el Registrador de la Propiedad debe notificar este acto de división o segregación de una finca rústica a la Autoridad Autonómica en materia de agricultura, remitiéndole los documentos del expediente.

(248) Vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de mayo de 2005, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 187, de 6 de agosto de 2005, pág. 27784. En la misma línea se encuentra la Resolución de 22 de marzo de 2004, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 100, de 24 de abril de 2004, pág. 16509.

(249) NAVARRO FERNÁNDEZ, José A., «La explotación agrícola», en NAVARRO FERNÁNDEZ, José A. (coord.), *Introducción al Derecho Agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 258.

(250) STS (Sala de lo Civil) de 30 de mayo de 1980; *RJ* 1980/1975.

cribe a la parte de la finca arrendada y es por esta circunstancia que el arrendatario posee este derecho *ope legis*. De esta manera, si se le impide la inscripción se le estaría privando de este derecho de adquisición preferente legal al arrendatario. A esta problemática, Díez Soto propone soluciones alternativas como «la de imponer al arrendatario interesado en ejercitar su derecho de adquisición la carga de adquirir la totalidad de la finca, la de restringir la atribución de tales derechos a aquellos casos en que la extensión superficial del arrendamiento alcanzara a un porcentaje mínimo de la superficie total de la finca» (251) o retomar la fórmula ya existente de adecuación a las unidades mínimas de cultivo de la LAR 1980.

El Proyecto de Ley de *Contractes de Conreu* que se presentó en el Parlament de Catalunya tampoco recoge en su texto referencia alguna sobre las Unidades Mínimas de Cultivo. De esta manera, cuando el artículo 34 de este Proyecto de Ley prevé la enajenación de una finca parcialmente arrendada, afirma únicamente que «el dret d'adquisició preferent de l'arrendatari es limita a la part de la finca que té en arrendament» (252). A pesar de ello, encontramos el Decreto 82/1985, de 21 de marzo (253), que añade un artículo al Decreto 169/1983 que regula las Unidades Mínimas de Cultivo en Cataluña. Actualmente, esta regulación establece que puede procederse a la división de una finca, dando otra inferior a la Unidad Mínima de Cultivo, teniendo en cuenta cuatro requisitos: primero, que sea consecuencia del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad establecido en la legislación de arrendamientos rústicos; segundo, que el arrendatario lleve más de seis años cultivando la parcela; tercero, que en el momento de procederse a la división o segregación la finca esté efectivamente cultivada; y cuarto, que el contrato de arrendamiento se realizó con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto 169/1983 (254). Todos aquellos contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor, no les sería de aplicación esta norma autonómica, pero

---

(251) Díez Soto, Carlos Manuel, «Artículo 22.2 a 5, Enajenación de la finca...», *op. cit.*, pág. 701.

(252) «Projecte de Llei de Contractes de Conreu, Tram. 200-00006/08», en *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 18, de 15 de gener de 2007, pág. 8.

(253) *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 529, de 17 de abril de 1985.

(254) Al no establecer el Decreto ninguna previsión sobre el respecto, se debe aplicar la *vacatio legis* del artículo 2 del Código Civil, que establece el criterio de «su completa publicación». El problema que se plantea en este supuesto es que el Decreto 169/1983 sufrió una corrección de errores. Las correcciones son la concreción que las fincas son rústicas, o están en suelo urbanizable, que del tenor general del Decreto ya se podía interpretar y no cabía que pudieran suscitarse dudas. Así, estamos ante un error u omisión que no supone una alteración del sentido de la ley, por lo tanto, la fecha de publicación no es la de la rectificación, que es «irrelevante», sino que es la de la publicación del texto inicial. Cfr. COCA PAYERAS, Miguel, «Artículo 2», en ALBALADEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 1 a 7 del Código Civil*, Tomo I, Vol. 1.º, Ed. EDERSA, Madrid, 1992.

como afirma la Audiencia Provincial de Barcelona, este límite temporal no debe tenerse en cuenta: «Sin que pueda obviarse que *la repetida Ley 19/1995*, de mayor rango que el Decreto invocado, posterior en el tiempo, de ámbito de aplicación estatal, se encamina a la modernización de las explotaciones agrarias, y *reconoce precisamente, como una excepción, a los profesionales de la agricultura como a los únicos que pueden segregarse por debajo de la unidad mínima de cultivo, frente a lo cual decae el límite temporal indicado por la apelante*» (255). Sin embargo, la Comunidad Autónoma debería retomar la idea de regular por ella misma esta cuestión, sin tener que recurrir a la Ley 19/1995 para ello, sobre todo cuando la aprobación de una *Llei de Contractes de Conreu* está en ciernes.

#### b) Acción declarativa de dominio

La acción de declaración del dominio se circunscribe en la previsión legal que contiene el artículo 348.2.º del Código Civil. En primer lugar, cabe recordar que actualmente no es obligatoria la inscripción en el Registro de la Propiedad de las fincas y que a día de hoy existen fincas rústicas que no constan inscritas en el Registro debido a la destrucción de los Libros durante la Guerra Civil o simplemente porque todavía no han sido inmatriculadas. En algunos casos, como en el analizado en la Resolución de 29 de abril de 2003 (256), la descripción física de una finca puede abarcar formalmente a otra «finca» rústica que de forma pública y notoria pertenece a otra persona. Alguna resolución judicial admite expresamente la posibilidad de ejercitar una acción protectora de dominio únicamente sobre parte de una finca (257), siempre que esta porción esté bien delimitada.

Al contrario que la acción reivindicatoria que tiene por finalidad la declaración del derecho de propiedad y la restitución de la cosa por el poseedor, el objeto de la acción de declaración de dominio es simplemente la declaración del derecho de propiedad. En el supuesto presentado, el órgano juzgador puede dictar una sentencia en la que ordene que de la original finca descrita, se segregue la parte que corresponde al verdadero propietario y actor de la acción, para que pueda reconocerse su derecho frente a terceros e inscribirse en el Registro de la Propiedad. El presente razonamiento también cabría en el caso de procederse a presentar una hipotética acción reivindicatoria.

---

(255) La SAP de Barcelona, núm. 60/2007 (Sección 4.ª), de 2 de febrero, AC 2007/1111. La cursiva es mía.

(256) Resolución de la DGRN, de 29 de abril de 2003, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 138, de 10 de junio de 2003, pág. 22434 y sigs.

(257) SAP de Madrid (Sección 21.ª) de 27 de abril de 1998, F.J. 3.º, AC 1998/5084.

La Jurisprudencia (258) ha declarado que la acción declarativa de dominio lleva implícita la cancelación del asiento registral y su posterior modificación, fruto del reconocimiento formal del derecho de propiedad. La presunción que el artículo 38 LH establece a favor de los titulares registrales no es *iuris et de iure*, sino *iuris tantum* y por tanto, el reconocimiento de la propiedad debe operar como modificador de la información de la que da fe el Registro. El Tribunal Supremo ha declarado «que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo 2.º del artículo 38 de la LH, que exigía el ejercicio previo, o, al menos, coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la más actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta última petición y no puede ser causa de que se deniegue la petición respecto a la titularidad dominical». Las SSTs de 30 de septiembre de 1992 (259) y 20 de diciembre de 1993 (260) recogen la doctrina jurisprudencial que la presunción contenida en el artículo 38 de la LH es *iuris tantum* y puede ser destruida mediante prueba en contrario.

Más recientemente, la Audiencia Provincial de Sevilla ha declarado, en relación con el artículo 38 LH y la acción declarativa de dominio, que «[n]o obstante, el rigor de la disposición contenida en el precepto citado ha de entenderse atemperado por las m[á]s modernas orientaciones jurisprudenciales, en las que se determina que el ejercicio de acciones que contradigan el dominio inscrito no precisa que se pida expresamente la cancelación del asiento registral, ya que este pedimento va implícito en el propio ejercicio de la acción» (261). El actor debe haber probado que ostenta título de dominio, es decir, título que acredite su propiedad sobre la parte de la finca o que justifique su adquisición (por ejemplo, mediante herencia) (262). El segundo presupuesto es que el demandante demuestre sin margen de duda la identificación de la finca que se reclama como propia, lo que implica la cumplida prueba de que el bien coincide o se corresponde en perfecta identidad con lo descrito en el título legitimador, coincidencia que supone que la realidad

---

(258) SSTs núm. 424/1996 (Sala de lo Civil), de 1 de junio, F.J. 2.º, *RJ* 1996/4716; núm. 1029/1995 (Sala de lo Civil), de 1 de diciembre, F.J. 6.º, *RJ* 1995/9154; núm. 462/1994 (Sala de lo Civil), de 18 de mayo, F.J. 6.º, *RJ* 1994/4094; SAP de Las Palmas (Sección 1.ª) de 14 de enero de 1998, *AC* 1998/2872, entre otras.

(259) STS de 30 de septiembre de 1992, *RJ* 1992/7418.

(260) STS (Sala de lo Civil) de 20 de diciembre de 1993, F.J. 3.º, *RJ* 1993/10085.

(261) SAP de Sevilla (Sección 5.ª), de 2 de mayo de 2000, F.J. 4.º, *JUR* 2000/281533.

(262) Como es el caso que analiza la Resolución.

física de la parte de la finca se identifique con la que resulta de la descripción del título. Sin embargo, si la nueva finca debe segregarse de otra existente que comprendía a la del actor, tendrá el acceso vedado al Registro de la Propiedad por la doctrina que la DGRN establece.

La Resolución de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques, de 30 d'abril de 2007, analiza un supuesto similar en el que se pretende la inscripción de una escritura de adición de herencia, siendo el objeto de la transmisión una finca inferior a la unidad mínima de cultivo y que no consta supuestamente inmatriculación de la misma. La escritura se fundamentaba en la aportación de una certificación catastral gráfica de la finca donde el transmitente constaba como titular de la misma. El Registrador de la Propiedad opina que la finca que se presenta para su inmatriculación parcialmente se solapa con otra finca registral existente y deniega la inscripción, entre otras causas, por incumplimiento de la Ley 19/1995. Los recurrentes sostienen que de la nota de calificación se desprende que «el registrador parteix de la premissa, errònia, que la parcel·la a immatricular forma part d'una altra finca, com si el que pretenguessin fos segregar part d'una finca rústica que no assoleix la unitat mínima de conreu fixada per la Llei 19/1995, de 4 de juliol, sobre unitats mínimes de conreu». Según la argumentación de la Direcció General no debe interpretarse que estamos ante una inmatriculación en la que una finca colindante tiene una superficie superior a la real, sino ante una segregación de una finca ya existente. La consecuencia de este razonamiento implica que supuestos como el analizado en la acción declarativa de dominio no deban tratarse como inmatriculaciones, sino como segregaciones. Concluye la Direcció General que «per tant, [...] la via adequada per a assolir la autonomia registral que es pretén és la segregació de la finca matriu. És aleshores, si escau, quan haurien d'entrar en joc les disposicions sobre unitats mínimes de conreu» (263).

La cabida de las fincas constituye un dato fundamental, ya que como afirma HERRERO OVIEDO (264) «se trata de una característica de la finca que, junto con otras, incide directamente sobre su valor (y consiguiente tributación) y que, en el ámbito agrario, tiene fundamental importancia en orden al respeto a la legislación de unidades mínimas de cultivo y ejercicio de los retractos» (265).

---

(263) RESOLUCIÓ JUS/1844/2007, de 13 de juny, per la qual es dóna publicitat a la Resolució de 30 d'abril de 2007, dictada en el recurs governatiu interposat pels senyors J., N. i M. V. C., *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 4909, de 21 de junio de 2007, F.J. 2.º, pàg. 20832.

(264) HERRERO OVIEDO, Margarita, «Alteración del dato registral de la superficie de las fincas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 695, mayo-junio de 2006, pág. 924.

(265) Además del caso analizado en los arrendamientos rústicos, la unidad mínima de cultivo conforma un elemento de gran importancia para poder ejercitar las acciones de retracto de colindantes que no se recogen en el Código Civil (art. 1.523), al establecer el límite para poder apreciarla en las transmisiones de las fincas rústicas. Así en la LMEA

La identificación de los linderos de la finca vecina que constan en la pretendida «finca matriz» sería un factor para poder no proceder a la práctica de una segregación sería. Si en éstos consta el propietario que ha visto reconocido su derecho mediante la acción declarativa de dominio, el procedimiento a llevar a cabo debería ser una inscripción acompañada de una reducción de cabida. Además, de producirse una segregación, también debería realizarse una «pertinente reducción de cabida de la finca matriz» (266).

La interpretación ofrecida por la Dirección General en el sentido de ampliar el ámbito de las segregaciones, se une a la ya existente procedente de la DGRN. Como veremos más adelante, la DGRN ya establece una serie de trabas insalvables a la inscripción de estas sentencias estimatorias, a pesar de la doctrina jurisprudencial existente afirma que cuando vence una acción protectora del dominio debe cancelarse los asientos precisos y practicar las modificaciones necesarias. Por tanto, se debería reconocer el derecho de propiedad sobre una superficie rústica desligada de cualquier dependencia con otras fincas. Sin embargo, el acceso al Registro de la Propiedad estará vedado para las nuevas fincas que resulten ser inferiores a la UMC.

### c) Adquisición de un predio mediante usucapión

La prescripción adquisitiva, en los distintos plazos que la Ley establece (267), permite al poseedor de una finca rústica adquirir la propiedad sobre la misma (268), siempre que la posea de forma continuada y en concepto de dueño. El objeto de prescripción debe ser una cosa «apropiable», «ya que sino no pueden recaer derechos sobre ellas» (269). Esto no ocurre en el caso de las fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, porque puede transmitirse una finca que tenga una superficie inferior a la UMC a otra persona.

---

es preciso que se trate de la venta de una finca rústica de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo (art. 27.2); mientras que en Cataluña a partir de la aprobación del Libro V del Código Civil de Cataluña únicamente se requiere que sea una «finca rústica de superficie inferior a la de la *unitat mínima de conreu*» (art. 568-18 CCCat).

(266) FAUS, Manuel, «Reparcelaciones en Cataluña, según la Ley 1/2005 y su Reglamento de 2006», en FAUS, Manuel, *Breviario Civil. 3: Derecho Registral*, 2006, consultado en <http://vlex.com/vid/286556> (Consultado 18-7-2007).

(267) Vid. artículos 1.957-1.959 del Código Civil, artículos 531-27 del CCCat, Ley 356 del Fuero Nuevo de Navarra.

(268) Siempre que no se trate expresamente de una finca imprescriptible y por tanto fuera del comercio, es decir, que no sea apropiable por ser patrimonio del Estado, de las Haciendas Locales o esté sujeta a la legislación de montes. Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Nueva edición revisada y puesta al día por Agustín LUNA SERRANO, Tomo III (Derechos Reales), Vol. I (Posesión y propiedad), Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 157.

(269) ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, Tomo III, *Derecho de Bienes*, EDISOFER, 2004, pág. 165.

La finca está dentro del comercio de los hombres (270). Seguimos el criterio de LACRUZ BERDEJO, al señalar que la inalienabilidad establecida sobre una cosa a través de un negocio jurídico, como es el caso de las fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, no quiere decir que este bien sea «imprescriptible» (271). El poseedor puede, mediante los procedimientos judiciales que se prevén, hacerse dueño de la superficie que poseyó, pero no es necesario que dicha extensión se circunscriba sobre la totalidad de una finca existente (*tantum praescriptum, quantum possessum*).

De esta manera, la prescripción adquisitiva únicamente podrá accionarse o excepcionarse (272) por aquel terreno que realmente poseyó y que pretende adquirir mediante la usucapión: el que cultivó. La posibilidad de usucapir parte de una finca ha sido reconocida por los tribunales, en este sentido encontramos la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 12 de septiembre de 2006 (273). En dicha resolución, la Audiencia Provincial ana-

---

(270) El artículo 1.936 del Código Civil exige que la cosa que se pretenda adquirir por usucapión esté dentro del comercio de los hombres. Cfr. ROCA TRÍAS, Encarna, «La usucapión», en LÓPEZ, Ángel; MONTÉS, Vicente Luis, y ROCA, Encarnación (dir.), *Derecho Civil. Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 148. LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil, IV, Propiedad y Derechos Reales de Goce*, Tomo IV, 5.ª ed., Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2005, pág. 138.

(271) LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil. III. Derechos Reales*, Vol. 1.º, Posesión y Propiedad, Edición revisada y puesta al día por Agustín LUNA SERRANO, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 157. ENNECCERUS se había manifestado en igual sentido al afirmar que «al menos en el Derecho actual, se dan también simples limitaciones del tráfico, que no excluyen la posibilidad de derechos sobre las cosas a que se refieren. A esta categoría pertenecen singularmente las limitaciones de Derecho público de que es objeto la propiedad». Vid. ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho Civil. Parte General*, 13.ª revisión por Hans Carl Nipperdey (traducción de la 39.ª edición alemana por Blas PÉREZ y José ALGUER), 2.ª ed., al cuidado de José PUIG BRUTAU, Tomo I, Vol. 1.º, Ed. Bosch, Barcelona 1953, pág. 582.

(272) El supuesto de hecho en que se prevé una sentencia por excepción ha sido analizado por la DGRN, aunque el poseedor puede instar el reconocimiento por él mismo ejercitando la acción declarativa. La Audiencia Provincial de Huesca analiza un supuesto donde es el adquirente por usucapión quien insta el procedimiento. En aquel asunto, el Obispado de Jaca interpuso acción declarativa de dominio para que se reconociera la plena propiedad sobre la ermita de Nuestra Señora de la Virgen del Rosario de Osia, alegando su adquisición mediante usucapión. La Audiencia Provincial estima la petición del Obispado y ordena «la inscripción del dominio de la ermita de Osia en favor de la Diócesis de Jaca en el Registro de la Propiedad, por el título expuesto en el Fundamento Jurídico quinto de esta sentencia [*concurrir todos los requisitos previstos en los citados preceptos del Código Civil para la usucapión de bienes inmuebles, tanto en el modo ordinario, pues la Iglesia católica siempre ha poseído la ermita a título de dueño y no consta que alguna vez hubiera perdido esa posesión, como, subsidiariamente, a través de la usucapión extraordinaria*], y la cancelación de cuantas inscripciones de dominio pueda haber contradictorias del derecho de propiedad de la Diócesis de Jaca». Vid. SAP de Huesca, núm. 231/2004 (Sección 1.ª), de 18 de noviembre, AC 2004/1986.

(273) SAP de Asturias, núm. 426/2006 (Sección 7.ª), de 12 de septiembre, F.J. 2.º, JUR 2006/279384.

liza un supuesto donde el propietario de una finca rústica posee y adquiere mediante prescripción adquisitiva una *franja de terreno* de una finca colindante. La SAP de Murcia, de 23 de marzo de 2003, también analiza un supuesto donde se adquiriere por usucapión únicamente parte de una finca existente (274).

### 2.3.3. Doctrina de la DGRN sobre la inscripción por mandato judicial

Los Registradores de la Propiedad a la hora de calificar la inscripción de sentencias u otro tipo de documentos judiciales (275), y en este caso los recaídos en los supuestos de hecho analizados (276), se amparan en el artículo 18.1 LH, heredero de la Orden Presidencial de 24 de noviembre de 1874 (277). Ante la calificación negativa del Registrador, el interesado o el Notario Autorizante interpusieron recursos ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que dieron lugar a resoluciones desestimatorias.

Las sentencias implican el reconocimiento del derecho de propiedad de un sujeto sobre una nueva finca rústica. Si la finca rústica es inferior a la UMC, o incluso que siendo superior a la extensión de la UMC, la finca de

---

(274) Cfr. SAP de Murcia, núm. 154/2003 (Sección 4.<sup>a</sup>), de 26 de marzo, *JUR* 2003/158813.

(275) V.gr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de abril de 2000, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 117, de 16 de mayo de 2000, págs. 17850-17851; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de abril de 2002, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 152, de 26 de junio de 2002, págs. 23283-23285; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de julio de 2002, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 244, de 11 de octubre de 2002, págs. 36028-36030; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de enero de 2003, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 50, de 27 de febrero de 2003, págs. 7917-7918; y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de septiembre de 2005, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 265, de 5 de noviembre de 2005, págs. 36440-36441, entre otras.

(276) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de abril de 2003, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 106, de 3 de mayo de 2003, págs. 16967-16968, en la que respalda la calificación negativa sobre una sentencia estimatoria de una acción declarativa de dominio y que ordena su inscripción en el Registro de la Propiedad; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de abril de 2003, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 138, de 10 de junio de 2003, págs. 22434-22436, en la que respalda la calificación negativa sobre una sentencia estimatoria de una acción declarativa de dominio y de cancelación de la inscripción registral y que ordena la segregación de parte de una finca y su inscripción en el Registro de la Propiedad; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de noviembre de 2003, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 302, de 18 de diciembre de 2003, págs. 45127-45128, en la que respalda la calificación negativa sobre una sentencia que declara el dominio sobre una finca mediante usucapión.

(277) *Gaceta de Madrid*, núm. 330, año CCXIII, de 26 de noviembre de 1874, págs. 519-520.

la que se desgajó no supera este límite no podrá acceder al Registro de la Propiedad. Los Registradores de la Propiedad exigen (278), a la hora de inscribir una sentencia estimatoria de estos supuestos, la licencia o la declaración municipal de innecesariedad amparándose en el artículo 259.3 de la TRLS y en virtud del artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 dan traslado a la consejería autonómica de agricultura.

La remisión del asunto por el Registrador al órgano autonómico origina la respuesta del mismo, denegando la posibilidad de una segregación de la finca rústica en aplicación de la normativa agrícola sobre unidades mínimas de cultivo. Incluso, algún organismo autonómico de agricultura ha declarado nula (279) la segregación ordenada por una sentencia judicial porque segregó una finca sin atender a la normativa sobre UMC (280). Compartimos la preocupación mostrada por DE LA CUESTA SÁENZ (281) al considerar exorbitada la interpretación de entender como válida la declaración de nulidad de un acto ordenado por un órgano administrativo y no judicial, sobre todo en los casos que se refieren a documentos judiciales.

Cuando los Registradores de la Propiedad requieren en estos supuestos la licencia de innecesariedad, califican este defecto como subsanable. La DGRN afirmó sobre el particular, en la Resolución de 10 de junio de 2003, que «[c]omo ha dicho esta Dirección General (cfr. Resolución de 17 de febrero de 1999) la inequívoca exigencia legal de la pertinente licencia o

---

(278) Resoluciones de la DGRN, de 29 de abril de 2003, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 138, de 10 de junio de 2003, pág. 22434 y sigs.; y de 4 de octubre de 2005, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 275, de 17 de noviembre de 2005, pág. 37621 y sigs.

(279) «Que con fecha veintinueve de julio de dos mil dos, se recibió en este Registro notificación de la Delegación Provincial de la Consejería de Agricultura y Pesca de Málaga, referencia D. Patrimonio/CPS/E-02-0143, de fecha 11 de julio de 2002, con número de salida 114885 y con fecha de salida de 17 de julio de 2002, habiendo sido expedida por el Secretario General de la misma, don Pedro Borrego Aguayo, en la que se expresa que se declara NULO el acto de segregación solicitada». Vid. Resolución de la DGRN, de 29 de abril de 2003, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 138, de 10 de junio de 2003, pág. 22434.

(280) El Centro Director matizó la calificación del Registrador al entender que el defecto no sería insubsanable si la finca fuera urbana, ya que el organismo autonómico manifestó que: «Por otro lado, no es exacta la afirmación del Registrador de que la autoridad agraria ha prohibido la segregación, pues lo que dice la resolución administrativa es que, si el terreno es de secano (por tanto, presuponiendo que se trate de una finca rústica), la segregación sería nula por infringir la unidad mínima de cultivo».

(281) DE LA CUESTA SÁENZ afirma que «lo que ya resulta pura y simplemente disparatado es la interpretación que se viene haciendo del citado artículo 80 del Real Decreto 1093/1997: «acuerdo pertinente sobre nulidad del acto», no debe interpretarse como una declaración de nulidad en vía administrativa». Vid. DE LA CUESTA SÁENZ, José María, «La unidad mínima de cultivo y el Registro de la Propiedad», en DE PABLO CONTRERAS, Pedro, y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, *Las nuevas orientaciones normativas de la PAC y de la legislación agraria nacional*, Ed. Consejería de Agricultura y Desarrollo Económico del Gobierno de La Rioja, Logroño, 2005, pág. 205.

de la declaración municipal de su innecesiedad para la división de terrenos (cfr. art. 259.3 de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992) obliga a confirmar el defecto impugnado, *sin que el hecho de que se trate de una sentencia firme pueda desnaturalizar tal conclusión so pretexto del general deber de cumplir las resoluciones judiciales* (cfr. art. 118 de la Constitución Española), pues la *eficacia relativa de la cosa juzgada no permite obviar exigencias legales que debieron observarse en su día* (la licencia municipal o declaración de su innecesiedad) para que pudiera tener lugar la segregación practicada» (282).

En otro asunto (283), en el que se inquiría por parte de los interesados sobre la necesidad o no de presentar licencia, la DGRN no se manifiesta de manera directa, admitiendo la inscripción de una sentencia por usucapión, aunque manifiesta que la inscripción se debe realizar «sin perjuicio de la actuación posterior que corresponde a la Administración en caso de que se hubiera infringido la unidad mínima de cultivo o la legislación urbanística en su caso, a cuyo efecto la registradora deberá proceder de conformidad con lo establecido en el artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, sobre normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia de urbanismo». De esta manera, admite de manera indirecta la necesidad de presentar la licencia a la hora de inscribir la sentencia.

La DGRN se manifiesta en la misma línea al analizar la pretensión de inscribir una sentencia que estima una acción declarativa de dominio y ordena la segregación de una porción de terreno sobre dos fincas inscritas, que también fue calificada negativamente por el Registrador de la Propiedad. El Centro Director afirma que «[e]n cuanto al defecto consistente en la no aportación de licencia municipal, si efectivamente han de realizarse segregaciones, también ha de ser confirmado, pues, de conformidad con lo que establece el artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, es necesaria, bien la licencia, bien la declaración administrativa de innecesiedad» (284).

Sin embargo, el artículo 259.3 TRLS no hace referencia alguna a estos supuestos donde participa de forma directa la Jurisdicción Ordinaria, cuando sus sentencias u otros documentos judiciales constituyen el instrumento para acceder al Registro de la Propiedad. El mandato que el legislador únicamente impone a los Registradores de la Propiedad es que controlen si existe el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de su innecesiedad

---

(282) Cfr. Resolución de la DGRN, de 29 de abril de 2003, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 138, de 10 de junio de 2003, pág. 22436. La cursiva es mía.

(283) Cfr. Resolución de la DGRN, de 4 de octubre de 2005, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 275, de 17 de noviembre de 2005, pág. 37622.

(284) Resolución de la DGRN, de 14 de octubre de 2005, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 281, de 24 de noviembre de 2005, pág. 38647.

a la hora de inscribir las «escrituras de división de terrenos» (285), ya que se establece como un requisito necesario para su inscripción. De la doctrina de la DGRN se desprende una analogía *contra inscribiente* que supone al Cuerpo de Registradores considerar de igual manera a una escritura de división que a un documento judicial. Ello implicará que en la mayoría de los casos no se otorgue la licencia administrativa al ser la parte que se pretende segregar inferior a la UMC. En estos supuestos, lo que ocurre es que existe un derecho reconocido por la Ley y verificado por la Jurisdicción Ordinaria (derecho a retraer la finca de la que era arrendatario, a adquirir la finca que poseyó con los plazos y formas establecidas, al reconocimiento de su propiedad) y se ve impedida la inscripción por la analogía practicada. A nuestro entender, estos supuestos no deberían ser considerados nulos por analogía, ya que el Ordenamiento Jurídico repulsa la analogía en los supuestos de restricción de derechos; el Legislador hubiera debido de introducir una excepción en la LMEA que abarcara estos supuestos.

Para abundar más, el artículo 78 del Real Decreto 1093/1997 establece que en el documento debe testimoniarse la existencia del otorgamiento de la licencia o declaración de innecesariedad. ¿Con ello debemos entender que la sentencia o documento judicial que pretenda ser inscrito debe testimoniar también el mencionado acto administrativo? Si la respuesta es afirmativa, se estaría poniendo una traba añadida al reconocimiento de estos derechos que en su normativa no se establece como requisito. El reconocimiento de un derecho dependería de la apreciación discrecional de un organismo administrativo, que como ocurre en la práctica, al no cumplir con la superficie requerida para la UMC denegaría la solicitud y por ende el reconocimiento del derecho que posee el actor. Esta práctica de la DGRN, que HERNÁNDEZ-GIL MANCHA califica de «tirar balones fuera», implica que las excepciones del artículo 25 LMEA se derivan a la apreciación de las «instancias administrativas municipales y/o [...] autonómicas». El autor se queja que con esta práctica se desprestigia al Cuerpo Notarial como garante de la legalidad bajo el principio de «Nihil Obstat», refiriéndose a las escrituras de división de fincas rústicas —que es lo que el TRLS establece—. Esta conclusión es peor aún si la extrapolamos al campo de los documentos judiciales, ya que «como consecuencia de la asunción por parte del Registro de la Propiedad de la citada tesis [...] la eficacia y, lo que es peor, la legalidad de toda *escritura pública [o documento judicial]* (286) *que articu-*

---

(285) Como ya se apuntó, la legislación autonómica también hace referencia únicamente a las escrituras públicas, como supuesto de hecho en el que los Registradores de la Propiedad han de solicitar la declaración municipal de innecesariedad. La nueva Ley del Suelo únicamente se refiere también a la escritura pública de segregación y división de fincas rústicas.

(286) Según la argumentación que hemos realizado hasta el momento, hemos de comprender aquí también los documentos judiciales.

*le divisiones de fincas rústicas, queda supeditada a la muchas veces poco rigurosa y, a menudo, caprichosa opinión de las citadas instancias» (287) municipales y autonómicas. Toda esta tramitación añadida ocasiona que los gastos necesarios para poder reflejar en el Registro de la Propiedad la nueva realidad se vean aumentados, añadido a la incertidumbre de si la Administración que debe otorgar las licencias «va a entender en su cabal sentido o como una cuestión de simple cabida de las fincas resultantes, ajena por completo a si se cultivan o no y de qué modo se cultivan» (288).*

#### RESUMEN

##### UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO

*El artículo acomete el estudio de la regulación actual de las Unidades Mínimas de Cultivo y la validez de las transmisiones de fincas rústicas inferiores a la UMC. En él se examinan las posibles lagunas existentes en la normativa de diferentes Comunidades Autónomas, así como las diversas tendencias doctrinales y jurisprudenciales en la materia. En particular, se analiza críticamente una serie de supuestos «límite» sobre la nulidad de determinadas transmisiones. El interés de este estudio reside en que se examinan supuestos no contemplados específicamente en la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, pero sí recogidos en diferentes Resoluciones de la DGRN. Entre ellos cabe destacar: la venta a copropietarios, la venta de cuota indivisa, la acción de retracto y la usucapión.*

#### ABSTRACT

##### MINIMUM FARMING UNIT

*The article undertakes to study current regulations on minimum farm units (MFU) and the validity of conveying rural properties smaller than the MFU. It examines the possible loopholes in the rules different autonomous communities have and the diverse tendencies in doctrine and case law on the subject. In particular it conducts a critical analysis of a series of «borderline» events concerning the nullity of certain conveyances. This study's interest resides in the fact that it examines events not specifically envisaged in the Farm Modernisation Act but addressed nonetheless in different decisions by the Directorate-General of Notarial Affairs. This includes selling to joint owners, selling of an indivisible share, action to exercise a retrospective right of first refusal and usucaption.*

*(Trabajo recibido el 26-11-07 y aceptado para su publicación el 1-4-08)*

---

(287) HERNÁNDEZ-GIL MANCHA, Juan Luis, «La división de fincas rústicas...», *op. cit.*, págs. 81-82.

(288) Vid. DE LA CUESTA SÁENZ, José María, «La unidad mínima de cultivo...», *op. cit.*, pág. 204.

# Los frutos de las cosas vendidas (Notas)

LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN  
*Catedrático de Derecho Civil*  
*Presidente del Consejo de redacción de la RCDI*

En un trabajo anterior *Commodum ex negotiatione*, publicado en el Anuario de Derecho Civil el año 2007, al ocuparme del problema relativo a si el deudor que incumple la obligación de entrega de cosa cierta y determinada debe solamente la indemnización de los daños sufridos por el acreedor o si debe también el precio convenido con un tercero o la cesión del derecho a percibirlo, hube de enfrentarme con el argumento de los sostenedores de este punto de vista —PANTALEÓN y BASOZÁBAL— de acuerdo con el cual en el párrafo segundo del artículo 1.468 del Código Civil, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 1.095 y 1.097, los autores del Código Civil situaron el contrato de compraventa que dicho Código reguló, en un punto intermedio entre las compraventas traslativas por el mero consentimiento de corte francés y la tradicional compraventa romana solamente obligatoria, de suerte que, según estos autores, en la compraventa de cosa cierta y determinada se genera siempre algo más que un derecho de crédito, algo que puede ser llamado *ius ad rem*, por lo menos en el sentido de que es un derecho subjetivo más vigoroso que el simple derecho de crédito. Conviene ahora reparar la omisión y ocuparse del asunto.

Como es sabido, el párrafo segundo del artículo 1.468 atribuye al comprador los frutos de la cosa vendida, diciendo que tales frutos «pertenece-rán al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato». Los comentaristas encuentran una clara concordancia entre dicho precepto y el 1.095, que reconoce el derecho de todo acreedor a los frutos de la cosa «desde que nace la obligación de entregarla», aunque dispone que no adquiere derecho real hasta que la cosa le ha sido entregada. Y en términos generales, el artículo 1.097 establece la obligación del deudor de dar cosa cierta que comprende la de entregar todos los accesorios aunque no hubiese estipulación expresa a

este respecto. El problema es entonces determinar el alcance de la atribución de los frutos al comprador y el fundamento de dicha regla.

MANRESA (*Comentario del Código Civil*, X, pág. 137) consideraba esta regla como una derivación del principio consignado en el artículo 1.095, lo que, por sí solo, no es suficiente fundamentación, y hacía dos aclaraciones: una, que al atribuir al comprador todos los frutos de la cosa vendida se incluyen en ellos tanto los frutos naturales como los industriales y los civiles, teniendo en cuenta, respecto de estos últimos, que se consideran producidos día por día y en este sentido una antigua sentencia de 28 de enero de 1926 consideró al comprador jurídicamente facultado para cobrar las sucesivas mensualidades de los alquileres de una casa comprada; y otra, que el derecho del comprador a los frutos está condicionado por la obligación de pagar los gastos a que alude el artículo 356, del que se deduce que al recibir los frutos tiene el receptor la obligación de abonar los gastos hechos (aquí el vendedor) para su producción, recolección y conservación.

En el comentario del artículo 1.095 (MANRESA, VIII, pág. 43), el comentarista relaciona, en efecto, el precepto con la construcción del contrato de compraventa como traslativo o simplemente obligatorio y, por tanto, con la denominada teoría del consentimiento traslativo o la del título con el modo. Sin embargo, para MANRESA el derecho del acreedor a los frutos es un accesorio del derecho de naturaleza personal creado por el contrato que, según el autor citado, se encontraba ya en Partidas (V, 5, 23 y 25). Atribución de los productos y acciones que los comentaristas de Partidas explicaban como un paliativo de la atribución al comprador del riesgo o daño de pérdida o menoscabo de la cosa vendida.

La verdad es que la doctrina no ha realizado análisis cuidadosos del problema que estamos analizando. Y se ha limitado a deducir la obligación de entrega de los frutos al comprador de lo dispuesto en el artículo 1.468 y de su supuesta concordancia con lo dispuesto en el artículo 1.095. Por lo demás se suele decir que los frutos civiles se devengan día por día, por lo cual, en el caso de compraventa de finca arrendada, corresponden al comprador las mensualidades de renta producidas y devengadas entre el momento de la perfección del contrato y el de la entrega, mientras que los que el Código llama frutos naturales o industriales se movilizan a partir de su separación, que coincide con la recogida o recolección realizada de acuerdo con el destino de la cosa. Por eso, si se trata de frutos que están todavía pendientes en el momento de la entrega, el vendedor cumple entregando la cosa con ellos. El deber de diligencia, además, impone al vendedor la obligación de recoger los frutos cuya separación debería producirse en el intervalo entre la perfección y la entrega. Aunque, como dice GARCÍA CANTERO, en el *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, hay que poner a cargo del comprador el abono de los gastos necesarios para la recogida y retirada de los frutos.

Este análisis hay que considerarlo, en alguna medida, como superficial y, en cualquier caso, como algo que no nos permite extraer ninguna conclusión respecto del problema de fondo que al principio teníamos planteado. Por ello, como en tantas otras ocasiones similares será conveniente efectuar una breve excursión que nos permita conocer cuáles son los antecedentes históricos.

Lo primero que llama la atención para quien crea que la regla de atribución de frutos al comprador depende del designio de haber aproximado la compraventa del Código Civil al sistema francés, es que la regla de la atribución de los frutos al comprador se encontraba ya en el artículo 1.391 del Proyecto de 1851 que, curiosamente, había importado la transmisión consensual del dominio. Según el artículo 1.391 del Proyecto, «el vendedor debe entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato», añadiendo que «desde ese día todos los frutos pertenecen al comprador». GARCÍA GOYENA, que lo hace concordar con los artículos 1.614 del Código Civil francés, 1.621 del sardo, 1.517 del holandés, 1.145 del Cantón de Vaud, 2.465 del de la Luisiana y 1.460 del napolitano, daba como antecedente de la solución ofrecida dos textos romanos; el primero pertenece a Digesto 18, 6 (*De periculo et commodo rei venditae*), donde es el fragmento 7, que recoge un texto de Paulo (Libro Quinto, *Ad Sabinum*), dice así:

*Id, quod post emptionem fundo accessit per alluvionem, vel perit, ad emptoris commodum incommo-dumque pertinet; nam et si totus ager post emptionem flumine occupatus esse, periculum esset emptoris, sic igitur et commodum eius esse debet.*

El segundo texto pertenece al Código de Justiniano (4, 49, 13 y 16) y aparece después en las Partidas 5, 5, 23, y su texto es el siguiente:

*Fructus post perfectum jure contractum, emptoris spectare personam convenit, ad quem et fructuum gravamen pertinet.*

Del primero de los textos mencionados parece deducirse que la regla es una consecuencia de la atribución al comprador del *commodum* y del *incommodum*. Puesto que el riesgo es del comprador y hay una serie de casos en los que éste soporta el *incommodum*, parece que se piensa que es justo atribuirle al *commodum* que puedan representar las accesiones y los frutos. De esta regla se hace aplicación en el Código de Justiniano 4, 49, 16, dándole las crías o partos de los animales (*foetus pecorum*). Como hemos dicho, la regla de la atribución de los frutos al comprador se encontraba y se encuentra en el Código Civil francés, según el párrafo segundo del artículo 1.614, que fue fielmente traducido en el Proyecto español de 1851, no obstante, haber organizado el Código Civil francés la compraventa como transmisión consensual del dominio. La regla de la entrega de los frutos al comprador aparecía, con anterioridad, en POTHIER, aunque en la obra de POTHIER la compraventa fuera todavía una com-

praventa de corte romano o romanista (vid. *Oeuvres*, POTHIER, I, Bruselas, 1829). En la obra de POTHIER, que es *Le Traité du Contrat de Vente*, la entrega de los frutos naturales y civiles se refiere a los nacidos y percibidos después de que el comprador haya pagado el precio, aclarando el autor que se debe *ex naturalis contractus* y que no es necesario, por ello, que el vendedor haya sido puesto en mora respecto de su obligación de entregar la cosa. Antes de la mora, dice POTHIER, el vendedor está obligado sólo respecto de los frutos que hubiera él percibido, mientras que después su obligación se extiende a aquellos que no percibió pero que pudo percibir. Esta opinión coincide plenamente con la que, después de la entrada en vigor del Código Civil, exponía Marcel PLANIOL. PLANIOL reconoce plenamente, por supuesto, el derecho del comprador a los frutos, tanto naturales como civiles, pero dice que si existe, en el momento de contratar, una recolección pendiente, el comprador no se obliga a reembolsar al vendedor los gastos que le haya costado, porque la ley supone que su valor se ha tenido en cuenta a la hora de fijar el precio, advirtiendo el autor mencionado que con frecuencia las ventas contienen cláusulas especiales relativas a los frutos que se creen muy convenientes para evitar los problemas que de otra manera se podrían suscitar. Se pregunta PLANIOL si la regla de la atribución de los frutos se aplica a las ventas bajo condición suspensiva y dice que la mayor parte de los autores se inclina por la negativa, ya que hasta la realización de la entrega los frutos se compensan con los intereses, a lo que se añade la idea que la ley sólo ha pensado en compraventas puras y simples. Opinión que a PLANIOL le parece conforme con la voluntad de las partes.

Después de todo el examen realizado hasta aquí, se puede establecer la conclusión provisional de que son tres los puntos de vista que proporcionan un posible fundamento a la norma, según la cual corresponden al comprador los frutos de la cosa vendida, aunque haya que afirmar que ninguno de ellos guarda una relación con la pretendida idea de que nuestro Código Civil situará el contrato de compraventa en un punto intermedio del contrato de carácter simplemente obligatorio de corte romano, y el contrato de compraventa de carácter traslativo de corte francoitaliano, pues la regla tiene, por una parte, un origen romano y, por otra, aparece en el ordenamiento jurídico francés anterior a la codificación cuando aquella era todavía respetuosa de la tradición romanista. Los tres puntos de vista antes citados serían los siguientes: el que quiere enlazar el artículo 1.468 con el artículo 1.095, entendiendo el primero como un caso de aplicación del segundo; la tesis que coloca el fundamento de la norma en una especie de compensación de la interpretación del Código por haberle hecho soportar los riesgos de acuerdo con la regla del *periculum*; y la que liga el fundamento de la norma con la voluntad negocial de las partes.

a) La relación del artículo 1.468 con el artículo 1.095 no ofrece serias dudas en cuanto relación. Más difícil es considerar el artículo 1.468 como una consecuencia del 1.095, ya que, por el contrario, se puede pensar, con

alguna dosis de probabilidad en el acierto, que el camino ha sido el inverso, esto es, que el artículo 1.095 fue, siempre, una generalización de la regla que favorece al comprador.

Para entenderlo así, hay cuando menos dos o tres tipos de razones. La primera es que el artículo 1.095 carece de precedentes en nuestro Derecho. Según pone de manifiesto M. PEÑA, no aparecía en el Proyecto de 1851 y tampoco encuentra ningún acompañante serio en el Derecho comparado. Puede, de esta suerte, pensarse que el redactor del artículo 1.095 no trató de hacer otra cosa que volver a enfatizar el sistema causal de la transmisión de la propiedad que se había consagrado ya en el artículo 609 y el carácter —no traslativo— del dominio de la compraventa y de la *obligatio dandi*. Y que esa enfatización se acompañó con una generalización de la regla sobre la atribución de frutos. Hay, además, algún otro motivo de reflexión. BADOSA (*Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, 22) ha señalado, creo que con acierto, que el artículo 1.095 solamente es aplicable a lo que él llama obligación de dar de carácter traslativo, lo que lo hace inaplicable a todas las obligaciones de dar carentes de dicho carácter, no obstante la letra del precepto. Tampoco resulta aplicable al *dare* de carácter traslativo que no tiene su fundamento en un contrato de carácter oneroso. Así, no es aplicable a la donación, ni tampoco a los actos de cumplimiento de un legado donde el derecho del legatario a los frutos procede de la transmisión de la propiedad en el legado de cosa cierta y determinada, pero de ninguna otra razón. BADOSA, por otra parte, ha puesto en conexión la regla de la atribución de frutos con la regla sobre la deuda de intereses del precio, tal como resulta del artículo 1.501 que hace al comprador deudor del interés del precio aplazado cuando la cosa vendida produce fruto o renta, de manera que según el autor citado, la finalidad de la norma estaría en impedir que el vendedor perciba una doble utilidad, como es la de la cosa hasta que la entrega, con los frutos de la susodicha cosa y los frutos del precio.

b) La tesis que hace depender la atribución de los frutos de la voluntad de los contratantes que resulte del contrato, fue defendida por BIONDI, aunque en relación con la inclusión en el contrato de las partes integrantes y de los accesorios: *ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt*. Que la regla de la atribución de los frutos dependa de la voluntad de las partes es algo que no puede discutirse. No cabe la menor duda que la regla es de Derecho dispositivo. Fundarla en la voluntad de las partes tiene, sin embargo, la dificultad de hacer necesaria, antes de su aplicación, una indagación de carácter interpretativo o, incluso, de una interpretación integradora. En este sentido, para aquellos casos en los que exista un precio de mercado o un precio común, el precio fijado en el contrato de compraventa puede dar una pauta respecto de lo que las partes quisieron que fuera su objeto y lo que el comprador debe recibir. Sin embargo, como fundamento genérico de la regla es difícil de sostener. Habría que demostrar que esa es la voluntad entre compradores y vendedores y habría que ofre-

cer alguna razón ligada con la voluntad de las partes para derogar otra regla, que siempre ha estado presente en esta materia, que es que la cosa, en el contrato de compraventa, se entrega tal como las partes las han definido o, subsidiariamente en el estado en que se encontraba cuando la compraventa se celebró.

c) La tesis que coloca la atribución de los frutos de la misma manera que la atribución de los accesorios y de las accesiones como una compensación de la paralela atribución al comprador del riesgo o *periculum* aparece expresamente en el texto de Digesto 18, 6, 7: *ad emptoris commodum incommodumque pertinet*. La idea expresada en el mismo texto, según el cual de la misma manera que se atribuye la accesión que favorece, habría que colocar a riesgo del comprador aquello que supone la pérdida total o parcial, como si todo el fundamento después del contrato hubiera sido ocupado por las corrientes de las aguas el *periculum* es del *emptor*. Esta relación entre atribución de frutos y *periculum* que es, probablemente, desde el punto de vista histórico la idea más acertada, hace que si por vía interpretativa u otra cualquiera se pudiera paliar el rigor de la atribución del riesgo de la cosa fortuita al comprador, habría que variar, paralelamente, la que hemos tenido en discusión.

#### RESUMEN

No resulta fácil saber las razones que indujeron a los codificadores a introducir la regla que en el Código Civil español aparece en el párrafo segundo del artículo 1.468, que atribuye al comprador los frutos de la cosa vendida desde el momento en que se perfeccionó el contrato. Algunos sectores doctrinales han pretendido que la regla se encuentre en conexión con el tipo de compraventa que los Códigos quisieron delinear y, en especial, con el carácter traslativo que a partir de la codificación francesa la compraventa adoptó en dicha codificación y en las que siguieron sus huellas. El autor del trabajo sostiene que la regla del párrafo segundo del artículo 1.468 es de origen romano, concordaba perfectamente con la compraventa romana y tiene su fundamento en una forma de compensación al comprador de las atribuciones de los riesgos de acuerdo con el principio de *periculum est emptori*.

#### ABSTRACT

It is not easy to know what reasons led lawmakers to introduce the rule appearing in the second paragraph of article 1,468 of the Spanish Civil Code, which gives the buyer the fruits of the purchased thing as of the moment when the contract of sale is concluded. Some sectors of doctrine have claimed that the rule is connected with the type of purchase that such codes were meant to delineate and, more especially, the transference nature of purchases under the French Civil Code and all civil codes cast in its mould. The author of this article sustains that the rule in the second paragraph of article 1,468 is of Roman origin, is in perfect concordance with purchases under Roman law and is at base a form of buyer's compensation for risks assigned, under the rule of *periculum est emptori*.

(Trabajo recibido el 14-2-08 y aceptado para su publicación el 1-4-08)

# Cuestiones de competencia en el juicio monitorio

por

DR. JUAN MANUEL FERNÁNDEZ APARICIO

*Fiscal*

## *SUMARIO*

1. INTRODUCCIÓN.
2. CUESTIONES DE COMPETENCIA ENTRE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.
3. CUESTIONES DE COMPETENCIA OBJETIVA ENTRE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL Y LOS JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA.
4. CUESTIONES DE COMPETENCIA TERRITORIAL:
  - 4.1. CAMBIO EN EL DOMICILIO O RESIDENCIA DEL DEUDOR.
  - 4.2. IMPOSIBILIDAD DE LOCALIZACIÓN DEL DEUDOR.
  - 4.3. PLURALIDAD DE DEMANDADOS.
  - 4.4. EL FUERO TERRITORIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

## 1. INTRODUCCIÓN

El novedoso proceso monitorio introducido en la actual LEC en los artículos 812 y siguientes y que un año antes ya se había adelantado en la Ley de Propiedad Horizontal en su artículo 21 por mor de la Ley 8/1999, de 6 de abril (EDL 1999/60873) se concibe como un instrumento eficaz para luchar contra la morosidad ya sea —como el caso de la LPH— frente a propietarios de fincas deudores de gastos ordinarios o extraordinarios, ya sean frente a cualquier deuda que se pueda probar documentalmente y cuyo importe no exceda de 30.050,61 euros (art. 812 LEC).

En efecto, concebido como un proceso especial y sumamente sencillo en donde se relajan los requisitos de postulación hasta el extremo de no precisar ni firma de abogado o procurador en el escrito de petición inicial de procedimiento (art. 814.2 LEC), sin embargo está ofreciendo problemas en la determinación de la competencia.

Probablemente el gran ámbito objetivo del artículo 812 LEC y la práctica diaria de los Tribunales han confluído en permitir que prácticamente cualquier deuda que pueda refrendarse a través de un principio de prueba documental, pueda reclamarse a través de este procedimiento, lo que va a tener como consecuencia que puedan surgir fricciones en la determinación de la competencia. Pero no sólo de índole territorial, sino incluso pudiendo plantearse cuestiones de competencia entre diferentes órdenes jurisdiccionales.

Como veremos, podemos distinguir tres tipos de conflictos de competencia. El primero entre el orden jurisdiccional civil y el contencioso-administrativo. La posibilidad de que quien ha abonado un tributo o sanción pueda repetir contra un tercero, también obligado tributario, genera la duda de si esa reclamación puede ventilarse en un juzgado de índole civil o por el contrario deberán ser los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo a quienes les corresponda el enjuiciamiento y fallo del asunto. Igualmente pueden surgir cuestiones competenciales cuando el actor pretenda reclamar una deuda proveniente de un contrato en donde la Administración es una de las partes del negocio.

El segundo tipo de conflicto vendrá propiciado entre órganos jurisdiccionales del mismo orden civil y por tanto estaremos ante una cuestión de competencia objetiva. En este caso entre los Juzgados de 1.ª Instancia y los Juzgados de lo Mercantil, y ello cuando los sujetos intervinientes o la naturaleza de la deuda hagan plantearse a quién corresponde conocer de la reclamación de cantidad.

Por último, analizaremos el supuesto cuantitativamente más numeroso y es el relativo a las cuestiones de competencia territorial entre Juzgados de 1.ª Instancia, provocado por la mutación del domicilio del deudor o por la dificultad o imposibilidad de localizarlo. También nos detendremos en los supuestos de pluralidad de demandados y en el fuero especial de las Administraciones Públicas.

Por consiguiente se abre una panoplia de supuestos que van a tener diferente solución. En todo caso, el demandante podrá sufrir el planteamiento de cuestiones negativas de competencia que deberán ser resueltas por el órgano superior común (1), con el lógico retraso del procedimiento o la otra

---

(1) Éste será la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, si ambos órganos jurisdiccionales residen en la misma Comunidad Autónoma, o por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si los Juzgados de Primera Instancia están ubicados en distintas Comunidades Autónomas.

opción, no menos apetecible, que es que el demandante iniciará un peregrinaje por los diferentes órganos jurisdiccionales, con el lógico perjuicio a sus intereses y dilación del pleito.

Veamos cada uno de los supuestos en los que puede verse el actor.

## 2. CUESTIONES DE COMPETENCIA ENTRE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Los artículos 36 a 39 de LEC regulan las reglas que han de seguirse cuando un asunto se considere que no pertenece a la jurisdicción civil. Indica el artículo 37 que el juez deberá abstenerse de conocer al estimar que el asunto que se le somete corresponde a la jurisdicción militar, o bien a una Administración Pública o al Tribunal de Cuentas cuando actúe en sus funciones contables. También cuando se les sometan asuntos de los que corresponda conocer a los tribunales de otro orden jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria. Los dos preceptos que le siguen se refieren respectivamente a cuando esa falta de competencia la aprecia el juez de oficio o cuando se realiza a instancia de parte. En todo caso, el Fiscal deberá dar su parecer sobre la naturaleza del asunto y el órgano jurisdiccional competente, como así lo exige además el artículo 3.8 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (2).

En ocasiones la presencia directa o indirecta de la Administración o la afectación al interés público plantea si es posible acudir al juicio monitorio y por tanto a la jurisdicción civil.

Básicamente las cuestiones de competencia se han planteado en algunos supuestos de reclamación de cantidades a la Administración e igualmente en los casos de reclamaciones entre sujetos tributarios.

El juicio monitorio puede ser un eficaz medio de reclamar una deuda a la Administración. Si bien esta posibilidad sólo es posible en algunos supuestos. No es posible cuando estemos ante supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración donde el artículo 139 LAPAC y artículo 9.4 LOPJ residencia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo la resolución de cualquier controversia de esta naturaleza, aunque entre los responsables existan particulares como las entidades aseguradoras.

Mayor complejidad surge cuando la reclamación procede de un contrato celebrado con la Administración. Es decir, cuando el particular pretende, a través de un procedimiento monitorio, cobrar un crédito de una Administra-

---

(2) «Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes, e intervenir en las promovidas por otros».

ción deudora. Para una mayor claridad debemos hacer una «incursión» en la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas.

El artículo 5 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (EDL 2000/83354), distingue entre contratos de carácter administrativo o de carácter privado (3). Distinción que reitera el artículo 3 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (EDL 2001/34761). Esta distinción va a tener una consecuencia evidente en orden a determinar qué orden jurisdiccional conocerá de los litigios que surjan en torno a contratos en los que sea parte la Administración. El artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (EDL 1998/44323) en relación al artículo 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (EDL 2000/83354) permite establecer que todas las cuestiones que surjan en torno a los contratos administrativos serán de competencia del orden contencioso. Respecto a los contratos privados serán de competencia del orden jurisdiccional civil a excepción de la fase de preparación y adjudicación del contrato cuyos actos serán fiscalizables ante la jurisdicción contencioso-administrativa (4).

Consecuentemente si la reclamación de cantidad procede de un contrato administrativo, obviamente no es posible interponer un juicio monitorio ante un Juzgado de 1.ª Instancia. Si por contra estamos ante una pura relación de Derecho Privado, nada obsta a acudir al juicio monitorio ante un juez civil, salvo que estemos en la fase de preparación y adjudicación del contrato. Supuesto,

---

(3) 1. Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado.

2. Son contratos administrativos:

a) Aquéllos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206, referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley.

3. Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206, referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones, y de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

(4) Son los llamados actos separables.

por otra parte, harto improbable, ya que la obligación de pago por parte de la Administración nacerá en el momento del perfeccionamiento del contrato.

Resulta interesante por su claridad el Auto de la AP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 9 de diciembre de 2003, número 715/2003, recurso 488/2003. Ponente: BAYOD LÓPEZ, Carmen (EDJ 2003/211695). Sucintamente la parte actora reclamaba, a través de un procedimiento monitorio, al Ayuntamiento de Herrera de los Navarros una determinada cantidad de dinero en relación con unos actos de comunicación pública de obras musicales y dramáticas que se llevaron a cabo en los años 2000 y 2001: en concreto se reclamaban los derechos de explotación de las diversas obras y composiciones musicales. Un Juzgado de Zaragoza de 1.ª Instancia se había declarado incompetente considerando que la competencia recaía sobre órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo. La AP de Zaragoza, por el contrario, estima el recurso de apelación interpuesto por la SGAE y declara que el asunto es de la jurisdicción civil, lo que resulta coincidente con el criterio defendido por el Fiscal.

La Sala sostiene que no estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino ante una pura y simple reclamación civil en la que es parte una Administración Pública pero en una relación de Derecho Privado, ya se califique ésta de contractual o de gestión de derechos de autor encomendados legalmente a la Sociedad General de Autores (SGAE) en base a la antigua Ley de Propiedad Intelectual (art. 11). Luego, estamos ante una relación de Derecho Privado y no ante una actuación administrativa. Tras fundamentar su tesis en la legislación de contratos de las administraciones públicas a las que hemos hecho referencia, refrendada por la doctrina jurisprudencial aplicable al caso (5), concluye que estamos ante unos derechos que nacen de la Ley de Propiedad Intelectual sin que se aprecie intervención o actuación administrativa alguna. Por tanto los derechos de contenido económico pueden reclamarse a través de un juicio monitorio y ante, obviamente, la jurisdicción civil.

---

(5) El auto cita varias Resoluciones de la que destacamos el Auto del TS de 3 de diciembre de 1990, de su Sala III, EDJ 1990/1104, del que reproducimos un fragmento, recogido por la Audiencia zaragozana:

«No nos encontramos ante un contrato que la Administración, en el ámbito de sus competencias y para la prosecución de sus fines, hubiera celebrado con la Sociedad General de Autores y Editores o con cualquiera de los representados por ella, sino que estamos en presencia de la reclamación de unos derechos devengados en beneficio de un colectivo de personas, individuales o jurídicas, pero titulares de los derechos de autor, no contratantes con el Ayuntamiento demandado y amparados por normas de carácter exclusivamente civil, como las contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual, de 11 de noviembre de 1987, EDL 1987/12846 (...), por más que dicho devengo dimanase de un contrato concertado por la Administración Municipal con persona o entidad distinta de la que reclama, es decir, nos encontramos ante unos derechos civiles ajenos a dicho contrato y que por su ejecución surgen a favor de terceros...»

Otro caso no pacífico de competencia se genera en la reclamación de cantidades procedentes del pago de un tributo o sanción a través del procedimiento monitorio. En este supuesto lo que pretende el actor es repercutir el importe de lo satisfecho a la Administración a un tercero. En este caso podemos, a su vez, distinguir dos supuestos:

- a) Cuando el actor actúa como sujeto sustituto del contribuyente, responsable o figura afín.
- b) Cuando el actor no tiene esa condición.

La diferencia entre ambos supuestos radica en la posibilidad de que la Administración Tributaria pueda reclamar directa o subsidiariamente el abono de un tributo o sanción, con independencia de la forma que adopte: impuesto, tasa, contribución especial, etc., al sujeto obligado o a otros que la norma tributaria califica de sustitutos o responsables y por tanto participantes en la relación jurídica tributaria. Ello sin perjuicio de repercutir el importe de lo satisfecho en quien principalmente ha de abonar la deuda fiscal.

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (EDL 2003/149899) (6) diferencia dos figuras a las que la Administración Tributaria puede dirigirse para el cobro de un tributo: el sustituto y el responsable.

Las características que definen la figura del sustituto son:

- Es sujeto pasivo de la obligación tributaria.
- Las obligaciones que se le atribuyen nacen por mandato de ley.
- No realiza el hecho imponible.
- Ha de estar delimitado legalmente de modo expreso.
- No tiene que soportar la carga tributaria.

En la figura del responsable concurren las siguientes notas:

- Es deudor del tributo aunque no participa en la realización del hecho imponible.
- Resulta obligado al pago de un tributo devengado por hechos imposables imputables a otros sujetos.
- Existe relación entre el sujeto pasivo y el responsable.

En efecto, el artículo 36 LGT califica de sujetos pasivos al contribuyente y al sustituto del contribuyente. El primero es quien materialmente realiza el hecho imponible. El segundo es el sujeto pasivo que, por imposición de la ley y en lugar del contribuyente, está obligado a cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma.

---

(6) En adelante LGT.

Igualmente el artículo 41 LGT contempla la figura del responsable solidario o subsidiario de la deuda tributaria (7), que junto a los deudores principales pueden ser requeridos por la Administración para afrontar el pago de un tributo o sanción. A estos efectos, se considerarán deudores principales los obligados tributarios del apartado 2 del artículo 35 de esta ley (8). Como el propio precepto prevé en el apartado 6.º del artículo 41 LGT, el responsable tiene derecho de reembolso frente al deudor principal en los términos previstos en la legislación civil. Por tanto podrá acudir con la carta de pago del tributo o sanción a un juicio monitorio para que el obligado principal satisfaga lo ya abonado a la Administración.

Pese a esta expresa habilitación de la LGT que implícitamente está derivando a la jurisdicción civil las reclamaciones de esta naturaleza. Hay algu-

---

(7) En relación con la condición de responsable tributario, establece la Ley General Tributaria que «los que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones económicas» serán responsables solidarios de las obligaciones tributarias contraídas por su titular anterior y derivadas de su ejercicio, en los términos que resulten del procedimiento para exigir dicha responsabilidad, según el cual podrá solicitarse a la Administración Tributaria una certificación detallada de las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias resultantes de tales actividades. Si bien de dicha responsabilidad se excluyan determinados supuestos, en particular cuando la sucesión se produzca por causa de muerte, al considerarse al heredero por la ley como sucesor y no como responsable.

Sobre el alcance de dicha responsabilidad solidaria se precisa que, «cuando no se haya solicitado dicho certificado, la responsabilidad alcanzará también a las sanciones impuestas o que puedan imponerse», de lo que cabría deducir que su solicitud excluye dicha responsabilidad. No obstante, al referirse al procedimiento en virtud del cual puede solicitarse dicha certificación, se dispone que, de expedirse por la Administración, «quedará la responsabilidad del adquirente limitada a las deudas, sanciones y responsabilidades contenidas en la misma».

Dicha inclusión de la responsabilidad solidaria por las sanciones en el ámbito de la sucesión empresarial permite suscitar una cierta perplejidad, dada la personalidad de la pena, debiendo a este respecto señalarse que, según la LGT, las sanciones no constituyen una obligación tributaria accesoria de la que tenga por objeto el pago de una cuota tributaria, quedando expresamente excluidas de dicho texto legal del concepto de deuda tributaria, sin que pueda evitarse establecer un paralelismo con una modalidad de sucesión empresarial como es la producida por causa de muerte, para la que se dispone que «en ningún caso» pueda producirse la transmisión a los herederos de las sanciones tributarias impuestas al causante.

- (8) a) Los contribuyentes.  
b) Los sustitutos del contribuyente.  
c) Los obligados a realizar pagos fraccionados.  
d) Los retenedores.  
e) Los obligados a practicar ingresos a cuenta.  
f) Los obligados a repercutir.  
g) Los obligados a soportar la repercusión.  
h) Los obligados a soportar la retención.  
i) Los obligados a soportar los ingresos a cuenta.  
j) Los sucesores.  
k) Los beneficiarios de supuestos de exención, devolución o bonificaciones tributarias, cuando no tengan la condición de sujetos pasivos.

nos Juzgados de 1.<sup>a</sup> Instancia que se plantean si tienen jurisdicción para que el actor pueda, en sede civil, reclamar el importe de este tipo de créditos.

Sobre la cuestión resulta de interés la SAP de La Coruña, Sección 4.<sup>a</sup>, de 1 de septiembre de 2006, número 120/2006, recurso 383/2006. Ponente: VILARIÑO LÓPEZ, M.<sup>a</sup> del Carmen (EDJ 2006/271168). Sucintamente el sustituto del contribuyente reclama por vía del procedimiento monitorio al contribuyente el pago en este caso de una tasa girada por la Autoridad Portuaria. Al plantear ante el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia, éste se declara incompetente, provocando que recurra en apelación. La Audiencia coruñesa aprovecha la ocasión para unificar criterios rechazando *a priori* que estemos ante una cuestión que pertenezca a la jurisdicción contencioso-administrativa. Para la AP la clave de la cuestión descansa en saber si en esa reclamación se ha hecho partícipe a la Administración. Si el sustituto tributario no ha acudido a la vía administrativa o a la jurisdicción contenciosa, discutiendo la idoneidad de la tasa o su carácter de sujeto pasivo, es evidente que la reclamación sólo implica a dos particulares, no afectando al interés de la Administración que ya ha cobrado la tasa. En el momento de la petición inicial no se van a plantear al órgano jurisdiccional civil ninguna cuestión prejudicial contencioso-administrativa que pudiera afectar a su competencia. Será el requerido de pago el que podrá plantear cuestiones prejudiciales de naturaleza administrativa. Pero esta cuestión tendrá que articularla en el momento de la oposición, lo que provocará, como indica el artículo 818 LEC, que tenga que resolverse en el juicio que corresponda.

Por otro lado, como recoge el artículo 42 LEC, planteada la cuestión prejudicial —que en el caso analizado podría ser negar su condición de sustituto del contribuyente o de responsable del mismo— se abren dos posibilidades. La primera es que el juez civil conozca a los solos efectos prejudiciales sin que lo decidido surta efectos fuera de ese proceso civil (apartados 1 y 2 del art. 42). Pero también es posible una segunda opción: el apartado 3.<sup>o</sup> del precepto citado prevé que cuando lo establezca la Ley o lo pidan las partes, de común acuerdo o una de ellas con el consentimiento de la otra, los tribunales civiles suspenderán el curso de las actuaciones, antes de dictar sentencia, hasta que la cuestión prejudicial sea resuelta, en sus respectivos casos, por la Administración Pública competente o por el orden contencioso-administrativo. En este caso, el tribunal civil quedará vinculado a la decisión de los órganos indicados acerca de la cuestión prejudicial. Pero sea como fuere, en todo caso se mantiene el asunto en el seno del orden jurisdiccional civil.

El otro supuesto es cuando la ley, bien directamente o por vía contractual, permite la repercusión de ciertos gastos tributarios sin que entre el repercutido y la Administración pueda existir obligación fiscal, es decir, no es sujeto pasivo ni como contribuyente ni como sustituto del mismo, ni tampoco es responsable.

Este es el caso de ciertas cantidades que, al amparo de la legislación arrendaticia, pueden ser repercutidas al inquilino. Aunque la posibilidad de reclamar por vía del juicio monitorio cantidades derivadas de la relación arrendaticia no es pacífico en la doctrina (9), sin embargo están siendo admitidas por algunas Audiencias (10).

Así y como ejemplo, la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup>, apartado *c*), subepígrafe 10.2 de la Ley 29/1994, de 30 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, permite repercutir el importe del Impuesto de Bienes Inmuebles al arrendatario. Resulta obvio que la obligación tributaria recae exclusivamente sobre el titular del bien. Así se infiere del artículo 63 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (EDL 2004/2992). Por tanto será el propietario o usufructuario que en la relación locativa es el arrendador, el obligado a su pago. E igualmente resulta imposible que la Administración reclame el importe del IBI al arrendatario, ya que éste no es sujeto pasivo del tributo ni como contribuyente ni como sustituto. Este artículo 63 sí contempla la figura del sustituto del contribuyente. Es el caso de varios titulares de una concesión administrativa en donde cabe la posibilidad de que uno de ellos abone el tributo y luego reclame a los otros la satisfacción del importe que le corresponda. Es por tanto el supuesto estudiado anteriormente en donde expresamente se contempla que tal reclamación pueda hacerse por la vía civil (11).

---

(9) A favor, LOSCERTALES FUERTES, expresada en diversos foros como el XI Congreso Nacional de Jóvenes Administradores de Fincas o en Jornada sobre Monitorio General y Especial de Propiedad Horizontal, Colegio de Abogados de Madrid, febrero de 2006. De la misma opinión, FRESNILLO IGLESIAS, Antonio, «Reclamaciones de cantidad y Procedimiento Monitorio en Arrendamientos Urbanos», en *Boletín de Arrendamientos Urbanos. El Derecho*, núm. 20. En contra, FUENTES LOJO, en *Novísima Suma de Arrendamientos Urbanos*.

(10) A título de ejemplo podemos citar el Auto de 20 de julio de 2007 de la Sección 11.<sup>a</sup> de la AP de Valencia. Ponente: Señor JIMÉNEZ MURRÍA, rollo 555/04. Por su interés reproducimos el siguiente fragmento: «*Si bien es cierto que el artículo 250 LEC recoge un cauce específico para la reclamación de rentas o cantidades debidas por el arrendatario, su existencia no priva de la posibilidad, ni es óbice para acudir al cauce del monitorio, al no existir norma que lo impida si la acción y documentos presentados cumplen los requisitos contenidos en el mismo*».

(11) 1. Son sujetos pasivos, a título de contribuyentes, las personas naturales y jurídicas y las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que ostenten la titularidad del derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible de este impuesto.

En el supuesto de concurrencia de varios concesionarios sobre un mismo inmueble de características especiales, será sustituto del contribuyente el que deba satisfacer el mayor canon.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior será de aplicación sin perjuicio de la facultad del sujeto pasivo de repercutir la carga tributaria soportada conforme a las normas de Derecho Común. Los Ayuntamientos repercutirán la totalidad de la cuota líquida del

Idéntico supuesto es el abono por el arrendador del importe de determinadas obras o el pago de contribuciones especiales en el marco del artículo 108 de la LAU de 1964, vigente para los contratos anteriores a la actual Ley de Arrendamientos Urbanos.

En estos casos si el inquilino no acepta la repercusión de este gasto tributario ordenado por la Administración, el arrendador puede optar por reclamárselo vía juicio monitorio. En estos supuestos no debe plantearse cuestión competencial alguna. Se trata de una deuda civil al convertirse en gasto arrendaticio repercutible, en este caso, por ministerio de la ley entre sujetos vinculados contractualmente.

### 3. CUESTIONES DE COMPETENCIA OBJETIVA ENTRE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL Y LOS JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA

La Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, modificó a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduciendo a través del artículo 86.ter un nuevo tipo de juzgados unipersonales que se denominaron Juzgados de lo Mercantil. Como indicaba la propia Exposición de Motivos de la LO 8/2003, la creación de este juzgado *ex novo* obedecía a la necesidad específica de atribuirles la resolución de conflictos dimanantes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, y a la necesidad genérica de crear unos órganos especializados capaces de enfrentarse a asuntos en ocasiones con una elevada complejidad técnica.

Estos nuevos juzgados, que van a conocer de materias que venían conociendo los colapsados Juzgados de 1.ª Instancia, se van a enfrentar con la dificultad de delimitar lo que objetivamente corresponde a un juzgado y lo que objetivamente corresponde a otro. En vano el prolijo artículo 86.ter (12)

---

impuesto en quienes, no reuniendo la condición de sujetos pasivos del impuesto, hagan uso mediante contraprestación de sus bienes demaniales o patrimoniales.

Asimismo, el sustituto del contribuyente podrá repercutir sobre los demás concesionarios la parte de la cuota líquida que les corresponda en proporción a los cánones que deban satisfacer cada uno de ellos.

(12) 1. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

1.º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con el mismo alcance conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de la Ley Concursal.

2.º Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando

de la LOPJ va a tratar de fijar la frontera competencial de estos Juzgados. La causa posiblemente está ya recogida en la propia Exposición de Motivos de la LO 8/2003 que advierte: «*La denominación de estos nuevos juzgados alude a la naturaleza predominante en las materias atribuidas a su conocimiento, no a una identificación plena con la disciplina o la legislación mercantil, siendo así que, ni se atribuyen en este momento inicial a los Juzgados de lo Mercantil todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que extienden su competencia son exclusivamente mercantiles. De hecho, el criterio seguido para esta atribución, dentro del orden jurisdiccional civil, no responde a directrices dogmáticas preestablecidas, sino a un contraste pragmático de las experiencias que han adelantado en nuestra práctica judicial este proceso de especialización que ahora se generaliza. Se parte así de unas bases iniciales prudentes que habrán de desarrollarse progresivamente en los años venideros, de acuerdo con la experiencia que se vaya acumulando*».

---

estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.

3.º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.

4.º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el número 1.º

5.º Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita.

6.º Las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.

2. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:

a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que, dentro de este orden jurisdiccional, se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.

b) Las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional.

c) Aquellas pretensiones relativas a la aplicación del Derecho Marítimo.

d) Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia.

e) Los recursos contra las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del Registrador Mercantil, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria para este procedimiento.

f) De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado.

g) De los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengán referidos a materias contempladas en este apartado.

Por otra parte, como indica GARCÍA-CHAMÓN CERVERA (13), conforme establece el artículo 46 LEC, extenderán exclusivamente su competencia sobre los asuntos del artículo 86.ter LOPJ, debiendo inhibirse a favor de los Juzgados de Primera Instancia cuando el proceso verse sobre materias diferentes; en segundo lugar, cuando se produce la acumulación por concurrencia de una situación de conexidad objetiva o subjetiva en las pretensiones deducidas, siendo una de ellas incardinable en la competencia de los Juzgados de lo Mercantil y la otra en la competencia de los Juzgados de Primera Instancia, habida cuenta de que el artículo 73.1.1.º LEC impide la acumulación cuando uno de esos Juzgados carece de competencia objetiva para conocer de la pretensión acumulada.

Por tanto habrá supuestos en donde el procedimiento monitorio tenga que interponerse ante un Juzgado de lo Mercantil y en otras ocasiones corresponderá a los Juzgados de 1.ª Instancia. Evidentemente la literalidad del artículo 813 LEC, en donde se dice que será exclusivamente competente para el proceso monitorio el Juez de 1.ª Instancia no puede utilizarse como argumento infalible para rechazar de plano que un Juzgado de lo Mercantil pueda resolver un procedimiento como éste. Si la LEC fuera posterior en el tiempo a la LO 8/2003, sí podría utilizarse tal argumentación. Pero la redacción del artículo 813 LEC se materializa tres años antes a la creación de los Juzgados de lo Mercantil y por tanto en un momento en el que era imposible plantear la cuestión de competencia. No obstante el argumento de la literalidad del artículo 813 LEC, como veremos, ha sido utilizado por algunos Juzgados de lo Mercantil para rechazar la competencia para conocer de un monitorio.

En efecto, el Auto de la AP de Madrid, Sección 28.ª, de 20 de abril de 2006, número 78/2006, recurso 132/2006. Ponente: PLAZA GONZÁLEZ, Gregorio (EDJ 2006/101684), rechaza que se utiliza el criterio de la literalidad de la ley para no entender que un Juzgado de lo Mercantil no puede tramitar un juicio monitorio.

El supuesto de hecho era una reclamación por una entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual (SGAE) a través de un procedimiento monitorio que se interpone ante un Juzgado de lo Mercantil. El Juzgado utiliza un criterio interpretativo basado en la pura letra de la LEC para no considerarse competente, lo que rechaza la Audiencia y estima la apelación. Es interesante que nos detengamos en los argumentos del juzgado *a quo*.

El Juzgado de lo Mercantil básicamente argumenta que no puede conocer de un monitorio por cuanto el artículo 813 LEC no cita al Juzgado de lo Mercantil para conocer de este tipo de procedimientos. Además añade que el artículo 86.ter LOPJ utiliza la expresión «demanda» cuando el monitorio se

---

(13) GARCÍA CHAMÓN CERVERA, Enrique, «Juzgados de lo Mercantil o Juzgados de 1.ª Instancia», en *Revista de Jurisprudencia, el Derecho*, núm. 1, mayo de 2005, pág. 1 (EDB 2005/23650).

inicia por simple escrito como indica el artículo 812 LEC. Por otra parte, la simplicidad de este tipo de procedimiento, junto al limitado conocimiento jurisdiccional que permite le lleva a considerar que no puede ser objeto de conocimiento en un Juzgado de lo Mercantil, ya que estos órganos fueron creados para enfrentarse a asuntos complejos y bajo un principio de especialidad. Por colofón argumenta que el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia es un órgano jurisdiccional más «próximo» al justiciable.

La Audiencia madrileña desmonta uno a uno los argumentos utilizados por el Juzgado de lo Mercantil. Respecto a la literalidad del artículo 813 LEC y como ya apuntamos y para no ser reiterativos indicar que no puede utilizarse cuando la creación de los Juzgados de lo Mercantil fue con posterioridad a la propia LEC.

Podemos utilizar un argumento más, íntimamente relacionado con lo expuesto. Cuando se aprueba la nueva LEC sólo se articulan dos juzgados que pueden conocer en 1.<sup>a</sup> Instancia, como ocurría con la vieja LEC de 1881; los Juzgados de 1.<sup>a</sup> Instancia y residualmente los Juzgados de Paz. Cuando el artículo 813 LEC sólo menciona a los Juzgados de 1.<sup>a</sup> Instancia, evidentemente supone una exclusión tácita de los Juzgados de Paz para que puedan conocer de un procedimiento monitorio aunque la cuantía que se reclame sea mínima (14).

Por otra parte, no es de recibo argumentar que la expresión demanda no aparece en el artículo 813 LEC, ya que en el propio artículo 86.ter se utilizan expresiones diversas (demanda, acciones, pretensiones), por lo que no podemos usar la literalidad del precepto para rechazar la competencia.

Por otra parte, el criterio de la «proximidad al justiciable», como bien indica la resolución, supondría utilizar un argumento más propio de un debate sobre competencia territorial que sobre la objetiva, que es la que aquí nos ocupa; además, la localización del Juzgado de lo Mercantil, que tiene jurisdicción provincial, en la capital de cada provincia (art. 86.ter LOPJ) supone una garantía de accesibilidad suficiente para el ciudadano, ya que las distancias no son desmedidas en ese ámbito y el desarrollo adquirido por los medios de transporte minimiza la relevancia de ese problema.

El criterio que debe discernir si es objetivamente competente un Juzgado u otro descansa en la naturaleza de la materia y no en el tipo de procedimiento. En el caso comentado, la letra a) del número 2 del artículo 86.ter 2 de la LOPJ atribuye a los Juzgados de lo Mercantil la competencia para conocer de cuantas cuestiones se susciten en el orden jurisdiccional civil respecto de demandas en las que se ejerciten acciones relativas a propiedad intelectual.

---

(14) Artículo 47 LEC: «A los Juzgados de Paz corresponde el conocimiento, en primera instancia, de los asuntos civiles de cuantía no superior a 90,15 euros que no estén comprendidos en ninguno de los casos a que, por razón de la materia, se refiere el apartado 1 del artículo 250».

Además, la legitimación de tales entidades, sometida a un régimen especial, también se sustenta en la propia LPI (art. 150) y su actividad no es otra que gestionar y hacer valer los derechos recogidos en dicho texto legal.

En conclusión, la asignación competencial a los Juzgados de lo Mercantil que se contempla en el artículo 86.ter de la LOPJ lo es por materias y no por tipo de procedimientos. De manera que lo que determina que deba conocer el Juzgado de lo Mercantil es que el litigio verse sobre alguna de las específicamente incluidas en el catálogo del citado precepto legal, con independencia del cauce procesal por el que deba ventilarse la contienda, quedando el resto de las materias civiles para el Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia (art. 85.1 LOPJ).

En la misma línea, el Auto de la AP de Madrid, Sección 21.<sup>a</sup>, de 28 de marzo de 2006, número 170/2006, recurso 669/2005. Ponente: CARRASCO LÓPEZ, Rosa María (EDJ 2006/57095). La AP estima el recurso de apelación interpuesto por la actora contra el auto de instancia, que declaró la falta de competencia objetiva, revoca el mismo y decreta la competencia objetiva para conocer del monitorio al Juzgado de lo Mercantil. Reitera los argumentos expuestos. La ley atribuye a los Juzgados de lo Mercantil, el conocimiento de acciones relativas a la propiedad intelectual. Y la actora ejercita la acción basada en la propiedad intelectual. No es razón para rechazar la competencia objetiva, el carácter especializado de los Juzgados de lo Mercantil frente al Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia.

#### 4. CUESTIONES DE COMPETENCIA TERRITORIAL

Este es el supuesto que cuantitativamente se plantea más entre los diferentes Juzgados de 1.<sup>a</sup> Instancia. La competencia territorial se fija como regla general en el domicilio o residencia del deudor, tal y como ordena el artículo 813 LEC. Esta norma de competencia territorial es de carácter imperativo. Por tanto no es posible ningún pacto sobre sumisión expresa o tácita a ningún otro tribunal, como aclara el propio precepto en su último inciso.

Como criterio subsidiario al indicado, en el caso de que el domicilio no fuera conocido, ha de buscarse su lugar de residencia como se desprende tácitamente al afirmar el artículo 813 que *«si no fueren conocidos, el lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos de requerimiento de pago por el tribunal»*.

Como regla especial de competencia se fija que cuando la deuda que se reclame sean gastos comunes provenientes de una comunidad de propietarios, en este caso —y sólo en este caso— la competencia territorial radicará en el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia en cuyo partido judicial esté la finca que esté gravada con la satisfacción de estos gastos de comunidad. Así lo recuerda el

Auto del TS de 25 de enero de 2006. Ponente: Señor GARCÍA VARELA (núm. de recurso 148/05).

Por tanto una regla general, una regla subsidiaria y una regla especial constituyen los tres parámetros que hemos de manejar para determinar la competencia territorial como recuerda el Auto del TSJ de Cataluña, Sección 1.ª de 30 de junio de 2005, recurso 89/2005. Ponente: RAMOS RUBIO, Carlos (EDJ 2005/108739).

Existe, pues, una clara orientación competencial hacia el domicilio del deudor lo que, como bien indica GÓMEZ COLOMER (15) puede perjudicar sin duda alguna al acreedor, particular o pequeño empresario que normalmente no tiene a su deudor cerca, lo que le puede obligar a pleitear a lo largo y ancho de nuestro territorio nacional.

El principal problema que surge en este procedimiento es la dificultad o incluso imposibilidad de notificar el escrito que actúa como demanda (16) interpuesta por el acreedor en el domicilio que éste señala en su propia demanda y que, a su vez, suele tener un respaldo en la documentación que acredita su crédito y en donde suele aparecer el domicilio del futuro demandado. El efecto no deseado va a ser una paralización del procedimiento o en el mejor de los casos la aparición de una cuestión de competencia si resulta que aparece otro lugar donde puede ser notificado, situándose dicho *locus* a extramuros del partido judicial del juez que en principio se ha declarado competente. En estos casos el juez de oficio va a cuestionar la competencia territorial del órgano jurisdiccional, reclamando la intervención del Fiscal para que éste informe sobre la correcta competencia territorial y ello conforme al artículo 58 LEC.

Debemos distinguir tres supuestos que van a tener efectos bien diferentes:

- A) Cambio en el domicilio o residencia del deudor.
- B) Imposibilidad de localización del deudor.
- C) Pluralidad de demandados.

Por último, la presencia de la Administración, aun cuando estemos ante un asunto cuya competencia recae en la jurisdicción civil, incidirá en el fuero territorial alterando los fueros territoriales fijados en el artículo 813 LEC.

#### 4.1. CAMBIO EN EL DOMICILIO O RESIDENCIA DEL DEUDOR

Para una mejor comprensión partamos de un supuesto de hecho muy frecuente: El demandante interpone el procedimiento monitorio ante un Juz-

---

(15) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, «El proceso monitorio: algunos problemas prácticos en su aplicación inicial», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 1/2002.

(16) Nótese que el legislador ha omitido intencionadamente llamar demanda al escrito inicial del procedimiento monitorio.

gado de 1.<sup>a</sup> Instancia concreto al considerar que de la documentación obrante en su poder se deduce que el demandado tiene domicilio en el partido judicial en donde ha interpuesto su escrito. El Juzgado admite el escrito, se declara competente y procede a comunicar al demandado el requerimiento de pago. Sin embargo, resulta imposible la notificación al no ser hallado en el domicilio designado, apareciendo un nuevo domicilio situado fuera de ese partido judicial.

Ante esta realidad caben dos opciones: que el juzgado que se declaró inicialmente competente siga conociendo del asunto, pero también es posible suscitar una cuestión de competencia pretendiendo que el asunto sea conocido por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia donde se halle realmente el deudor.

A favor de la primera tesis podemos afirmar que el artículo 58 LEC, en relación con la norma especial de competencia territorial establecida para este tipo de procedimientos en el artículo 813 de dicha Ley, y en concordancia con el principio de la *perpetuatio jurisdictionis* —expresamente recogido en su art. 411 («las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia»)—, confluyen en entender que el momento de determinación de la competencia territorial es el de la admisión de la demanda y no con posterioridad, lo que presupone que si el actor, basado en la relación jurídica reclamada, la presenta en el Juzgado competente conforme a la regla especial delimitada por el domicilio o residencia del deudor —normalmente conocidos por haber sido facilitados por él mismo—, o, de no ser conocidos, el del lugar en que éste pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago, por el hecho de su admisión a trámite queda consolidado ese elemento competencial, que ya no podrá verse afectado por razón de que posibles circunstancias sobrevenidas condicionen el que el requerimiento de pago tenga que efectuarse en otra circunscripción, pues ello no afecta a la competencia que con anterioridad se ha reconocido y cuyo planteamiento de oficio no cabe admitida la demanda, sin perjuicio de que la parte demandada cuando comparezca pueda proponer la correspondiente declinatoria en los términos legales.

Esta tesis es claramente pro actor, pues le evita un peregrinaje de jurisdicciones buscando a su moroso por el territorio nacional.

La segunda tesis u opción interpretativa, y que es la que defendemos, es optar por considerar competente el Juzgado donde realmente pueda verificarse el domicilio del deudor. En efecto, el artículo 813 de la LEC, situado en sede del proceso monitorio, impone la competencia territorial, con exclusión expresa del principio general dispositivo de las normas sobre competencia territorial (arts. 54 a 56 de la LEC), a favor del Juez del domicilio o residen-

cia del deudor, con un fuero alternativo subsidiario («si no fueren conocidos»), referido al Juez del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago por el Tribunal.

En este sentido y a este respecto, como ya indicábamos anteriormente, la Ley señala dos sedes: una primera, formal-tuitiva, la del obligado al pago, y otra segunda, subsidiaria y material-efectiva, la del lugar donde realmente pueda ser habido. Por ello, la preferencia para conocer del asunto se ha de otorgar, con carácter principal y como regla general, al Juez del domicilio del demandado. Pero cuando la realidad de los hechos demuestre que el demandado tiene su residencia efectiva en otro lugar, entrará en juego con carácter necesario el criterio subsidiario. Por lo tanto, pese a su carácter alternativo, se trata de un fuero imperativo y, en consecuencia, conforme al artículo 58 LEC, el Juez puede y debe examinar sobre su competencia territorial después de presentada la demanda.

Consecuentemente no es aplicable el artículo 411 LEC, y así lo ha mantenido la Sala I del TS. En este sentido, el Auto de 7 de noviembre de 2005. Ponente: Señor Almagro Nosete (recurso núm. 92/2005) (17). En esta Resolución recuerda el carácter prevalente del artículo 813 sobre el 441 LEC. Además el artículo 411 LEC sólo es aplicable una vez iniciado el proceso se produzca una alteración en el domicilio. El caso objeto de este Auto era la resolución de un conflicto de competencia negativo entre un Juzgado de Madrid y un Juzgado de Valencia. El monitorio había sido interpuesto en Madrid, ya que la actora consideraba que tenía domicilio en la Villa. Sin embargo, la notificación resulta fallida y curiosamente el propio demandado, mediante llamada telefónica al Juzgado madrileño, comunica que su domicilio está en Valencia. El Supremo se inclina por Valencia por las razones ya apuntadas.

El Auto del TS de 8 de septiembre de 2006. Ponente: Señor SIERRA GIL DE LA CUESTA (recurso núm. 107/2006), añade que *«cuando el domicilio que consta en la demanda no se corresponde con el actual que ha quedado acreditado por hechos de conocimiento posterior debe aplicarse, analógicamente, la regla prevenida por el artículo 48 LEC para la falta de competencia objetiva; por lo que esta Sala ha excluido en estos casos la aplicación del artículo 411 LEC»*.

Por último, el Auto del TS, de 1 de abril de 2005. Ponente: Señor CORBAL FERNÁNDEZ (recurso núm. 109/2004), añade como argumentos a los ya expuestos: *«la exigencia indeclinable de efectivizar la eficacia del proceso civil, y singularmente del juicio monitorio, y el ejercicio de los derechos, agilizando la respuesta judicial»*.

(17) Este Auto cita, a su vez, Resoluciones de la Sala I del TS, conteniendo idéntica doctrina: Autos de 25 de noviembre de 2002, 2 de julio de 2003, 22 de diciembre de 2003, 29 de marzo de 2004, 31 de marzo de 2004 y 20, 22 y 28 de abril de 2004.

Sostienen también esta tesis el Auto del TSJ de Andalucía (Granada), Sección 1.ª, de 11 de marzo de 2005, número 2/2005, recurso 1/2005. Ponente: PASQUAU LIAÑO, Miguel (EDJ 2005/72280), que engarzando con la doctrina del Supremo apuesta por esta línea interpretativa:

*«Esta conclusión se fundamenta en una interpretación ciertamente forzada de determinadas normas sobre competencia territorial (en particular, los arts. 813, 411, 416.2 y 443.2 LEC, EDL 2000/77463), en aras a procurar que una incorrecta designación del domicilio del deudor, que no pueda imputársele, no mermase sus posibilidades de evitar el despacho de ejecución, ya sea pagando, o ya formulando oposición al requerimiento de pago, y sobre la base de la imperatividad (a cubierto de toda posibilidad de sumisión expresa o tácita) del fuero establecido en el artículo 813, cuyo tenor parece imponer al demandante la carga de averiguar el domicilio o residencia del deudor, como correlato de las facilidades que para el cobro de la deuda comporta este privilegiado procedimiento de creación de un título de ejecución.*

*Segundo.—Las peculiaridades del proceso monitorio, en el que la demanda se sustituye por una “petición inicial”, y el despacho de ejecución se produce sólo una vez que se ha practicado sin éxito el requerimiento de pago, justifican, a juicio de la Sala, considerar que el artículo 58 LEC, EDL 2000/77463, que literalmente impide examinar de oficio la competencia territorial, una vez que se ha admitido a trámite la demanda, no es de aplicación en el ámbito de este especial proceso; debiendo más bien estarse a la regla, mucho más cercana, del artículo 546 LEC, EDL 2000/77463, conforme al cual es el momento en que se dicta el auto despachando la ejecución (en absoluto equiparable con la resolución que acuerda practicar el requerimiento de pago) el que determina que ya no sea posible la apreciación de oficio de la falta de competencia. Sólo así se asegura eficazmente la observancia del fuero imperativo y exclusivo previsto en beneficio del deudor en el artículo 813, sin obligar al deudor, no asistido generalmente de abogado ni representado por procurador en esa fase procesal, a formular una declinatoria cuando el acreedor haya errado en la determinación del domicilio o residencia.*

*Tercero.—El criterio mantenido por esta Sala es el mismo utilizado reiteradamente por el Tribunal Supremo en sus autos de 25 de noviembre de 2002, 11 de abril de 2003, 22 de diciembre de 2003, 29 de marzo de 2004, 31 de marzo de 2004, 22 de abril de 2004, 28 de abril de 2004, 26 de mayo de 2004 y 10 de junio de 2004, si bien invocando para ello un argumento diferente: la aplicación por analogía del artículo 48 LEC. EDL 2000/77463».*

En igual sentido el ya citado Auto del TSJ de Cataluña, Sección 1.<sup>a</sup> de 30 de junio de 2005, recurso 89/2005. Ponente: RAMOS RUBIO, Carlos (EDJ 2005/108739) (18).

Quienes sostienen la primera tesis interpretativa puede abocar al absurdo de propiciar que un demandante de mala fe pudiera elegir libremente el órgano judicial competente, bastándole para ello con designar en su demanda un domicilio ficticio, frustrando así la finalidad del artículo 813 de la LEC, que no es otra sino la de facilitar su derecho de defensa sin obligarle a litigar ante un Juzgado lejano al lugar de su residencia.

Por otra parte, el artículo 411 LEC (EDL 2000/77463) impide la inhibición por cambios de domicilio producidos con posterioridad a la demanda, lo que es bien distinto del hecho de que el domicilio que sin acreditación alguna se hace constar en la misma, resulte falso o inexacto: la competencia, según este artículo, se ha de determinar no en función del domicilio alegado en el momento inicial de la litispendencia, sino del «acreditado» en dicho momento.

Luego el domicilio que indica el actor en su demanda es un domicilio que no esta acreditado. Por tanto, la inicial declaración de competencia por el juez es provisional o *ad cautelam* hasta que se compruebe si el domicilio designado es correcto. Consecuentemente hemos de estar a la posibilidad de determinar de oficio la competencia en función del lugar en que el deudor «pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago», es decir, aun después de admitida a trámite la demanda, e inmediatamente después de conocido el lugar en que puede ser hallado.

Para evitar un auténtico peregrinaje de jurisdicciones y una declaración prematura de incompetencia es menester que el Juzgado que pretende declarar su incompetencia se asegure de cuál es el auténtico domicilio del demandado. Es decir, no basta con que exista un indicio de dónde pueda estar el deudor, sino que es necesario comprobar tal extremo. Obviamente si resulta que aparecen domicilios distintos, sería precipitado que el órgano jurisdiccional se planteara declarar su propia incompetencia. Esta es la postura que defiende el Auto del TSJ de Aragón, Sección 4.<sup>a</sup> de 5 de abril de 2006, recurso 1/2006. Ponente: PASTOR EIXARCH, Luis Ignacio (EDJ 2006/278592). Este es el caso de un Juzgado de Tarazona que tras resultar fallida la noti-

---

(18) «En este sentido, y a este respecto, esta Sala ha dicho reiteradamente que “la Ley señala dos sedes: una primera, formal-tuitiva, la del obligado al pago, y otra segunda, subsidiaria y material-efectiva, la del lugar donde realmente pueda ser habido”. Por ello, la preferencia para conocer del asunto se ha de otorgar, con carácter principal y como regla general, al Juez del domicilio del demandado. Pero cuando la realidad de los hechos demuestre que el demandado tiene su residencia efectiva en otro lugar, entrará en juego, con carácter necesario, el criterio subsidiario. Por lo tanto, pese a su carácter alternativo, se trata de un fuero imperativo y, en consecuencia, conforme al artículo 58 LEC, el Juez puede y debe examinar sobre su competencia territorial “después de presentada la demanda”».

ficación en el domicilio indicado por la actora (Borja, perteneciente a Zaragoza) se remite el procedimiento a Jaca ya que, según la base de datos de la TGSS, residía en Villanua (Huesca). Esta información era contradictoria además por la facilitada por el propio Juzgado de Paz de Borja, que indicaba que marchó el deudor a Alcalá de Moncayo. Dice la Sala:

*«Al existir esa doble información contradictoria se considera que el Juzgado de Tarazona, antes de eludir su propia competencia, debería de haber agotado las diligencias de investigación del actual domicilio del demandado y que, por lo tanto, debe declararse la competencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Tarazona (Zaragoza) para seguir conociendo del proceso monitorio entablado, y ello sin perjuicio de que si efectuadas las correspondientes comprobaciones se acredite que el demandado tiene su domicilio en Villanua (Huesca) o en otra localidad, proceda dictar nuevo Auto de inhibición».*

#### 4.2. IMPOSIBILIDAD DE LOCALIZACIÓN DEL DEUDOR

En ocasiones el deudor no es hallado en el domicilio aunque el acreedor haya facilitado conforme al artículo 155 LEC todos los datos de que disponga para que pueda efectuarse con éxito la comunicación. Será habitual encontrarnos o con domicilios vacíos, o con vecinos que refieran que desconocen quién es esa persona, o bien que marchó sin saber exactamente a dónde. En este caso no queda más opción que la averiguación por el propio juzgado del posible domicilio del demandado. Lo habitual es acudir a los registros públicos como la base de datos de la TGSS o al propio censo de inscripción patronal. A veces incluso se usa a la policía judicial para determinar el domicilio de esta persona. Pero en ocasiones nos vamos a encontrar con la imposibilidad de averiguar un domicilio para requerirle de pago por no aparecer ninguno o incluso por aparecer varios distintos. También puede darse el supuesto de aparecer en los registros públicos el domicilio en cuyo lugar resultó fallida la notificación.

En esta tesitura, ¿resulta posible acudir a la comunicación por edictos?

Por doctrina consolidada doctrinal del Tribunal Constitucional sabemos que la notificación edictal debe ser la última ratio y aunque está expresamente admitida como válida en el artículo 156.4 de la LEC, no está claro si es aplicable a todos los procedimientos civiles. En el caso del proceso monitorio, los Tribunales son renuentes a su admisión. Así el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.ª, de 3 de abril de 2006, número 27/2006, recurso 80/2006. Ponente: Rodríguez Fernández, Luis Miguel (EDJ 2006/297556) confirma el archivo del juicio procedimiento al ser desconocido el domicilio del demandado y no poderse determinar la competencia territorial de este Juzgado, rechazando expresamente la posibilidad

de requerimiento de pago por edictos que solicitaba el acreedor. Indicándolo como salida a su pretensión de cobro la opción de la parte demandante de instar el correspondiente procedimiento declarativo que correspondiese a su cuantía.

Se justifica el archivo del procedimiento al no admitir la citación edictal en atención al carácter sumario del procedimiento monitorio que se concibe como una vía de protección de determinados créditos, dinerarios, líquidos y de pequeños y medianos empresarios, para dar solución a la insatisfacción que a tales profesionales les producía, para el ejercicio de sus derechos, el tener que acudir a los procesos o juicios declarativos. Este procedimiento se articula a través de un requerimiento fehaciente de pago que ha de verificarse en el domicilio del demandado o donde éste realmente esté localizado. Luego si no es posible hallar al deudor y salvo que estemos ante la excepción de ser una deuda de propiedad horizontal (art. 812.2.º LEC) hay que archivar el procedimiento, ya que no debemos acudir a la ficción de la notificación edictal en un procedimiento donde el deudor ha de tener real capacidad para oponerse al requerimiento de pago. El auto riojano fundamenta el rechazo a la notificación por edictos en el hecho de que la comunicación al deudor ha de hacerse conforme al artículo 161 LEC. Es decir, el artículo 815 LEC, al hacer referencia a la notificación del requerimiento de pago, distingue si estamos ante una deuda procedente de la propiedad horizontal o tiene otra naturaleza. En el primer caso, expresamente está admitiendo la notificación edictal, ya que se remite explícitamente al artículo 164 LEC. Por el contrario en las demás deudas la remisión es al artículo 161 LEC. Por tanto parece que el legislador está rechazando la notificación edictal.

Sin embargo, en mi opinión, ello no supone un no tajante a la notificación por edictos. Ciertamente es que el artículo 815.1, párrafo 2.º LEC, se remite expresamente al artículo 161 LEC. Este precepto no contempla la notificación edictal, la cual viene regulada en el artículo 164 LEC. Mas no es menos cierto que el artículo 161 LEC, en su apartado 4.º, *in fine*, dispone que si no pudiera conocerse el domicilio del demandado y el demandante no hubiera designado otros posibles domicilios, se procederá conforme al artículo 156 LEC. Este último precepto regula la averiguación de domicilio por el propio Tribunal cuando el actor manifieste su imposibilidad de saber dónde está el demandado a efectos de notificaciones. Y su último apartado —el cuarto— como última ratio si admite la notificación edictal (19). Por tanto, a través de un camino más largo, se estaría admitiendo, aun de forma muy restringida, la notificación por edictos.

---

(19) Si estas averiguaciones resultaren infructuosas, la comunicación se llevará a cabo mediante edictos.

No obstante coincido con LÓPEZ DE ORELLANA (20) en admitir que es un tema complejo y que debería aclararse en una futura reforma procesal. En definitiva, el dato fundamental que lleva a aceptar la citación edictal es que el legislador no ha regulado la cuestión, por lo que no existiría inconveniente en acudir a las reglas generales a tales efectos. Pero cabe la tesis contraria. Dado que no ha querido, conscientemente, conceder esta posibilidad salvo para las comunidades de propietarios demandantes, lo que conlleva al rechazo implícito de aquella posibilidad.

A efectos de competencia territorial, la imposibilidad de localizar al deudor, si no admitimos la notificación por edictos, ha de llevarnos a la imposibilidad del órgano judicial de declarar su propia competencia territorial, abocando por tanto a un archivo. La parte no quedará indefensa ya que podrá acudir a un juicio declarativo en donde terminará notificando la demanda por edictos, salvo que por la dilación del procedimiento aparezca un domicilio válido a efectos de notificaciones.

Esta doctrina la mantienen los Autos de la AP de Valencia, de 5 de junio de 2003 (EDJ 2003/207635) y de Guadalajara, de 5 de febrero de 2004 (EDJ 2004/9054), desestimándose en ambos casos la solicitud de requerimiento por medio de edictos y confirmándose las resoluciones de archivo del procedimiento monitorio.

Se ha de recordar, por último, que el Tribunal Constitucional viene insistiendo en la especial trascendencia que tiene el primer acto procesal de comunicación o emplazamiento de los demandados, que es algo más que una mera formalidad, siendo preciso que el órgano jurisdiccional en la medida de lo posible se asegure de su efectividad real, lo que requiere agotar previamente otras modalidades antes de acudir al emplazamiento edictal, de forma que el acuerdo o resolución judicial de considerar que la parte se encuentra en ignorado paradero ha de fundarse en criterios razonables que conduzcan a la conclusión de la imposibilidad de utilizar otras medidas normales de comunicación, dada, por otro lado, la escasez de eficiencia en cuanto a asegurar el conocimiento a través de la vía edictal (SSTS de 9 de julio de 1996, EDJ 1996/5762; 22 de abril de 1997, en igual línea SSTS de 16 de noviembre de 2000 y 2 de marzo de 1999).

#### 4.3. PLURALIDAD DE DEMANDADOS

En ocasiones la deuda la adquieren diversas personas, tanto físicas como jurídicas, que no tienen, evidentemente, que residir en la misma localidad,

---

(20) LÓPEZ DE ARELLANA, Manuel J., «Cuestiones candentes del proceso monitorio», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 10, 2004.

pudiendo, por tanto, localizarse en diversos partidos judiciales, lo que puede plantear cuestiones de competencia territorial ente diversos juzgados.

Como bien recuerda el Auto del TS de 30 de marzo de 2006. Ponente: Señor VILLAGÓMEZ RODIL (núm. de recurso 26/2006) (21), estamos ante un supuesto no previsto especialmente en el artículo 813 LEC. La solución hemos de encontrarla en el artículo 53.2 LEC. Este precepto dispone que cuando hubiese pluralidad de demandados y pudiera corresponder la competencia territorial a los jueces de más de un lugar, la demanda podrá presentarse ante cualquiera de ellos, a elección del demandante.

En igual sentido, el Auto del TS, de 16 de noviembre de 2004. Ponente: Señor VILLAGÓMEZ RODIL (núm. de recurso 78/2004). En este caso la actora dirigía su monitorio contra una sociedad y dos fiadores solidarios. En base al artículo 53.1 LEC había interpuesto la demanda en el partido de La Laguna (Tenerife), ya que constaba en aquel lugar el domicilio de la sociedad y consideraba que la acción más importante recaiga sobre la sociedad y no sobre los fiadores. Aunque uno de los fiadores había trasladado su domicilio a Alcira, ello no supone mutación de la competencia territorial conforme a lo ya comentado. Consecuentemente ante el conflicto negativo de competencia entre La Laguna y Alcira, se inclina por el juzgado insular.

Por otra parte, el artículo 820 LEC, referido al juicio cambiario y ante la pluralidad de demandados, opta por esta solución de residenciar en el actor la facultad de elegir partido judicial competente. Es por tanto ante la evidente similitud de ambos procedimientos especiales y sumarios, entender que también para el juicio monitorio podemos utilizar este criterio.

En estos casos en los que al menos uno de los demandados reside fuera del partido judicial en donde se tramita el procedimiento monitorio, obligará por vía de auxilio judicial a que se practique en el domicilio actual del otro u otros codemandados el requerimiento de pago.

#### 4.4. EL FUERO TERRITORIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Un supuesto especialísimo y que altera las reglas de competencia fijadas en el artículo 813 LEC, lo constituyen las demandas que interponga el Estado, los organismos públicos y los órganos constitucionales. El artículo 15 (22)

---

(21) El supuesto de hecho era la reclamación de la entidad Hispamer Servicios Financieros contra dos personas físicas, una con domicilio en El Rosario (Santa Cruz de Tenerife) y otra en Dos Hermanas (Sevilla). El conflicto negativo surge cuando el Juzgado de Santa Cruz considera que es el Juzgado de Sevilla el que debe conocer. Nuestro más Alto Tribunal considera que el actor puede elegir y habiendo optado por Santa Cruz debe ser aquel Juzgado el que conozca y tramite el procedimiento monitorio.

(22) Artículo 15. Fuero territorial del Estado.

de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, establece que los pleitos civiles en los que intervenga el Abogado del Estado, la competencia territorial queda circunscrita exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de las capitales de provincia, Ceuta y Melilla. Indicando expresamente que esta norma especial se aplicará a cualquier norma sobre competencia territorial. La Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> de la mencionada Ley 52/1997 extiende este privilegio al igual que otros de índole similar a las Comunidades Autónomas y entes dependientes de aquéllas (23). Sin embargo no existe previsión legal similar para las Administraciones locales y corporativas.

Aplicando este precepto y concordante Disposición Adicional 4.<sup>a</sup>, al proceso monitorio implica una relegación de la norma competencial prevista en el artículo 813 LEC. Por tanto, en aquellos juicios monitorios en los que el demandante sea la Administración (24), no rige el domicilio del deudor, sino que el procedimiento tendrá que ser ventilado en un Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de la capital de provincia, salvo Ceuta y Melilla.

La jurisprudencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la prevalencia y vigencia de esta especial regla de competencia. Podemos citar el Auto del TS de 25 de enero de 2006. Ponente: Señor GIL SIERRA (recurso núm. 141/2005) (25). Igualmente, a nivel de las Audiencias Provinciales, las Resoluciones son unánimes. Véase, por ejemplo, el Auto de la AP de Barcelona, Sección 4.<sup>a</sup>, de 28 de abril de 2005, número 83/2005, recurso 124/2005. Ponente: HERNÁNDEZ RUIZ-OLALDE, Mercedes (EDJ 2005/99333) o el Auto de la AP de Baleares, Sección 5.<sup>a</sup>, de 6 de febrero de 2003, número 13/2003, recurso 674/2002. Ponente: OLIVER BARCELÓ, Santiago (EDJ 2003/36224).

---

Para el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sean parte el Estado, los Organismos públicos o los órganos constitucionales, serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla. Esta norma se aplicará con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el procedimiento.

Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a los juicios universales ni a los interdictos de obra ruinosa.

(23) Disposición Adicional Cuarta. Aplicación a las Comunidades Autónomas:

1. Los artículos 11, 12, 13.1, 14 y 15 se dictan al amparo de la competencia reservada al Estado en el artículo 149.1.6.<sup>a</sup> de la Constitución, en materia de legislación procesal.

2. Las reglas contenidas en dichos artículos serán de aplicación a las Comunidades Autónomas y entidades públicas dependientes de ellas.

3. En cuanto a lo dispuesto en el artículo 15, cuando sean parte en el procedimiento las Comunidades Autónomas y entidades de Derecho Público dependientes de las mismas, serán también competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en la capital de la Comunidad Autónoma en el caso de que la misma no sea capital de provincia.

(24) Si la Administración es demandada, probablemente el orden competente será el contencioso-administrativo por lo que no cabe interponer juicio monitorio.

(25) Se trataba de una reclamación de cantidad a través de un juicio verbal. El demandante era el Instituto Catalán de la Salud y el demandado era una persona física.

El juicio monitorio no va a ser una excepción a esta regla especial de competencia. Así el Auto de la AP de Castellón, Sección 1.ª, de 19 de febrero de 2002. Ponente: Señor GONZÁLEZ, ante un juicio monitorio promovido por el Consorcio de Compensación de Seguros, considera que es indiferente que el domicilio del deudor esté en Villarreal, ya que el artículo 15 de la Ley 52/1997 (26) residencia la competencia territorial en este caso en Castellón. Por otra parte, como indica el auto comentado, este artículo ha mantenido su vigencia expresamente en la Disposición Derogatoria Única de la actual LEC.

Basta una mera lectura a esta Disposición Derogatoria y observaremos que finaliza precisamente afirmando que: «*Se considera en vigor la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas*».

Evidentemente en ocasiones puede coincidir el domicilio del demandado y el que resulta de aplicar esta legislación administrativa. Este es el caso que recoge el Auto de la AP de Teruel, de 18 de noviembre de 2003, número 192/2003, recurso 185/2003. Ponente: OCHOA FERNÁNDEZ, José Antonio (EDJ 2003/178402). El supuesto de hecho era una reclamación de cantidad a través de un monitorio interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón contra una aseguradora. Como aclara la Audiencia, lo que no puede el demandante es elegir entre las diferentes provincias porque la ley no establece preferencia de una sede frente a otra. Luego en el caso de autos, teniendo la aseguradora domicilio social en Zaragoza y disponiendo la Comunidad Autónoma de una sede de sus servicios jurídicos, no puede pretender litigar en Teruel, aunque tenga en aquella capital también sede de servicios jurídicos. Consecuentemente desestima el recurso de apelación interpuesto por la Administración.

En conclusión, la jurisprudencia corrobora la vigencia de este fuero especial territorial de las Administraciones central y autonómica. Si se trata de una Administración local o corporativa, al no existir previsión legal, le resulta de aplicación el artículo 813 LEC, sin que se aprecie por tanto singularidad alguna.

## BIBLIOGRAFÍA

- CARRETERO SÁNCHEZ, A., «El proceso monitorio», en *Tapia*, núm. 117, 2001, págs. 3-8.  
CHAMORRO POSADA, Manuel, «El llamado proceso monitorio y los créditos mercantiles instrumentados en cuenta corriente», en *La Ley*, núm. 5133, 2000, págs. 1-8.  
DE LA LLANA VICENTE, M., «El proceso monitorio. Su regulación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (I)», en *La Ley*, núm. 5081, 2000, págs. 1-5.

---

(26) Por cierto existe una errata en el texto del auto que dice que es el artículo 15 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, cuando es en realidad de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

- FLORES RODRÍGUEZ, A., «Competencia y postulación en el proceso monitorio: de la jurisdicción voluntaria a la justicia de proximidad», en *Revista Justicia*, núm. 3-4, 2004, págs. 227-237.
- GARBERRI LLOBREGAT, J., *El cobro ejecutivo de las deudas en la nueva ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2002.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., «El proceso monitorio: algunos problemas prácticos en su aplicación», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 1, 2002, págs. 5-16.
- HINOJOSA SEGOVIA, J., «Algunas cuestiones polémicas en la aplicación de los procesos monitorio y cambiario», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-3, 2003, págs. 287-321.
- LORCA NAVARRETE, A. M.<sup>a</sup>, *El proceso monitorio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil con particular referencia al proceso monitorio en materia de propiedad horizontal*, Dykinson, S. L., 2000.
- MAGRO SERVET, V., *El proceso monitorio. 267 preguntas-respuestas. Formularios*, Sepin, 2006.
- PRAT WESTERLINDH, C., «El nuevo proceso monitorio», en *Revista Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 19, marginal 12, 2000.
- RENEDO ARENAL, M.<sup>a</sup> A., «El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 680, 2001, págs. 3341-3356.
- SILGUERO ESTAGNAN, J., «El proceso monitorio y el proceso cambiario en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en *Diario La Ley*, núm. 5368, 2001, págs. 1-9.

#### RESUMEN

##### JUICIO MONITORIO

*El presente trabajo de índole procesal civil, trata de abordar, desde una perspectiva práctica, los serios problemas competenciales que el procedimiento monitorio, procedimiento especial y sumario plantea. Como sabemos fue concebido como un mecanismo ágil y eficaz para el cobro de deudas. El Fiscal, conforme al artículo 3.8 de su Estatuto, aprobado por Ley 50/1981, está obligado a intervenir, posicionándose ya la cuestión o conflicto parta del propio juzgado, ya sea a instancia de parte. El elevado número de estos procedimientos, lo que unido a su complejidad está generando posicionamientos contradictorios entre los diferentes Juzgados de 1.ª Instancia, Mercantiles o incluso Contencio-*

#### ABSTRACT

##### ACTON FOR SMALL CLAIMS

*This paper on civil procedure endeavours to approach from a practical standpoint the serious problems of cognisance that the monitory procedure, a special summary procedure, raises. As we know, the monitory procedure was conceived as a fast, effective way to collect debts. Under article 3.8 of the Public Prosecutors' Statute approved in Act 50/1981, the public prosecutor is obligated to be a party; the prosecutor's position will depend on whether the question or conflict was posed by the court itself or filed by a party. The high number of monitory procedures and the complexity of the procedure are sowing contradictory positions amongst the different courts of first instance, courts for action under*

*so-Administrativos. Esta situación ha desembocado en nuestro Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales cuya doctrina analizamos, intentando aportar argumentos que decidan si el tipo de procedimiento debe ser conocido por un Juzgado u otro. La ausencia del deudor, su difícil o imposible localización, van a plantear diferentes hipótesis con distintas soluciones o incluso con supuestos de imposible solución.*

*commercial law and even courts for action under administrative law. The situation has reached the Spanish Supreme Court, higher courts of justice and provincial appellate courts, whose doctrine is analysed here. Arguments are offered for deciding what class of court should hear this type of procedure. Different hypotheses will arise, depending on the debtor's absence or the difficulty or impossibility of locating the debtor, resulting in different solutions or even cases where no solution can be found.*

*(Trabajo recibido el 5-6-07 y aceptado para su publicación el 1-4-08)*



# ESTUDIOS LEGISLATIVOS



# Hipotecas flotantes

FERNANDO AZOFRA  
*Abogado*

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ANTECEDENTES.
- III. ELEMENTOS DE LA HIPOTECA FLOTANTE:
  - 1. LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA.
  - 2. EL ACREEDOR HIPOTECARIO.
  - 3. EL DEUDOR.
  - 4. EL PLAZO.
  - 5. LA RESPONSABILIDAD MÁXIMA HIPOTECARIA.
- IV. CESIÓN:
  - 1. TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS GARANTIZADOS POR LA HIPOTECA FLOTANTE.
  - 2. PLURALIDAD DE ACREEDORES.
- V. EJECUCIÓN:
  - 1. EJECUCIÓN POR EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL ESPECIAL.
  - 2. EJECUCIÓN PARCIAL.
  - 3. EJECUCIÓN POR EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL.
- VI. CANCELACIÓN.
- VII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

La reciente Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de largo título, ha venido a introducir importantes modificaciones en nuestro sistema hipotecario, varias de las cuales desde luego golpean alguno de los dogmas, reales o tenidos por tales, de nuestro Derecho. Pese a su corta edad, ya ha cosechado aceradas

críticas (cuando no sarcásticas), de algunos colectivos que también han puesto mucho de su parte, durante la tramitación parlamentaria, para que la Ley, finalmente aprobada, no llegase a ser lo que inicialmente pretendía (en particular, en lo que se refiere a la posibilidad de integración extrarregistral de la ejecución hipotecaria y la tasación limitativa del contenido de la inscripción del derecho de hipoteca). Se ha querido, con gran simplificación, presentar la eficiencia del sistema hipotecario español (por mantener tipos de interés medios por debajo de la media comunitaria) como prueba de la calidad (en términos de seguridad) de nuestro sistema registral, en un intento de descalificar las modificaciones propuestas (1).

Es quizá la flamante «hipoteca flotante» la que se ha llevado lo peor (2). Se ha pretendido sembrar algo de sospecha sobre el objetivo de la norma, como si estuviera más encaminada a proteger a los bancos, que a mejorar y agilizar nuestro honorable sistema hipotecario y registral. Y ello aunque, en las declaraciones programáticas al menos, la Ley pretenda «*la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos*», «*la mejora de los instrumentos de financiación*» (3), «*alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios ofertados en el mercado*» (4), etc.

Otros autores han criticado ciertos resultados de la Ley precisamente por no haberse conseguido que fraguara el objetivo inicial del proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes (en adelante, el «Proyecto»): el desenlace de la Ley en lo referente al contenido de la inscripción de la hipoteca y la anhelada y finalmente frustrada posibilidad de integración extrarregistral de la ejecución hipotecaria (5). Hay deficiencias claras, como la regulación de la comisión por amortización anticipada de préstamos y créditos hipotecarios (que la Ley bautiza como «compensación por desistimiento»), el régimen de modificación de préstamos hipotecarios inscritos en perjuicio de titulares registrales posteriores, la modificación de la regulación de la cesión de créditos hipotecarios o las dudas introducidas respecto del gravamen de derechos de

---

(1) CANALS BRAGE, Fernando, «El incierto porvenir de la hipoteca en España (a propósito de algunos proyectos más o menos normativos)», en *La Ley*, jueves, 12 de abril de 2007, pág. 1.

(2) DELGADO, Joaquín, «Cómo hundirse con una hipoteca flotante», en *La Gaceta de los Negocios*, 15 de enero de 2008. MARTÍNEZ GIL-VICH, José Luis, «La hipoteca flotante», en *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero de 2008, pág. 152 y sigs. CANALS BRAGE, Fernando, «El incierto porvenir...», *op. cit.*, pág. 1.

(3) Apartado I del Preámbulo, *in fine*.

(4) Apartado V del Preámbulo.

(5) CARRASCO PERERA, Ángel, «Las nuevas hipotecas», en *Expansión*, 2 de enero de 2008.

crédito que no constituyan valores ni instrumentos financieros (6). Pero la mal llamada «hipoteca flotante» es, creo, un logro evidente en ese objetivo de «*facilitar la diversidad de productos ofertados*» que señaló la proposición no de ley de 15 de febrero de 2005 para la modificación del marco hipotecario, germen de la Ley 41/2007.

## II. ANTECEDENTES

Desactivada la verdadera reforma radical del sistema hipotecario que proponía el Proyecto, que era la relativa al alcance de la inscripción de la hipoteca y la integración extrarregistral en su ejecución, la más relevante de las aportaciones de la Ley 41/2007 ha sido la hipoteca flotante. El *Forum Group* y los analistas financieros venían denunciando «*la rigidez que deriva de algunas interpretaciones arcaicas y ultraconservadoras del principio de accesoriedad de la hipoteca que hace extraordinariamente difícil la innovación y creación de nuevos productos*» (7). También en el seno de la Unión Europea se había venido señalando al aumento de la gama de los productos hipotecarios como «*factor esencial para obtener la mayoría de los beneficios que cabe esperar de la integración de los mercados hipotecarios*». Se ha destacado que el aumento de la gama de productos produciría un crecimiento del 10 por 100 del mercado (por la entrada de prestatarios que actualmente no tienen acomodo en el mercado y por la mejora de la adecuación de los productos para un cuarto de los prestatarios existentes), así como beneficios anuales de entre el 0,15 y el 0,30 por 100 de los saldos totales del crédito hipotecario de vivienda (es decir, entre el 0,0 y el 0,12 por 100 del PIB de la Unión Europea de 2003) (8).

Se supera en un artículo (el nuevo 153 bis de la Ley Hipotecaria) y en escasos seis párrafos, toneladas de páginas escritas en artículos, recursos, resoluciones de la DGRN y alguna sentencia sobre la aplicación de los principios de accesoriedad, especialidad y publicidad al ámbito de la hipoteca global. No ha sido preciso modificar nada más. Y nuestro apreciado sistema hipotecario sigue en pie, sin desmoronarse como castillo de naipes, como vaticinaban algunos guardianes de la ortodoxia registral.

---

(6) MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel, «Prenda sin desplazamiento de créditos», en *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero de 2008, pág. 156 y sigs. CARRASCO PERERA, Ángel, «Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito», en *La Ley*, año XXIX, núm. 6867, 23 de enero de 2008, pág. 1 y sigs.

(7) ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, *Posición de la AHE sobre el Anteproyecto de Ley de Modernización del Mercado Hipotecario, de Regulación del Régimen de las Hipotecas Inversas y del Seguro de Dependencia*.

(8) Libro Blanco sobre integración de los mercados de crédito hipotecario en la UE. COM (2007) 807 final. 18 de diciembre de 2007, pág. 5.

Si va a pasar a ser la flotante la garantía hipotecaria de referencia en la práctica bancaria o no, lo dirá el tiempo. Aventuro que sí, porque la admisión de la hipoteca flotante ha sido la consecuencia ineludible de la presión de la práctica mercantil, del signo de los tiempos. Aunque la discusión sobre la admisión o no de la hipoteca flotante está patente desde el primer tercio del pasado siglo (con algunas resoluciones de la DGRN y sentencias del TS al respecto, como más adelante apuntaré), ha sido a partir de los años ochenta cuando ha pasado a desatar encendidas discusiones al no conformarse el crédito profesional con la (entendida) imposibilidad de utilizar un inmueble como garantía de una panoplia de relaciones jurídicas existentes entre un deudor y un banco, más o menos determinadas, y tener que suplirlo con una antieconómica secuencia de constituciones y cancelaciones de hipotecas separadas.

Con amparo en el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, es posible gravar un bien en garantía de obligaciones distintas, sean presentes o futuras, aunque carezcan de nexo causal entre ellas, sin que el hipotecante deba individualizar la parte de la responsabilidad hipotecaria total que garantiza cada obligación. Vencida alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, podrá el acreedor, a su entera discreción, realizar el bien para satisfacción de todas, alguna o algunas de las obligaciones garantizadas vencidas, o de sólo una parte de ella(s), extinguiéndose en principio la hipoteca tras la ejecución (aunque alguna o algunas de las obligaciones garantizadas aún no hayan vencido). El elemento esencial de la hipoteca flotante es, así, la «indiferenciabilidad» de la responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, que permite al acreedor dirigirse contra el bien, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria atribuida en conjunto, ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas.

Podemos usar, para definir esta novedosa figura, las palabras de ROCA SASTRE (9): una hipoteca «*que se constituye por una cantidad máxima en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios*».

La génesis legislativa de esta figura, en pocas palabras, es la siguiente:

- A) Aparece, casi con la misma redacción final, en el anteproyecto de octubre de 2006 de la Ley 41/2007 (el «*Anteproyecto*»), si bien no se excluía la necesidad de «pacto novatorio» entre las distintas obligaciones garantizadas, ni se admitía la hipoteca flotante en favor de administraciones públicas.

---

(9) ROCA SASTRE, Ramón, y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, Ed. Bosh, 1994 (8.ª ed.), Tomo VIII, pág. 317.

- B) Se recoge en el artículo 10.4 del Proyecto, ya excluyendo expresamente la necesidad de pacto novatorio.
- C) Se elimina en el trámite en el Congreso, fruto del acuerdo entre el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds; y,
- D) Se recupera el trámite en el Senado, mediante la enmienda núm. 85 del Grupo Socialista (de contenido análogo a las enmiendas núm. 58 del Grupo Parlamentario Popular y núms. 93 y 96 del Grupo Parlamentario Catalán), añadiéndose la posibilidad de garantizar mediante esta hipoteca créditos tributarios y de seguridad social en favor de las administraciones públicas.

Antes de examinar con detenimiento el nuevo artículo 153 bis, merece la pena tratar de hacer una clasificación de los distintos tipos de garantías que han sido o pueden ser identificadas como hipoteca flotante:

- A) Hipoteca general, hipoteca flotante general, hipoteca omnibus. Se trata de una carga que gravita sobre todos los bienes inmuebles de un deudor, no sólo los presentes al tiempo de la constitución, sino incluso los futuros, en garantía de una o más obligaciones, ya presentes, ya futuras. Es la hipoteca a la que declara la guerra el proyecto de Código Civil de GARCÍA GOYENA de 1851 (10), la Ley de Bases del Código Civil de 1858 y la primera Ley Hipotecaria de 1861. Aunque, visto desde la perspectiva de hoy, alguno podría pensar que se trata de una figura perfectamente feudal, debe destacarse que el Reino Unido, Estados Unidos y Alemania (cuyos sistemas financieros no son precisamente los más atrasados del mundo) tienen instituciones jurídicas que permiten el establecimiento de cargas hipotecarias o preferencias inmobiliarias en garantía de una pluralidad de relaciones jurídicas, determinadas o indeterminadas, incluso sobre bienes futuros del deudor.
- B) Hipoteca de propietario. Hipoteca que gravita sobre un bien, en garantía de varias obligaciones del propietario (o un tercero), sin descripción individualizada de las obligaciones o con descripción vaga [tales como «*cualquier pago que los acreditantes tuvieran con aquellos*» (11); «*cuantas obligaciones surjan entre el deudor y el acreedor derivados de la actividad bancaria en general*»; «*obligaciones que tengan su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos*» (12); «*importe de los débitos que por cualquier concep-*

---

(10) Artículo 1.798: «*no puede constituirse [hipoteca] sino sobre bienes inmuebles especial y expresamente determinados*».

(11) RDGRN de 27 de julio de 1999 (RJ 1999/6083).

(12) RDGRN de 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990/9333).

to» (13); «*diversas operaciones crediticias*» (14), etc.], de forma tal que es el propietario a quien cabe la selección de los créditos a los que se extiende el manto hipotecario.

- C) Hipoteca flotante pura: hipoteca en garantía de diversas obligaciones, de cualquier tipo, presentes y/o futuras, sin necesidad de que exista nexo causal entre ellas, sin exigir, para su ejecución, la refundición de las varias obligaciones garantizadas en una única obligación mediante una novación extintiva a través de cuenta corriente o pacto de compensación que determine la pérdida de individualidad de las obligaciones separadas (y la extinción, en consecuencia, de cualquier otra garantía específica constituida en favor de aquéllas) y dejando al arbitrio del acreedor la selección de la obligación u obligaciones garantizadas que, encontrándose vencidas, determinan la ejecución del bien (15).
- D) Hipoteca semi-flotante. Hipoteca sobre un bien en garantía de varias obligaciones, entre las que existe un nexo causal, y respecto de las que se produce, en beneficio y en contra de ambas partes, una novación de todas ellas en el saldo resultante de una cuenta corriente o de crédito, con pérdida de la individualidad de las obligaciones garantizadas así refundidas. Esta es la única que venía admitiendo la DGRN al amparo del 153 LH.

Aunque ya creo que me estoy alargando en esta introducción, creo conveniente tomar una panorámica de la evolución de la doctrina de la DGRN en torno a la hipoteca flotante:

- A) En un primer momento, se rechaza la posibilidad de constituir hipoteca en garantía de varias obligaciones, apelando a las servidumbres del principio de especialidad y la necesidad de evitar quebranto general al crédito territorial:

*«Considerando que el principio de especialidad que sirve de base a la moderna legislación hipotecaria, en vez de la de generalidad de*

---

(13) RDGRN de 6 de junio de 1998 (RJ 1998/5226).

(14) RDGRN de 4 de julio de 1984 (RJ 1984/3851).

(15) REY PÓRTOLES, Juan Manuel, «Hipoteca con cláusula de “endowment”. Hipoteca flotante», en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1993, pág. 136: «[...] intentar revestir de garantía real a un elenco de obligaciones presentes y/o futuras que ligen a un sujeto (normalmente una entidad de crédito) con otro (normalmente de solvencia personal no muy fiable), con la doble pretensión de que la selección de las deudas que a la postre resulten garantizadas la efectúe el acreedor, y de que en ningún momento éstas sufran novación por refundición en el saldo de lo que no es más que una mera situación en la cuenta corriente contable entre aquellos dos sujetos».

las hipotecas que informaba la antigua legislación, es aplicable, no sólo en cuanto hace referencia a las fincas gravadas, sino también en lo que atañe al crédito garantizado, cuya determinación o individualización se considera necesaria a la fecundidad del crédito territorial, para evitar que contratos calculados con toda prudencia y precisión se conviertan en juegos de azar» (RDGRN de 24 de enero de 1916).

Igualmente, la RDGRN de 31 de mayo de 1910 (CL 40) rechaza la inscripción de una hipoteca para aseguramiento de todas las obligaciones que pueda tener el deudor, incluso con terceros que ni se designan, por quebrantar las exigencias del principio de determinación.

- B) En una segunda fase se admite la hipoteca en garantía de varias obligaciones respecto de las que «basta con establecer las líneas fundamentales de las que han de quedar incluidas, para que los terceros puedan hacerse cargo de la posible existencia de las responsabilidades y para que los tribunales en su día puedan declarar cuáles se hayan cubiertas por la garantía», pudiendo ser empleados términos de gran amplitud (en lo que se refiere a la descripción de las obligaciones) sin llegar a ser tachados de «vagos o confusos» [RDGRN de 5 de marzo de 1929 —CL 29— (16)]. En el mismo sentido, se admite igualmente una hipoteca en garantía de operaciones de descuento de efectos (RDGRN de 21 de marzo de 1917 —CL 134— y 16 de junio de 1936 —RJ 1936/1544—) o de operaciones comerciales representables mediante letras de cambio posteriores (RDGRN de 28 de febrero de 1933, RJ 1933/1833), en ambos casos sin limitación temporal (en cuanto al plazo en que podían surgir las obligaciones garantizadas), pero con facultad de desistimiento por parte del deudor. Nuevamente se apela a la necesidad de proteger el tráfico mercantil y el crédito territorial, pero esta vez para admitir la inscripción de estas hipotecas:

«[...] la realidad muestra la conveniencia de facilitar la constitución de hipotecas en garantía de negocios mercantiles, en atención a que las entidades que se dedican a operaciones de descuento exigen a veces a sus clientes garantías de carácter real que las pongan a cubierto de posibles insolvencias, por lo cual debe darse a estas

---

(16) Las obligaciones garantizadas, en el caso que resuelve esta resolución, eran los créditos derivados de operaciones bancarias representadas por letras de cambio libradas, aceptadas, endosadas o avaladas por el hipotecante, así como cualesquiera otra que constasen en documento de giro y créditos que llevasen su firma, si bien no se admitió su inscripción por insuficiencia del título ejecutivo pactado.

*hipotecas la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio, porque de seguirse un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y grave daño a la industria nacional».*

El giro en la interpretación de la DGRN además de evidenciar la sensibilidad de este Centro Directivo respecto de la realidad social como regla de interpretación de las normas, pone a las claras que no existe una objeción constitucional a la hipoteca en garantía de varias obligaciones distintas, ni en garantía de obligaciones no perfectamente definidas al tiempo de su constitución.

- C) Quizá simplemente por esos extraños vaivenes de la historia, la interpretación cambia nuevamente a partir de 1984 (*La donna è mobile*). En la RDGRN de 4 de julio de 1984 (*RJ* 1984/3851) se rechaza la inscripción de una hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito fundamentalmente por no cumplirse el principio de determinación que exige que todas las obligaciones garantizadas (que luego se refundirán en una única obligación cubierta por la hipoteca) deban estar perfectamente identificadas, sin admitirse la imprecisión de la expresión «*diversas operaciones crediticias*».

Esta línea se refuerza en la Resolución de 23 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987/9722), en la que se rechaza la inscripción de una hipoteca en garantía del saldo de una cuenta corriente entre los otorgantes, en la que se asentarán varias operaciones, «*sin que sufran modificación, alteración ni novación alguna*» como consecuencia de su inclusión en la cuenta corriente: un préstamo hipotecario existente, un crédito existente, el saldo debido por los otorgantes a un tercero [*«y las cantidades que por cualquier otro concepto resulten adeudar los señores comparecientes al Banco... en cualquiera de sus sucursales»*] (17). El rechazo se basa en: *a*) la indeterminación de las obligaciones garantizadas, a pesar de que debido a la accesoriidad de la hipoteca, la determinación es exigencia estructural (18); *b*) la inexistencia de vínculo causal entre las distintas obligaciones, que mantienen su exigibilidad individualizada, pese a su asiento en la

---

(17) En el mismo sentido, la STS de 27 de mayo de 2002 (*RJ* 2002/4484), comentada por H. Díez GARCÍA en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 61, págs. 69-88.

(18) Argumento reiterado en las RDGRN de 27 de julio de 1999 (*RJ* 1999/6083); 26 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990/9333); 6 de junio de 1998 (*RJ* 1998/5226). GARCÍA GARCÍA llega a decir que esto forma parte del orden público inmobiliario (GARCÍA GARCÍA, José Manuel, «Acto de desagravio al principio de especialidad», en *CDI*, núm. 629, julio-agosto de 1995, pág. 1350).

cuenta (que actúa a estos efectos como una mera reunión contable) sin que la cuenta actúe, por tanto, como sustrato del contrato de apertura de crédito o cuenta corriente (19); y c) la circunstancia de que es el banco quien determina qué partidas se asientan en la cuenta que se pretende cubrir con la hipoteca (lo que determina que la hipoteca flote sobre las obligaciones) lo que supone dejar a una de las partes el cumplimiento del contrato en violación del artículo 1.256 del Código Civil (20). Igualmente se rechaza la figura por suponer una alteración ilícita del régimen imperativo en materia de prelación de créditos, ya que los acreedores del deudor pierden preferencia respecto de créditos posteriores (los del acreedor flotante) (21). Se critica la hipoteca global por permitir el bloqueo permanente e injustificado de los bienes gravados (22), al encadenar el deudor al acreedor sin causa (pues este último no está obligado a conceder crédito por la mera constitución de la hipoteca global) y al resultar difícil o casi imposible su cancelación (salvo que el acreedor se avenga voluntariamente a ello), pues exigiría prueba de hechos negativos (que las obligaciones no llegaron a existir). Y por último, se rechaza la posibilidad de liquidación de deuda por el acreedor en las hipotecas globales, por entender inaplicable el artículo 245 RH al presuponer, en opinión de la DGRN, una relación de crédito vinculante (23) y porque el principio de igualdad entre acreedor-deudor en la liquidación sólo encuentra excepción en el 153 LH (24).

---

(19) Argumento reiterado en las RDGRN de 26 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990/9333); 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998/5979); 27 de septiembre de 2000 (*RJ* 2000/10206); 3 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000/10239); 21 de junio de 2001 (*RJ* 2001/5684), 10 de julio de 2001 (*RJ* 2001/5910) y 27 de septiembre de 2001 (*RJ* 2001/10245).

(20) Argumento reiterado en la RDGRN de 23 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987/9722), comentada por REY PÓRTOLES en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 590, 1989, pág. 141 y sigs., en la RDGRN de 6 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999/778) y en la de 12 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003/6275).

(21) RDGRN de 17 de enero de 1994 (*RJ* 1994/239), comentada por YSAS I SOLANES en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 36, 1994. En el mismo sentido, ÁVILA NAVARRO, Pedro, «La hipoteca en garantía de cuenta corriente», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1995-3, pág. 137 y sigs.; ÁVILA NAVARRO, Pedro, *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*, Madrid, 1990, pág. 80. Esta objeción, en puridad, sólo podría hacerse respecto de los créditos posteriores inscritos, pues sobre los no inscritos siempre habría de tener preferencia la hipoteca en cuanto al bien (privilegio especial).

(22) Véase la RDGRN de 17 de enero de 1994 (*RJ* 1994/239).

(23) RDGRN de 11 de enero de 1995 (*RJ* 1995/186).

(24) Pero, sin embargo, las RDGRN de 16 de febrero de 1990 (*RJ* 1990/730) y 19 de enero de 1996 (*RJ* 1996/586) afirman que, aunque no se trate de hipoteca en garantía del saldo de cuenta corriente, si se pacta que el saldo de la deuda se acreditará a través de una cuenta, no cabe inscribir la referencia a la certificación bancaria del antiguo 1.435 LEC a efectos del antiguo procedimiento de ejecución judicial sumario si no se cumplen en la escritura los requisitos del 245 RH.

Antes de la introducción del artículo 153 bis, la DGRN venía admitiendo así la hipoteca global con los siguientes requisitos (25):

- a) si quedan adecuadamente identificadas las distintas obligaciones;
- b) si existe una relación jurídica básica o nexo entre las distintas obligaciones que se tratan de cubrir y se generen hasta el momento de la refundición en un único saldo, con alcance de novación extintiva, que agota su exigibilidad individualizada y, si ello no fuera así, se pacte expresamente al amparo del artículo 1.204 del Código Civil o de la eficacia novatoria de su asiento en la cuenta corriente; y
- c) siendo alguna de las obligaciones futuras, se exija que *«en el momento de la constitución de la hipoteca exista una relación jurídica básica que vincule ya al deudor y que bien deje a la sola voluntad de una de las partes el nacimiento de la obligación asegurada con la hipoteca [...], o bien tal relación jurídica implique deberes respecto del posible acreedor cuya infracción de lugar precisamente al nacimiento de la concreta obligación asegurada»* (26). La DGRN, al advertir que estas hipotecas subvierten el orden de prelación de créditos (puesto que otorgan preferencia al crédito garantizado frente a los créditos inscritos sobre el bien nacidos después de la hipoteca, pero antes del nacimiento del crédito garantizado) y preguntarse por su justificación, concluye que este efecto sólo puede ampararse en la existencia de *«otra obligación preliminar en que se constituye la hipoteca y que lleva implícita la necesidad o la suposición de la existencia de la segunda [obligación]»* (Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861).

### III. ELEMENTOS DE LA HIPOTECA FLOTANTE

Se ha admitido, en este 153 bis, la modalidad de hipoteca flotante «pura». Ha sido la agitada discusión de las últimas décadas sobre la utilización de la hipoteca en garantía de cuenta corriente del 153 de la Ley Hipotecaria como instrumento para dar cabida a la hipoteca en garantía de varias obligaciones,

---

(25) Véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681, enero-febrero de 2004, año LXXX, pág. 265 y sigs.

(26) RDGRN de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/239). Otras resoluciones se conforman con *«identificar, al tiempo de su constitución [de la hipoteca], la relación jurídica de la que derive la obligación que se pretenda asegurar, y solamente si se produce su efectivo nacimiento, en su caso, y autónoma exigibilidad, procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria»*, RDGRN de 28 de abril de 1999 (RJ 1999/2223) y 7 de junio de 1999 (RJ 1999/4740).

lo que justifica que, al hablar de «hipotecas flotantes», se sigan usando expresiones como «*existencia o no de nexo causal entre las obligaciones*», «*pacto novatorio que extinga la individualidad de las obligaciones garantizadas o no*», «*selección discrecional por el acreedor de la obligación u obligaciones que determinan la ejecución*», etc., algunas de las cuales incluso han quedado reflejadas en la redacción final del 153 bis (27). Todas estas menciones se entienden en el contexto doctrinal y jurisprudencial en el que ha surgido la hipoteca flotante, pero son innecesarias para definir el núcleo básico de lo que es o debe ser una hipoteca flotante en Derecho español, y que es, por un lado, una hipoteca en garantía de varias obligaciones, aún con causa diferente (es decir, una hipoteca que quiebra el viejo axioma «una obligación-una hipoteca») y, por otro, una hipoteca en garantía de obligaciones futuras no perfectamente identificadas en sus perfiles y que hayan de surgir de relaciones jurídicas aún no nacidas.

El primer logro, por tanto, del artículo 153 bis LH estriba en permitir la constitución de una única hipoteca en garantía de dos o más obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza, incluso aunque no exista nexo alguno entre ellas, sentida la «*necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas*» (apartado VII del Preámbulo de la Ley 41/2007).

Se decía que la ecuación «una obligación-una hipoteca» era consecuencia inmediata e ineludible del principio de accesoriadad de la hipoteca en nuestro Derecho (28).

(27) «[...] *sin necesidad de pacto novatorio de las [obligaciones garantizadas]*». Esta mención no aparecía en el Anteproyecto de octubre de 2006. La AHE recomendó su inclusión en el Proyecto (Asociación Hipotecaria Española: «Resumen de las propuestas de modificación formuladas al Anteproyecto de Ley de Modernización del Mercado Hipotecario, de Regulación del Régimen de las Hipotecas Inversas y del Seguro de Dependencia», de 5 de diciembre de 2006, pág. 6) para, por un lado «*garantizar, en la propia ley que la crea, que esa nueva posibilidad que se abre a la sociedad española de movilizar su patrimonio no se verá gravada en un futuro próximo (reglamento, decreto, etc.) con ningún tipo de tasa o arancel cada vez que haya de experimentar alguna modificación en las deudas que garantiza*» y «*evitar dudas interpretativas que pudieran afectar a la creación y desarrollo de los productos vinculados a esta figura, agilizando, a la vez, la inscripción registral*». GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA también endosa la conveniencia de la mención para cercenar de raíz la posibilidad de aplicación a este nuevo producto de la interpretación registral existente (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «Hacia la admisión de las hipotecas flotantes puras», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 701, 2007, págs. 1344 y 1345).

(28) Entre otros, ÁVILA NAVARRO, Pedro, «La hipoteca (estudio registral...)», *op. cit.*, pág. 64 y sigs. En contra, entre otros, ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, pág. 323; DÍAZ FRAILE, Juan María, «La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria», en *La Ley*, núm. 6727, año XXVIII, de 4 de junio de 2007, pág. 1 y sigs. RDGRN de 14 de febrero de 1935 (CL 134), 15 de marzo de 1935 (RJ 1935/716) y 24 de julio de 1998 (RJ 1998/5979).

Son muchos los preceptos legales que apoyan que esa ecuación no tiene rango de dogma incuestionable:

- A) A nadie repugna que una hipoteca cubra simultáneamente una deuda por principal, por intereses ordinarios, por intereses de demora y por costes y gastos, aunque la naturaleza de cada una de estas obligaciones sea bien distinta (por más que deriven de un negocio jurídico único).
- B) El principio de indivisibilidad de la hipoteca (art. 1.860 CC) permite la disociación entre crédito e hipoteca en caso de pago, condonación o confusión parcial, por ejemplo.
- C) En la subrogación del crédito con amparo en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, se permitía (incluso antes de la reforma introducida por la Ley 41/2007), una novación objetiva del crédito (incluso en perjuicio de los titulares posteriores como, por ejemplo, si se aumentaba el tipo de interés), manteniéndose la hipoteca.
- D) La hipoteca en garantía de obligaciones alternativas, la hipoteca sujeta a condición suspensiva (art. 1.125 CC y sigs.; 23 LH y 142 LH) (29), la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condición (art. 142 LH), la hipoteca a término, la hipoteca unilateral del artículo 141 LH o, incluso, la hipoteca prestada por notarios y registradores conforme a los artículos 27 del Reglamento Notarial o 525 RH son ejemplos en que se trunca la coincidencia exacta hipoteca-obligación.
- E) En la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas del artículo 157 LH se autoriza la constitución de un único gravamen en garantía de cada una de las rentas o prestaciones sin que se imponga el mismo origen causal (30).
- F) El artículo 118 LH permite que una hipoteca constituida en garantía de un crédito pase a garantizar, ante su pago por el deudor personal, el crédito de éste (acción de reintegro o de enriquecimiento) contra el comprador que ha retenido o descontado su importe del precio de compra (31), igual que el 231 RH, autoriza al deudor o al tercer poseedor que pague un crédito preferente asegurado por hipoteca subrogarse en ésta frente al adjudicatario o rematante que haya asu-

---

(29) Resoluciones de la DGRN de 2 y 3 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005/6940 y 2005/6941, respectivamente).

(30) REY PÓRTOLES, Juan Manuel, «Hipoteca con cláusula...», *op. cit.*, pág. 97.

(31) DE LA RICA ARENAL, Ramón, «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IV, 1948, págs. 323 y 324.

mido la responsabilidad en las cargas o gravámenes anteriores o preferentes.

- G) Ejemplo más radical aún de disociación hipoteca-crédito se establece en el artículo 232 RH, en el que se admite la misma regla de subrogación respecto de las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones futuras, cuentas a crédito o análogas si se acreditase que la obligación garantizada no llegó a contraerse (art. 232 RH); y
- H) En todas las hipotecas legales existe una gran indeterminación en cuanto a las obligaciones aseguradas, asegurándose las consecuencias indemnizatorias que pueden derivar del incumplimiento de los deberes impuestos en el seno de determinadas relaciones jurídicas amplias (la de patria potestad, la de tutela, etc.).

Otra muestra de que no existe tal dogma en nuestro Derecho se encuentra, si bien referido a la prenda, en el artículo 1.866 del Código Civil, que atribuye al acreedor pignoraticio el derecho a prorrogar la retención de la cosa empeñada si el deudor contrae otra deuda mientras el acreedor la retiene [aún reconociendo (32) que este derecho no se extiende a la realización del valor, que es la esencia de la prenda y de la hipoteca].

La DGRN ha aceptado en ocasiones la hipoteca en garantía de obligaciones varias. En la RDGRN de 18 de octubre de 1979 (*RJ* 1979/3285) se admitía la constitución de una hipoteca en garantía de varias letras de cambio. Más recientemente, la RDGRN de 26 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006/8117) ha aceptado que una hipoteca cambiaria cubriera intereses no cambiarios con tal de que se respeten los límites del artículo 114 LH.

Y la segunda de las grandes utilidades de las hipotecas flotantes (que la redacción del art. 153 bis LH ha acogido) es la servir como garantía de una pluralidad de obligaciones no completamente determinadas.

Los beneficios de este cambio legislativo son, en mi opinión, grandes (33). El más obvio es el abaratamiento de costes y tramitación: se consigue mediante una única hipoteca asegurar un conjunto de créditos, extrayendo la máxima capacidad de apalancamiento de un inmueble (es decir, «estirando» el crédito territorial a las últimas consecuencias), evitando la necesidad de constituir y/o cancelar distintas hipotecas. También el acreedor se beneficia, al gozar del derecho de realización de valor respecto de cualquiera de los créditos garantizados vencidos o de todos ellos, a su opción, sin necesidad de renunciar a las garantías específicas de los créditos garantizados (que sería el efecto de la novación extintiva de la refundición en una única cuenta de crédito o corriente que la DGRN venía exigiendo para admitir la hipoteca semi-flotante).

(32) Como se ocupó de señalar la STS de 24 de junio de 1941 (*RJ* 1941/758).

(33) CORDERO LOBATO, Encarna, *La hipoteca global (la determinabilidad del crédito garantizado)*, Centro de Estudios Registrales (CER), Madrid, 1997, págs. 18 a 23.

Se han alegado algunas objeciones, ninguna de las cuales me parece atendible. Trataré de desgranar algunas de las más frecuentemente invocadas, al hilo de la exposición de los elementos de la hipoteca flotante.

## 1. LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

Se ha dicho que esta hipoteca choca con los principios registrales de especialidad y accesoriedad (34). Es posible que pueda chocar con una interpretación, creo que ya superada, de los principios de especialidad y accesoriedad como especificación absoluta e invariable del crédito garantizado, de un único crédito garantizado, como elemento constitucional de la hipoteca.

El principio de especialidad ha venido imponiendo, según doctrina de la DGRN, «*la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse [...] lo que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que, como regla general, se expresen, circunstancialmente, las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, interés, plazo de vencimiento, etc.)*» (35).

El principio, sin embargo, ha sido objeto de flexibilización paulatina en la doctrina de la DGRN. Pero quizá no de manera suficiente. Una parte de la doctrina venía exigiendo más maleabilidad (36). Los condicionamientos exigidos por la DGRN a la hipoteca en garantía de obligación futura (necesidad de que la relación jurídica de la que haya de nacer la obligación garantizada exista al tiempo de la constitución de la hipoteca), o a la hipoteca semi-flotante (refundición de todas las obligaciones con alcance novatorio, refundición obligatoria, etc.) han exigido un pronunciamiento expreso del legislador.

Este último movimiento legislativo no es, por otro lado, extraño en la tendencia casi secular de penetración en el principio de la accesoriedad de la hi-

---

(34) DELGADO, Joaquín, «Cómo hundirse con una hipoteca...», *op. cit.*: «*Pero en una de las nuevas “hipotecas flotantes” se garantizan muchas obligaciones distintas, presentes y/o futuras y sin necesidad de determinarlas y/o precisarlas en sus elementos esenciales*». CALVO GONZÁLEZ-VALLINA, Javier, *Las cláusulas de la hipoteca*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pág. 44 y sigs.

(35) Resolución de la DGRN de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/239).

(36) De forma general, tratadistas de la talla de DE LA RICA (DE LA RICA ARENAL, Ramón, «La obligación personal...», *op. cit.*, pág. 297) o SANZ (SANZ FERNÁNDEZ, Ángel, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Ed. Reus, Madrid, 1945). Con carácter específico, REY PÓRTOLES apela a la generosidad de la dicción literal del 232 RH («*en garantía de obligaciones futuras, cuentas de crédito y análogas*»), y 245 RH («*en garantía de operaciones cambiarias y crediticias*»), para defender una mayor flexibilidad en la definición de las obligaciones garantizadas (REY PÓRTOLES, Juan Manuel, «Hipoteca con cláusula...», *op. cit.*, pág. 116).

poteca (la «*crisis del dogma de la accesoriedad de la hipoteca*» a que se refería DE LA RICA) (37). Aunque este principio, ya presente en el Derecho Romano, pasó a nuestra primera Ley Hipotecaria a través de las Partidas, casi desde el principio se ha visto regularmente sujeto a una presión dilutiva (como ejemplos, la introducción en 1909 del procedimiento judicial sumario o en 1944 de la hipoteca de responsabilidad limitada del 138 LH, de la hipoteca en garantía de rentas periódicas del 156 LH o de la subrogación del art. 118).

El 153 bis recoge, en realidad, dos tipos de hipotecas flotantes: la flotante «de verdad», la que justifica la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, que es la que se prevé en favor de entidades financieras «*en garantía de una o diversas obligaciones, presentes y/o futuras*», y la flotante en favor de administraciones públicas, introducida ya en «tiempo de descuento» en el trámite en el Senado y que parece limitarse a los «*créditos tributarios o de la Seguridad Social*», y no de otro tipo.

En la hipoteca flotante bancaria está presente toda la potencialidad de la hipoteca global:

- A) No existe condicionamiento en cuanto a la naturaleza de las obligaciones garantizadas («*de cualquier clase*»).
- B) Ni en cuanto al número de las que pueden garantizarse («*varias*»).
- C) Ni en cuanto a su existencia al tiempo de constitución de la garantía, o a la posibilidad de combinarlas («*presentes y/o futuras*»).
- D) Ni respecto de la exigencia de constatación circunstanciada de los elementos identificadores de las obligaciones garantizadas (parafraseando alguna doctrina de la DRGN sobre la hipoteca semi-flotante), sin que se imponga, tampoco, la existencia, al tiempo de constitución de la garantía, de las relaciones jurídicas de las que resultarán los créditos garantizados y admitiéndose la mera «*descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*».

El artículo 153 bis LH va incluso más allá de lo que sería el marco más común de la hipoteca flotante para admitir, respecto de la hipoteca flotante bancaria únicamente, que sirva para garantizar una sola obligación (¿dónde está la flotabilidad en ese caso?).

La mención legal permitiría, por tanto, constituir hipoteca al amparo del 153 bis en garantía de una única obligación futura, aunque no exista en ese momento la relación jurídica de la que pueda derivar, en contradicción con la doctrina de la DGRN sobre el artículo 142 LH, y ello: *a*) porque se elude la apelación a la «*relación jurídica básica*» a que se refería, por ejemplo, la RDGRN de 17 de enero de 1994 (*RJ* 1994/239), y *b*) porque la amplitud de

---

(37) DE LA RICA ARENAL, Ramón, «La obligación personal...», *op. cit.*, pág. 297.

la expresión «*deriven o puedan derivar*» permite pensar en una obligación futura ciertamente remota (incluso de las que necesiten para cristalizar la prestación de consentimientos negociales por ambas partes). Además, el argumento de la DGRN de que la necesidad de prestación de consentimientos negociales para hacer surgir la obligación futura transforma la hipoteca en potestativa (en violación de los arts. 1.115 y 1.256 CC) no se sostiene, porque esos consentimientos ulteriores nunca son necesarios para la hipoteca, sino (en su caso) para el surgimiento de la obligación futura que, desde que nazca, quedará garantizada. Me parece que debería admitirse la constitución de una flotante en garantía, por ejemplo, de las líneas de crédito que se concertaran entre deudor y banco, apenas con que se hubiera suscrito entre ellos un protocolo de colaboración bancaria (aunque del mismo no surja obligación de contratar alguna ni, tan siquiera, exclusividad o preferencia). Exista o no tal «acuerdo de colaboración», la concesión de la hipoteca flotante en garantía de tales líneas de crédito presupone, en sí misma, un convenio, invitación o mera predisposición a contratar: quien ofrece un bien para que sirva de garantía a futuras operaciones de crédito está abonando el campo para que esas operaciones fructifiquen (y ello aunque el acreedor no asuma obligación alguna al respecto por la mera constitución de la flotante).

Finalmente, el penúltimo párrafo del 153 bis permite la atribución convencional al acreedor bancario («*entidad financiera acreedora*», dice) de la facultad de liquidar la deuda.

La amplitud y generosidad de la hipoteca flotante bancaria parece no trasladarse a la flotante en garantía de administraciones públicas. Aquí se establecen condicionantes respecto de la naturaleza de las obligaciones garantizadas («*créditos tributarios o de la Seguridad Social*», únicamente). Se permite que se garanticen créditos distintos, sin número máximo, pero no uno sólo. Aunque el párrafo siguiente al apartado *b*) es de aplicación común a ambos tipos de flotantes y se refiere a los «*actos jurídicos básicos de los que [...] puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*», la falta de declaración expresa de la posibilidad de garantizar créditos futuros (que sí se hace para la flotante bancaria), junto con la mención en el apartado *b*) a la titularidad de los créditos garantizados («*[...] podrá constituirse hipoteca de máximo [...] a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social*») parecerían abonar la tesis de que no cabe hipoteca flotante en favor de administraciones públicas en garantía de obligaciones futuras. Tampoco se establece, respecto de la flotante en favor de las administraciones públicas, la posibilidad de atribuir al acreedor facultad de certificación de la deuda, si bien ello resulta innecesario porque esa facultad deriva de la propia ley.

Resulta así que nuestra normativa es más generosa con los bancos que con las administraciones públicas. Es a la flotante bancaria a la que vamos a dedicar especial atención aquí.

Como las obligaciones garantizadas pueden ser «*de cualquier clase*», cabe asegurar créditos pertenecientes a varios acreedores, sean parciarios o solidarios, sea desde el acto constitutivo, sea como consecuencia de la cesión o subrogación parcial en alguno de los créditos garantizados. Se pueden garantizar créditos líquidos, vencidos y exigibles (para cuya ejecución, obviamente, no se plantearían los inconvenientes propios de las hipotecas de seguridad) (38).

Se exige la determinación en la escritura de constitución de «*la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado*», sin establecer ninguna imposición al respecto, o sea, dejando a las partes libertad para establecer cómo se determina el importe de ejecución. Esto obviamente importa a la flotante bancaria, pues la naturaleza de créditos tributarios o de seguridad social asegurados en la flotante en favor de las administraciones públicas parecería restringir tal pacto a los límites legales aplicables a tales deudas, que son de derecho necesario. En este punto, se advierte un cierto peso de la tradición en torno a la hipoteca semi-flotante. Y es que, pese a que no se exige «*pacto novatorio*» de las obligaciones garantizadas, sí se establece la necesidad de determinar un «*saldo final líquido garantizado*», como imponiendo la refundición de las obligaciones garantizadas. O sea, cabe asegurar con una hipoteca flotante varias obligaciones, pero parece preciso acumularlas o refundirlas a efectos hipotecarios (sin necesidad de hacerlo también a efectos civiles mediante la novación) para determinar el saldo final único que garantiza la hipoteca. Entiendo que esta refundición a la que parece apuntar la norma es sólo a efectos de su ejecución, aunque la ley no lo dice. Creo que está en la esencia de la hipoteca flotante que el acreedor pueda ejecutarla ante el vencimiento de todas, alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, sin que la hipoteca flotante garantice sólo «*el saldo final líquido*» de todas esas obligaciones, sino todas y cada una de ellas, autónomamente. Creo que no hay necesidad de hacer refundición de los créditos garantizados, al margen de la ejecución y que, en consecuencia, esta previsión es ociosa. A diferencia de la hipoteca del artículo 153 LH, en la flotante no subyace la concesión de crédito (unilateral o recíproco) en cuenta corriente, ni el acuerdo de las partes de aplazar, hasta la época convenida, la exigibilidad del saldo acreedor o deudor de un cúmulo de relaciones jurídicas (39). Por eso, entre otras cosas, no se exige en la flotante la determinación del plazo de duración de la cuenta (como se impone en el 153 LH), o sea, el plazo en que deben surgir y vencer las obligaciones garantizadas. Es perfectamente posible que la flotante garantice una panoplia de deudas presentes y de cuantía ya cierta,

(38) En este sentido, la STS de 7 de junio de 2005 (RJ 2005/4425), comentada por GINEBRA MOLINS en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 71, págs. 857-872, respecto de una hipoteca del 153 LH.

(39) SAP de Palencia, de 28 de octubre de 1998 (RJ 1998/300).

en cuyo caso el «saldo final líquido» no sería otra cosa que la suma de las cuantías de las deudas vencidas e impagadas por las que el acreedor desee proceder. La libertad del acreedor para integrar, a efectos de la ejecución, con absoluta libertad, la o las obligaciones garantizadas (obviamente vencidas) sobre las que «flota» la garantía es una de las características esenciales de esta figura (40).

En todo caso, como el precepto permite libertad de pacto, y en el párrafo siguiente del artículo 153 bis se recoge la posibilidad de pactar en el título que la cantidad exigible en la ejecución (advértase que no se utiliza aquí la expresión «*saldo líquido final garantizado*») será la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida en la escritura, sugeriría que en las escrituras de constitución de hipoteca flotante se atribuya expresamente al acreedor hipotecario la facultad de liquidar cada una de las obligaciones garantizadas individualmente —en la forma que se establezca— y, además, el saldo final que determina la ejecución, otorgando plena libertad al acreedor para que integre en dicho saldo aquella o aquellas obligaciones garantizadas vencidas que estime adecuado. Es decir, ya que la ley no lo hace expresamente, creo adecuado que las escrituras de hipoteca flotante consignent el derecho omnímodo del acreedor a integrar o no en el saldo reclamable la cantidad o cantidades vencidas y exigibles bajo cualquiera de las obligaciones garantizadas (liquidando las que no fueran líquidas), a su entera discreción. Este pacto no encuentra, en mi opinión, otros límites que los generales del Derecho Civil. Y los terceros poseedores o los titulares de derechos inscritos posteriores no podrán hacer valer el 144 LH para eludir o hacerles inoponible la selección de la deuda o deudas reclamables por el acreedor en la ejecución (obviamente hasta el límite de la responsabilidad máxima garantizada), sea *a*) porque se considere inaplicable ese precepto respecto de las hipotecas de seguridad (41) (como es la flotante pura), ya que en otro caso la hipoteca de seguridad devendría absolutamente estéril al poder el deudor o el hipotecante en cualquier momento «inutilizarla» mediante la venta o la constitución de otra hipoteca, sea *b*) porque el título constitutivo de la hipoteca habilite (y publicite frente a los terceros, tras su inscripción) este mecanismo de integración extrarregistral de la cantidad reclamada.

La ley no impone, y por tanto no debemos suponer, la exigencia de refundir todas las obligaciones necesariamente —ni todos los distintos conceptos que puedan existir en cada una de ellas— para determinar el saldo reclamable. La mención al «*saldo final líquido garantizado*» y la literalidad del último párrafo del artículo 153 bis, sin embargo, podría conducir a un

---

(40) REY PÓRTOLES, Juan Manuel, «Hipoteca con cláusula...», *op. cit.*, págs. 109 y 125.

(41) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Madrid, 1986, pág. 479. ROCA SASTRE, Ramón María, «Variaciones sobre la hipoteca cambiaria», en *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. I, Madrid, 1964, pág. 264.

resultado perverso, como sería entender que el acreedor de una hipoteca flotante sólo puede ejercitar la acción hipotecaria «*al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas*» y no antes. De entenderse así quedaría mermado, casi por completo, la utilidad de la hipoteca flotante. Esta y cualquier hipoteca atribuye a su propietario de forma destacada, entre otros derechos, el de realización del bien hipotecado ante el impago (arts. 1.858 y 1.879 CC). No puede admitirse una restricción tan obvia de un elemento esencial de la hipoteca sin una previsión legal expresa y contundente. Y no puede invocarse, en apoyo de esta interpretación literal rigurosa del último párrafo del 153 bis, que la hipoteca flotante tiene una servidumbre en la ejecución derivada del carácter esencial que el plazo juega respecto de ella (como luego se expondrá), entendiéndose que el plazo determina, no sólo las circunstancias de la oponibilidad, sino también la posibilidad de ejecución. La hipoteca del artículo 153 bis LH no presupone, al contrario que la del artículo 153 LH, un elemento de cuenta de crédito o cuenta corriente.

En cuanto a la extensión de las obligaciones garantizadas, el uso de la expresión «*de cualquier clase*» permite, desde luego, que las haya de distinta causa. Evidentemente, la flotante, como cualquier otra hipoteca, no puede más que asegurar las consecuencias del incumplimiento de cualquier obligación de dar, hacer o no hacer.

Por lo demás, la hipoteca flotante continúa siendo accesoria de las obligaciones garantizadas (arts. 1.857, 1.212 y 1.528 CC; 104 y 105 LH), indivisible (arts. 1.860 CC, 122 y 123 LH), causal y no abstracta (art. 1.277 CC, 19 y 80 LH, 51 RH), absoluta o con eficacia *erga omnes* tras su inscripción (arts. 1.858, 1.875 y 1.876 CC; 13 y 32 LH), produce legitimación registral del beneficiario presumiéndose válido el contenido del registro tras su inscripción (arts. 38, 91 y 1.3.º LH), se beneficia de los efectos de fe pública registral (art. 34 LH), prioridad registral (art. 17 LH), asentados en los principios de legalidad (art. 18 LH), tracto sucesivo registral (art. 20 LH) y especialidad o determinación (art. 9 LH, 51 RH).

La indiferenciabilidad esencial de la flotante evita que le sea aplicable la regla del 119 LH que obliga, en caso de hipoteca de varias fincas, a especificar la parte del crédito de que cada finca responde (42). Pese a que la flotante se encuentra respecto del 119 LH en situación similar a la hipoteca en garantía de emisión de obligaciones del 156 LH (a la que tampoco se le aplica), no es posible, como luego se verá, liberar parcialmente las fincas gravadas por la flotante, ni cualquiera de ellas en su totalidad, en caso de

(42) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, pág. 431, y RDRGN de 27 de agosto de 1912 (CL 150), en relación a la hipoteca de máximo (no específicamente a la global). CORDERO LOBATO, Encarna, «La hipoteca global...», *op. cit.*, pág. 135.

pago parcial del crédito o créditos garantizados como se contempla en el cuarto párrafo del 156 LH, y ello porque la hipoteca del 156 LH presume una correlación cierta y conocida registralmente entre responsabilidad hipotecaria y deuda, al contrario que la indiferenciabilidad propia de la flotante.

Igualmente, en caso de división de la finca gravada con la flotante, no se distribuirá entre las fincas resultantes el crédito o créditos garantizados (sino en presencia de pacto entre deudor y acreedor), pudiendo el acreedor ejecutar cualquiera de las fincas resultantes por la totalidad de las obligaciones garantizadas. Si el acreedor consintiera la distribución de la responsabilidad inicial entre las fincas resultantes de la división, sólo podrá perseguir cada una de ellas en perjuicio de tercero hasta donde alcance la responsabilidad asignada, pudiendo el acreedor reclamar cualquier parte no cubierta contra las demás fincas que retenga el deudor en su poder (aunque sin preferencia respecto de terceros registrales) (*ex arts. 120 y 121 LH*). Para renunciar a la indivisibilidad y para aceptar la liberación de alguna de las fincas en caso de pago parcial, se requerirá adicionalmente el consentimiento de los propietarios posteriores de cada una de las fincas que continúen gravadas (ya que se perjudica su acción de regreso) (43).

La accesoriedad de la flotante, aunque matizada, existe, y ello haría imposible, por ejemplo, constituir la en garantía de «*todos los créditos que surjan entre acreedor y deudor*» sin más precisión, ni siquiera de «*operaciones regulares del negocio bancario*». Se hace imprescindible identificar, cuando menos, el o los actos o negocios jurídicos de que puede derivar la deuda (aunque el artículo se refiera solamente a actos jurídicos básicos), la «*indicación remotísima de la deuda*», a que se refería GONZÁLEZ MARTÍNEZ (44). No se advierte dificultad para garantizar obligaciones de largo tracto (y ésta puede ser, en la práctica, la hipótesis más usual).

Como la flotante sigue siendo accesorio (45), la nulidad de los créditos garantizados (de todos ellos), determina la nulidad de la hipoteca (STS de 18 de noviembre de 1993 —*RJ* 1993/9149—, y 26 de marzo de 1999 —*RJ* 199/2009—), sin que en tal caso pase la hipoteca a garantizar la obligación de restitución *ex* artículos 1.303 y siguientes del Código Civil (46). La extinción de los créditos garantizados (nuevamente de todos ellos) determina la extinción de la hipoteca, sin que pueda sobrevivirles (STS de 2 de diciembre de 1999 —*RJ* 1999/8530—). Por último, la extinción parcial de las obligaciones

---

(43) RDGRN de 16 de marzo de 1999 (*RJ* 1999/2177).

(44) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo, «Estudios...», *op. cit.*, II, pág. 107.

(45) BADÁS CODEJÓN, Néstor, «Cómo no hundirse con una hipoteca flotante», en *La Gaceta del Lunes*, 28 de enero de 2008, pág. 22.

(46) Véase la STS de 20 de junio de 2001 (*RJ* 2001/4346). Por excepción, aunque la hipoteca sea nula por falta de causa, el cesionario del crédito hipotecario que goce de la condición de tercero hipotecario del artículo 34 LH puede beneficiarse de la hipoteca (STS de 23 de noviembre de 2004, *RJ* 2004/7553).

garantizadas (de todas ellas) también afecta a la hipoteca (art. 80.2.º LH). La extinción parcial de alguna de las obligaciones garantizadas, pero no de todas, por el contrario, no se traslada a la hipoteca, dada la «indiferenciabilidad» de esta garantía y la regla de la indivisibilidad propia de la hipoteca.

No comparto, por ello, la tesis (47) de que el deudor no tiene el derecho a exigir la cancelación de la hipoteca flotante por el acreedor si no ha transcurrido aún el plazo de duración de la hipoteca, aunque todas las obligaciones presentes garantizadas estén satisfechas y aunque todas las restantes obligaciones futuras garantizadas por la hipoteca sólo puedan generarse en virtud de un nuevo pacto entre el deudor y el acreedor (o dependan, al menos, de la prestación de consentimiento negocial por el deudor). Pues, aunque es cierto que una hipoteca flotante puede cubrir obligaciones futuras que deriven de una relación jurídica aún no nacida, en la medida en que el nacimiento de esas relaciones jurídicas implique el consentimiento del deudor y del acreedor, la mera exclusión firme e irrevocable por las partes (o de una de ellas) de su voluntad de perfeccionar esas relaciones jurídicas imposibilita su nacimiento y, con ello, el devengo de las obligaciones futuras acordadas. Es obvio que el acreedor puede negarse a cumplir voluntariamente con su deber de cancelar, igual que puede hacerlo el acreedor de un préstamo garantizado por hipoteca de tráfico al que se le ha satisfecho íntegramente la deuda, debiendo en tal caso el deudor requerir el auxilio judicial, conforme a lo previsto en el artículo 82.III LH. Sin el auxilio del acreedor, el deudor o propietario puede encontrarse en la dificultad de probar un hecho negativo (48) (238 RH en relación con el 240 RH). Pero si bien se mira, la situación aquí es semejante, que no peor, que en la hipoteca en garantía de obligación futura o sujeta a condición del artículo 142 LH (49): en tanto persista la incertidumbre que determina el nacimiento o no de la obligación asegurada, no se puede compeler al acreedor a que cancele la hipoteca; a *sensu contrario*, una vez cumplida la condición resolutoria o incumplida la condición suspensiva, incluso aunque la hipoteca se haya pactado de forma indefinida, o por un plazo aún distante, el acreedor está obligado a cancelar la hipoteca (con independencia de si obre o no en poder del deudor material

---

(47) DELGADO, J., «Cómo hundirse...», *op. cit.* MARTÍNEZ GIL-VICH, J. L., «La hipoteca flotante», *op. cit.*, pág. 154.

(48) Cfr. RDGRN de 14 de enero de 1994 (RJ 1994/239).

(49) A esto se referían GALINDO DE VERA y ESCOSURA en *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*, Madrid, 1899-1900, III, pág. 351, cuando criticaban que el 142 LH se hubiera separado de sus precedentes: «*si el contrato se realiza, siempre perjudicará al tercero y, siempre, si el cumplimiento de la obligación futura no se realiza, la inscripción ha de ser una amenaza perpetua contra los que después quieran contratar con el hipotecante que, para cancelar la inscripción, necesitará un pleito ordinario, si no se aviene el que contrató, y si asegura que piensa en realizar la estipulación más adelante*».

probatorio suficiente para instar él mismo la cancelación). Para salvar esta dificultad, CORDERO LOBATO propone que se incluya siempre en la hipoteca global el derecho del deudor a desistir *pro futuro* de las obligaciones garantizadas por la hipoteca (o sea, a extinguir por anticipado la posibilidad de que nazcan las relaciones jurídicas de las que se desprenderán obligaciones garantizadas con la flotante) y, en esta medida, poder conseguir la extinción anticipada de la hipoteca flotante (50). En mi opinión, incluso en ausencia de acogimiento convencional de tal derecho de desistimiento, el principio de accesoriadad de la garantía debería imponer idéntica consecuencia (por más que con o sin pacto, el acreedor pueda, llegado el caso, discutir la cancelación anticipada de la garantía, abocando al deudor a ventilar su pretensión en un pleito). Para evitar cualquier duda, no obstante, será prudente incluir en las escrituras de constitución un derecho de desistimiento. Es obvio que este derecho de desistimiento no podría hacerse valer existiendo obligaciones garantizadas por la hipoteca nacidas pero pendientes de vencimiento o cuya afloración no dependa exclusivamente del consentimiento de acreedor y deudor. Es decir, sólo podrá usarse cuando no exista riesgo alguno de cristalización de alguna de las obligaciones aseguradas por la flotante.

La posición de la DGRN en contra de la hipoteca global se ha asentado, en gran parte, en la consideración de que constituye una anticipación de un gravamen sin interés legítimo, en la medida que bloquea esferas del patrimonio del deudor, en garantía del acreedor hipotecario, incluso en el caso de que la obligación garantizada no llegue a existir nunca (puesto que el acreedor hipotecario no asume, por la constitución del gravamen, la obligación de prestar o contratar en el futuro), constituyendo así un vínculo inútil que menoscaba el crédito territorial del hipotecante. Se ha dicho también que perturba irrazonablemente el tráfico inmobiliario: el deudor queda «encadenado» al acreedor hipotecario que gana así margen de maniobra, por la mera constitución de la hipoteca flotante, para imponer condiciones peores en las operaciones futuras que, de concertarse, quedarían cubiertas por la garantía (toda vez que el acreedor es consciente de las antieconomías derivadas de la cancelación y constitución de hipotecas nuevas en favor de los nuevos acreedores). Estas objeciones sólo son atendibles presuponiendo la minoría de edad mental del deudor: el hipotecante razonable hace (o debería hacer) un cálculo racional sobre las probabilidades de que se concierten las operaciones futuras, el importe probable de las mismas y el plazo en que podrán generarse. Sería absurdo que concediera una hipoteca flotante por una responsabilidad de 1.000 para cubrir negocios durante los próximos 200 años si únicamente prevé hacer operaciones con el acreedor hipotecario por importe

---

(50) CORDERO LOBATO, Encarna, «La hipoteca global...», *op. cit.*, págs. 115 a 119 y 195 y sigs. CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pág. 578.

máximo de 5 en los próximos 2 años. El deudor trata de maximizar sus recursos y disponerse en condiciones de generar el mayor nivel de crédito al menor coste y, a ambos fines, contribuye o puede contribuir positivamente la flotante. Es verdad que el deudor puede equivocarse en ese cálculo (porque, en última instancia, la generación de ese crédito futuro también depende del consentimiento del acreedor hipotecario que incluso podría cambiar su percepción del riesgo subyacente o su posición en ese mercado por circunstancias completamente exógenas al deudor, al bien hipotecado, al mercado inmobiliario, etc.), pero eso hará simplemente su cálculo erróneo, no ilegítimo ni reprochable en un sistema que, como el nuestro, prima la autonomía de la voluntad (en este sentido, el efecto no sería muy diferente al de la hipoteca unilateral no aceptada). Aunque ninguna de esas tachas era, en mi opinión, atendible antes de la Ley 41/2007, ahora ya sí que no cabe duda alguna. El legislador presupone la existencia de un interés legítimo suficiente en la constitución de una hipoteca flotante en garantía de obligaciones futuras derivadas de relaciones aún no concertadas, y ello aunque esas relaciones jurídicas puedan no llegar nunca a materializarse. Y lo hace de forma general, sin imponer plazo máximo al gravamen (dejándolo a la libertad contractual), ni exigir plazo máximo para la materialización de las relaciones jurídicas, ni fijar ninguna otra correlación necesaria entre el plazo de la hipoteca y plazo máximo de generación de las relaciones jurídicas. Ni siquiera impone la concesión al deudor de un derecho de desistimiento *ad nutum* «pro futuro» como elemento natural de estas hipotecas, nuevamente porque presupone que el deudor no va a aceptar condiciones de plazo de hipoteca, responsabilidad máxima cubierta, etc., absolutamente incongruentes con su cálculo de probabilidades. Y sin que ello deba interpretarse como que la ley acepte el «enclavamiento» irremediable del deudor en situaciones de imposibilidad metafísica de generación de todas las obligaciones futuras garantizadas; antes al contrario, el principio de accesoriedad de la hipoteca debería permitir al deudor compeler al acreedor a cancelar la carga en esos casos.

Algunos autores entienden que no pueden quedar cubiertas por una hipoteca flotante las obligaciones derivadas de una subrogación por pago del acreedor hipotecario a otro acreedor (51), ni los créditos contra el deudor cedidos al acreedor hipotecario por tercero, porque esto supondría dejar al arbitrio del acreedor la determinación de las obligaciones aseguradas y porque no cabe entender implícito en el consentimiento negocial fundacional de la hipoteca flotante que ésta pueda cubrir todas las deudas del deudor (incluso con terceros) por efecto de la acción subrogatoria del acreedor (*ex art. 1.211 CC*). Además, se dice que cualquiera de estos créditos habrá nacido sin garantía hipotecaria, lo que obviamente debería haber tenido su influencia en el sinalag-

---

(51) RDGRN de 23 de diciembre de 1987 (*RJ 1987/9722*).

ma del negocio. Se podría considerar injusto, en tales casos, la extensión sobrevenida de la protección hipotecaria manteniéndose los términos y condiciones del crédito (el acreedor se encuentra sobrevenidamente a cubierto del riesgo de insolvencia del deudor, por ejemplo, sin que para ello deba aceptar una rebaja en la onerosidad de la obligación para el deudor). Ninguno de los dos supuestos repugna, si quedan amparados en la descripción general de negocios u obligaciones garantizadas por la flotante y, además, se admite expresamente la generación del crédito garantizado por cualquiera de estas vías. En relación a la cuita sobre la modificación sobrevenida del sinalagma convencional, no creo que el deudor tenga derecho a aplicar la teoría de la modificación sobrevenida de las condiciones para excusar el cumplimiento o imponer el reequilibrio del sinalagma del crédito. Al fin y al cabo, no se encuentra en situación muy diferente del vendedor al que se descontó o retuvo parte del precio en atención a la existencia de una hipoteca sobre la finca vendida *ex* artículo 118 LH en caso de pago de la deuda garantizada: su derecho de pedir, antes puramente obligacional, adquiere protección hipotecaria por actos del propio deudor —ahora acreedor— (el pago).

Se ha dicho también que la hipoteca global o flotante no debería servir de cobertura a obligaciones futuras derivadas de contratos ya celebrados o a obligaciones nacidas aún no vencidas, sino únicamente a obligaciones futuras derivadas de contratos también futuros y ello porque si el acreedor contrató sin garantía —con el correspondiente efecto en el sinalagma contractual—, no puede entenderse que en la constitución de la flotante la intención de las partes —en especial, del deudor— fuese la de cubrir obligaciones antes no garantizadas (52). En la configuración de la hipoteca flotante finalmente acogida, se admite expresamente la cobertura de obligaciones nacidas, pero no vencidas, o de obligaciones futuras derivadas de negocios suscritos o de negocios a suscribir. Tampoco se ve objeción alguna a la cobertura de obligaciones vencidas, pero impagadas (otra cosa sería la atacabilidad de esa hipoteca frente al ejercicio de las acciones rescisorias concursales o extraconcursoales).

## 2. EL ACREEDOR HIPOTECARIO

El régimen es restrictivo. Sólo se permite hipoteca flotante en garantía de cualquiera de las entidades financieras indicadas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario o de las administraciones públicas (si bien, en este último caso, a la condición subjetiva se añade una objetiva respecto de la naturaleza de las obligaciones garantiza-

---

(52) CORDERO LOBATO, Encarna, «La hipoteca global...», *op. cit.*, pág. 131. CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pag. 580.

das). Queda vedada, por tanto, la constitución de hipotecas flotantes en garantía de cualquier otro acreedor.

La opción de política legislativa quizá sea criticable. La Ley pretende, según la Exposición de Motivos, flexibilizar «*el mercado hipotecario, regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente “flotantes”*» para «*generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas*». Reconociendo el claro predominio de las entidades financieras en la financiación de las empresas, las familias y las instituciones, no puede obviarse el papel que las entidades no financieras también desempeñan, si no tanto a las familias, sí a las instituciones y empresas (financiaciones entre empresas del grupo, créditos comerciales, etc.). Esta limitación se trata de explicar en la Exposición de Motivos en la conveniencia, «*dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas [las entidades de crédito]*», como levantando de manera no expresa alguna sospecha sobre la actuación de las entidades no financieras. Soy consciente de la mala prensa que tienen en este momento las denominadas «entidades de refinanciación» o «agrupación de deudas» (53). También de la enorme trascendencia mediática de algunos fracasos empresariales recientes en el ámbito de la filatelia y su asimilación (o intento de asimilación) a la actividad financiera. Pero estos hechos singulares, dispersos y de poca trascendencia económica deberían ser combatidos por las vías preventivas o recriminatorias habilitadas (legislación de protección de consumidores, prácticas desleales, etc.), administrativas, civiles o incluso penales o extendiendo legalmente el ámbito de la actividad supervisora de las autoridades sectoriales (Banco de España, Tribunal de Defensa de la Competencia, etc.), sin ser usadas como excusa para negar un instrumento de la potencialidad de la hipoteca flotante a los agentes económicos «no bancarios». Hasta ahora, el legislador había venido caminado por la senda de reconocer mayoría de edad a los operadores económicos no bancarios, otorgándoles derechos o prerrogativas inicialmente reservadas a las entidades de crédito (como la facultad de certificar el saldo exigible a efectos de ejecución). La nueva ley, al reservar para las entidades financieras la hipoteca inversa (Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007), la hipoteca recargable (prevista en el artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, en la redacción introducida por el artículo 13 de

---

(53) GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, y RODRÍGUEZ, Carlos E., «Un mundo de oportunidades: Se buscan inversores para participar en operaciones usurarias de refinanciación hipotecaria», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 10, noviembre-diciembre de 2006, pág. 22 y sigs. GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, y RODRÍGUEZ, Carlos E., «Un mundo de oportunidades (y II): Refinanciación de las hipotecas mediante préstamos concedidos por particulares: una inversión inquietante», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 12, marzo-abril de 2007, pág. 44 y sigs. Editorial, «Por fin controles a la refinanciación», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 13, mayo-junio de 2007, pág. 8 y sigs.

la Ley 41/2007) camina en la dirección contraria. Y si es sociológicamente más fácil defender la reserva respecto de las hipotecas inversas (¡pobres ancianitos en las garras de usureros!), no lo es en absoluto respecto de hipoteca flotante, que podría ser perfectamente usada como refuerzo del crédito comercial entre empresarios. Es, además, una opción de política legislativa que podría ir contra la tendencia europea. Así, en el Libro Blanco sobre la Integración de los Mercados de Crédito Hipotecario de la Unión Europea, la Comisión reconoce estar «*en principio, a favor de autorizar que las entidades no bancarias desarrollen actividades de préstamo hipotecario*», preocupada solamente porque «*ello no vaya en ningún caso en perjuicio de una actitud responsable en la concesión de los préstamos, ni en la estabilidad financiera y la eficacia de la supervisión*».

Parece claro que los notarios no deberían autorizar, ni los registradores inscribir, una hipoteca flotante constituida *ab initio* en favor de un acreedor no bancario. Surge, sin embargo, la duda de la calificación que habría de dar a una hipoteca flotante constituida en favor de un acreedor bancario en garantía de una o más obligaciones en las que con posterioridad se subroga (vía art. 1.211 CC, por ejemplo) un acreedor no bancario o se ceden a éste. Parecería que la inscripción de esa subrogación (o cesión de créditos) en el Registro de la Propiedad, por más que debiera ser consecuencia obvia del principio de accesoriedad de la garantía, chocaría con un argumento de legalidad derivado de la limitación subjetiva del acreedor hipotecario del 153 bis. Me parece claro que no debería admitirse. También resulta obvio que la ineficacia de la cesión de la hipoteca flotante a un acreedor no bancario no impide la plena eficacia de la cesión de los créditos por ella garantizados, porque lo contrario supondría interpretar el principio de accesoriedad al revés. El acreedor no bancario no puede inscribir su título ni, en consecuencia, ejercitar los derechos y acciones que se atribuyen a su hipoteca, pero eso tampoco determina la resolución o extinción de la misma. Mientras que la inscripción inicial de la hipoteca, dado su carácter constitutivo, es condición *sine qua non* de su existencia (y por eso la hipoteca constituida inicialmente en favor de un acreedor no bancario, no llegará a nacer), no tiene eficacia constitutiva la cesión del crédito hipotecario (sin que la modificación introducida en el art. 149 de la LH por la Ley 41/2007 altere, en mi opinión, ese juicio). Por tanto, la asunción de la titularidad de los créditos garantizados por una hipoteca flotante por parte de un acreedor no bancario, aunque no pueda hacerse constar en el registro, no da lugar a la resolución o nulidad de la hipoteca. El acreedor no bancario debe poder ceder los créditos garantizados nuevamente o novarlos, renunciar total o parcialmente a su hipoteca flotante, etc. Otro acreedor bancario pudiera igualmente subrogarse en la posición del no bancario en los créditos garantizados (y, con ello, en la hipoteca). Las dificultades para la inscripción de todos esos negocios (por

aplicación de los principios de legalidad, tracto sucesivo, etc.) no alcanzan a invalidarlos.

¿Y si se cediera la totalidad de una sola de las obligaciones garantizadas por la hipoteca flotante a un acreedor no bancario, permaneciendo las restantes en manos del acreedor bancario? En este caso, creo que debe defenderse que el acreedor no bancario se convierte en titular único de un crédito no garantizado por una hipoteca flotante, sino por una hipoteca de tráfico o de máximo «normal», dado que respecto de ese acreedor no bancario, ya no existe «flotabilidad» entre las distintas obligaciones inicialmente garantizadas (en el apartado IV siguiente se analiza qué facultades sobre la hipoteca cabría ejercer al cesionario en esta hipótesis). El derecho de realización del bien hipotecado de ese acreedor no bancario se circunscribe a la obligación cedida. Lo que la ley parece querer evitar es que se utilice la hipoteca flotante en garantía de una o más obligaciones (definidas con la menor exigencia que se exige en el 153 bis, como antes se expuso) a favor de un acreedor no bancario, pero eso no ocurre cuando una de las obligaciones garantizadas, definida de manera suficiente para haber permitido la inscripción de una hipoteca de tráfico o de máximo, se cede a un acreedor no bancario.

### 3. EL DEUDOR

Aunque al tiempo de la aprobación definitiva del 153 bis en el Parlamento se usa fundamentalmente el argumento de que es un mecanismo imprescindible para lograr una adecuada financiación de las pequeñas y medianas empresas, la condición subjetiva del deudor no es un elemento configurador del tipo de la hipoteca flotante. Puede, por tanto, ser una pequeña, mediana o gran empresa, un particular e incluso una administración pública.

### 4. EL HIPOTECANTE NO DEUDOR

Pese a que no se recoja expresamente, no se advierte dificultad para admitir la figura del hipotecante no deudor. Dado que no es necesario que exista vínculo alguno entre las obligaciones garantizadas, el hipotecante puede tener condición de deudor respecto de alguna o algunas obligaciones garantizadas y de hipotecante no deudor respecto de otra u otras. Eso tendrá, obviamente, impacto en las acciones de regreso que correspondan al propietario (o no) en caso de ejecución por incumplimiento de unas u otras obligaciones (recordemos, a este respecto, que se acepta generalmente la aplicación de las reglas propias de la fianza al tercero hipotecante, con alguna excepción —por ejemplo, carece del beneficio de excusión *ex arts. 1.830 a 1.834 CC*

por consecuencia del art. 119 y sigs. LH—). Obviamente, la prórroga concedida por el acreedor respecto de todas las obligaciones garantizadas por una hipoteca flotante constituida por un hipotecante no deudor extingue la flotante (porque, al igual que en la fianza, el regreso del hipotecante contra el deudor no puede ser perjudicado sin su consentimiento). Análogamente, la prórroga concedida por el acreedor respecto de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, pero no de todas, produciría apenas la extinción parcial de la hipoteca respecto de esa(s). Por el contrario, la condonación parcial de las obligaciones garantizadas aprovecha al hipotecante flotante, por el carácter accesorio de la garantía. Puesto que el tercero hipotecante se subroga en los derechos y privilegios del acreedor por el pago (54) (arts. 1210.3.º, 1.212, 1.838 y 1.839 CC) (además del derecho de regreso contra el deudor), la hipoteca flotante debería extinguirse totalmente si el acreedor perjudica esta subrogación (*ex art. 1.852 CC*).

## 5. EL PLAZO

Impone el nuevo artículo 153 bis LH que la escritura de constitución establezca «*el plazo de duración de la hipoteca*».

Nuestro Derecho reconoce con generosidad y generalidad los negocios condicionales (art. 1.113 y sigs. CC) y a plazo (art. 1.125 y sigs. CC). Junto con esa declaración general, y como desarrollo de la misma, se admite o presupone la validez del negocio a plazo respecto de determinados contratos o derechos, como respecto de la servidumbre (art. 546.4.º CC) o la institución de heredero o el legado (art. 805 CC), al legado de usufructo, uso o habitación (art. 793 CC) o la oferta pública voluntaria de adquisición de valores (arts. 13 y 26 del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio). Frente a esta postura, en ocasiones, el legislador niega tal posibilidad expresamente a supuestos concretos, tales como la aceptación de la herencia (art. 990 CC), el matrimonio (art. 45 CC)...

En el ámbito registral, el principio genérico de la admisibilidad de la condición está específicamente recogido por los artículos 9.2.º y 23 LH, 51.6.º RH y en el 82.1 LH (caducidad convencional de la hipoteca), sin que se aprecie ningún inconveniente especial en sujetar los derechos reales a plazo o condición (55). Pese a que el artículo 23 LH se refiere únicamente

---

(54) De forma creo que no acertada, en la STS de 23 de marzo de 2000 (*RJ 2000/2025*), el Tribunal Supremo negó al hipotecante *solvens* la condición de interesado a los efectos de la subrogación del artículo 1210.3.º del Código Civil, considerándolo una especie de «obligado».

(55) DÍEZ-PICAZO, Luis, «*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*», Vol. III, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1995, pág. 863.

a la condición, se ha entendido generalmente que su normativa es de aplicación al plazo (56).

En lo tocante, específicamente, al derecho real de hipoteca, el plazo ha sido admitido sin dificultad, a diferencia de la condición, que ha costado mucho más trabajo que llegara a ser admitida (57). El artículo 241.2.º RH, por ejemplo, impone como uno de los elementos necesarios para la inscripción de la posposición de una hipoteca inscrita a otra futura que se determine la «duración máxima» de la hipoteca futura, no de la deuda garantizada.

Así, la RDGRN de 30 de septiembre de 2003 (RJ 2003/8544) admite expresamente que la hipoteca, al margen de que la obligación que garantiza pueda ser firme, pueda quedar condicionada (negocio condicional) o sujeta a plazo de duración (negocio a término) al afirmar: «Pese a la accesoriidad de la hipoteca respecto de la obligación en cuya garantía se constituye, mantiene aquélla cierta autonomía como derecho independiente, de suerte que bien puede establecerse un plazo de duración para la misma o sujetarse a condición resolutoria, con lo que llegado aquél, o cumplida ésta, se extingue la hipoteca al margen de que subsista la obligación sin la cobertura de la garantía real que hasta entonces tenía».

En sentido análogo se pronuncia la RDGRN de 22 de junio de 1995 (RJ 1995/5329): admite que la hipoteca pueda constituirse por plazo determinado, de modo que únicamente durante su vigencia pueda ser ejercitada la acción hipotecaria.

En relación a la hipoteca en general, la Ley 41/2007 ha introducido una leve modificación en el párrafo primero del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, añadiendo al final, «cualquiera que sea la naturaleza de éstas [de las obligaciones garantizadas] y su duración». No es claro si la mención a «la duración» se predica de la hipoteca o de las obligaciones garantizadas. De la génesis legislativa debe inferirse que se refiere a las obligaciones garantizadas, ya que este inciso se incorpora por mor de la Enmienda núm. 46 del Grupo Parlamentario Catalán (58) (idéntica a la Enmienda núm. 90 del Grupo Parlamentario Popular) (59), que justifica la adición en que «debe constar en el registro un elemento esencial de la obligación garantizada, de evidente

---

(56) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura, «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», vol. V, 3.ª ed., Pamplona, 1983, pág. 251.

(57) RDGRN de 2 y 3 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6940 y 2005/6941), respectivamente, y sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 50, de Barcelona, de 14 de mayo de 2007. Sobre la hipoteca condicionada, véase AZOFRA VEGAS, Fernando, y REDONDO APARICIO, Agustín, «La “hipoteca condicionada” como instrumento de garantía en fianciaciones complejas», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año XXIV, octubre-diciembre de 2005.

(58) Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 9 de mayo de 2007, págs. 51-52.

(59) Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 9 de mayo de 2007, pág. 75.

*interés para los terceros, como es la duración o el plazo de la deuda*». El inciso «*cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración*» se encontraba en el Anteproyecto, desapareciendo sin embargo en el Proyecto.

A diferencia de las restantes hipotecas de tráfico o de seguridad, el legislador ha entendido el plazo de la hipoteca flotante como un elemento esencial cuya justificación, creo, se incardina en la flexibilización del principio de determinación propia de la hipoteca flotante: dado que para la hipoteca flotante se admite una mayor indeterminación de las obligaciones garantizadas, incluso aceptando las que vengan a surgir de negocios explicitados, pero aún no concluidos, resulta necesario fijar un plazo máximo a la hipoteca, en beneficio de los titulares registrales posteriores sobre el bien, así como de los acreedores del dueño (hipotecarios o no), que posibilite el ejercicio de acciones de caducidad y que impida, en consecuencia, la amortización «perpetua» del bien hipotecado en favor del acreedor hipotecario. El mantenimiento del crédito territorial impone que esa afectación en exclusiva que la hipoteca impone sobre el bien (patrimonio de destino, se ha dicho) (art. 1.876 CC) limite temporalmente sus efectos.

Algunas de las resoluciones de la DGRN de los años ochenta contra la hipoteca flotante se basaron particularmente en la ausencia de plazo de «flotabilidad»: no se consideraba, conforme con los principios hipotecarios y civiles, que la relación intersubjetiva de la que resultan las obligaciones garantizadas fuera indefinida (60).

Para evitar este efecto «amortizador», la ley podría haber optado por limitar el plazo de las obligaciones garantizadas o el plazo en el que pueden surgir los negocios jurídicos de los que resulten las obligaciones garantizadas (61) o haber exigido la determinación de uno o de otro en la escritura de constitución. Ello también abriría la posibilidad de instar la caducidad, a partir del vencimiento de aquéllas (*ex art. 177 RH*), si bien con una menor transparencia para los titulares de derechos posteriores y, en general, los acreedores del propietario (62). Creo más acertada la opción legal de fijar el plazo de la hipoteca y no de las obligaciones garantizadas.

El plazo es, así, un elemento accesorio de la hipoteca («*insólito*» dice ROCA-SASTRE) (63) que, en alguna ocasión, alcanza carácter de esencial, como

---

(60) RDGRN de 4 de julio de 1984 (*RJ* 1984/3851).

(61) CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pag. 574 y sigs.

(62) La RDGRN de 17 de octubre de 1994 (*RJ* 1994/7797), sobre hipoteca en garantía de obligación futura, afirma que cuando la hipoteca garantiza una obligación que ha de nacer en un cierto plazo, el vencimiento de éste no permite la cancelación por caducidad, porque no es lo mismo plazo de la hipoteca que plazo en que ha de nacer la obligación garantizada.

(63) ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, pág. 587.

en la flotante (art. 153 bis LH) o en la hipoteca futura a la que se pospone una inscrita (art. 241.2.º RH).

Obviamente, la llegada del plazo pactado determina *ipso iure* la extinción del derecho de hipoteca flotante (RDGRN de 22 de junio de 1995, *RJ* 1995/5329), debiendo procederse a la cancelación de la inscripción (art. 82 LH). La mención del párrafo último del 153 bis al «*vencimiento pactado por los otorgantes*», como presupuesto de ejercicio de la acción hipotecaria, no pueda entenderse hecho a la hipoteca, sino a la obligación u obligaciones garantizadas, en línea con la postura defendida más arriba, pues mal podría ejercitarse una acción hipotecaria respecto de una hipoteca extinguida.

Creo que no es aplicable, respecto del plazo de la hipoteca flotante, la presunción general del artículo 1.127 del Código Civil de que el término se entiende establecido en beneficio de acreedor y deudor. Me parece que el acreedor debiera poder acortar el plazo de la hipoteca flotante, sin necesidad de consentimiento del deudor, del hipotecante no deudor, ni del tercer poseedor, dado que el acortamiento del plazo de la garantía les beneficia. Tampoco necesitaría contar el acreedor con el consentimiento de los titulares registrales de derechos posteriores, salvo, obviamente, de quienes ostenten derechos inscritos sobre el crédito hipotecario (subhipoteca, anotación preventiva, etc.).

La extensión del plazo sí requeriría consentimiento de deudor y acreedor, e incluso de los titulares posteriores (en línea con lo que se parece colegir del art. 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, en la redacción atribuida por el art. 13 de la Ley 41/2007) (64).

## 6. LA RESPONSABILIDAD MÁXIMA HIPOTECARIA

Como elemento esencial de la hipoteca flotante, se exige la determinación de la cantidad máxima de que responde la finca, pues no es admisible

---

(64) La modificación introducida en el artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios por el artículo 13 de la Ley 41/2007, da carta de naturaleza a la llamada «hipoteca recargable», en la que se permite a las partes de un préstamo hipotecario introducir novaciones modificativas de determinadas previsiones sin perjudicar el rango hipotecario y sin necesidad de contar con la autorización de los titulares registrales posteriores. Sí se necesita autorización en el caso de ampliación de la responsabilidad hipotecaria o «*la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación*». Aunque el tenor literal no es, en absoluto, claro, y parecería referirse a la ampliación del plazo del incremento de la responsabilidad hipotecaria, en mi opinión la única interpretación coherente de este artículo es la que exige consentimiento de los titulares posteriores en caso de ampliación de la responsabilidad hipotecaria (pues supone una mayor afectación del bien, un engrandecimiento de ese patrimonio de destino en que consiste una hipoteca) o en caso de ampliación del plazo de la hipoteca.

que a la indeterminabilidad del crédito garantizado (en la flotante pura, se entiende) se una la del gravamen.

No es un elemento específico de la hipoteca flotante. La determinación de la responsabilidad máxima hipotecaria tiene carácter esencial para cualquier hipoteca, singularmente las de máximo (65), pero para las ordinarias, sin que el establecimiento de una responsabilidad hipotecaria por debajo de la obligación permita hablar de dos obligaciones, una hipotecaria y otra no.

El artículo 153 bis no exige la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los varios créditos garantizados. Ello parece lógico en la hipoteca flotante pura (lo contrario privaría a la flotante de una de sus mayores potencialidades, que es la de servir como campo fértil para la generación de crédito futuro, al imponer a las partes estimar las condiciones de relaciones jurídicas aún siquiera planteadas preliminarmente) (66).

Más dudoso es que no haya que distribuir la responsabilidad global entre las distintas partidas de principal, intereses ordinario o de demora, y ello principalmente para asegurar el control del cumplimiento de la limitación de aseguramiento de intereses en perjuicio de terceros establecida en el 114 LH. Es claro que este límite se aplica a la flotante, al contrario que a la hipoteca del 153 LH que, por asegurar la devolución del saldo final, se ha considerado al margen de esta limitación (67). Si la flotante se usara como hipoteca ordinaria (o sea, en garantía de varias obligaciones presentes y de cuantía cierta), ¿qué argumento usar para rechazar la necesidad de individualizar las porciones de responsabilidad por intereses máximas en perjuicio de tercero que se exige tradicionalmente para una hipoteca ordinaria de una única deuda? (68). El argumento de que el 153 bis no lo impone quizá no sea suficiente para eludirlo.

La responsabilidad máxima hipotecaria determina el riesgo máximo que soporta el tercer poseedor y el hipotecante no deudor (que podrán, en consecuencia, exigir la cancelación de la hipoteca abonando dicha cifra) (69).

---

Esta última parte puede jugar, obviamente, respecto de hipotecas flotantes (en las que, necesariamente es preciso establecer un plazo para la garantía), aunque también respecto de cualquier otra hipoteca en la que se haya pactado plazo.

(65) ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, pág. 319.

(66) CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pág. 572.

(67) ÁVILA NAVARRO, Pedro, «La hipoteca en garantía...», *op. cit.*, pág. 193.

(68) RDGRN de 22 de julio de 1996 (*RJ* 1996/5617).

(69) RDGRN de 2 de enero de 1996 (*RJ* 1996/584).

#### IV. CESIÓN

##### 1. TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS GARANTIZADOS POR LA HIPOTECA FLOTANTE

El artículo 153 bis no regula los efectos de la cesión de la obligación u obligaciones garantizadas por una hipoteca flotante. Al no establecerse reglas especiales, deberíamos intentar aplicar los criterios recogidos en nuestro sistema civil y registral en torno a la cesión del crédito hipotecario. Tres son las cuestiones fundamentales que en este ámbito debemos plantearnos:

- A) En primer lugar, si cabe la transmisión de alguno o algunos de los créditos asegurados por la flotante, parcial o totalmente.
- B) En segundo lugar, si existen regímenes diferentes respecto de los créditos presentes y los futuros garantizados por una flotante.
- C) Por último, si vale la cesión de la flotante al margen de los créditos (presentes y/o futuros) que garantiza.

Con carácter general, la transmisión convencional del crédito hipotecario (sea por cesión, sea por subrogación *ex art. 1.209 CC*) determinará, de ordinario, el traslado de la hipoteca al cesionario. No de forma necesaria, sin embargo, toda vez que el artículo 1.528 del Código Civil no tiene carácter imperativo. Es posible, pues, excluir expresamente el traslado de la hipoteca al cesionario del crédito hipotecario. En este caso, salvo que la hipoteca siga asegurando un crédito en manos del cedente, la exclusión voluntaria de su traslado al cesionario implicará su cancelación (por efecto de la accesoriedad de la garantía).

En el ámbito de la transmisión convencional, podemos distinguir entre la transmisión de créditos presentes y de créditos futuros, ya por inciertos en su cuantía y/o en su propia existencia (resultantes de una relación jurídica aún no concertada). Para los primeros, no hay duda alguna de que la accesoriedad de toda hipoteca (también de la flotante) implica la cesión, con el crédito, de la garantía hipotecaria (STS de 25 de febrero de 2003, *RJ* 2003/1052, entre otras muchas), lo que no impide, obviamente, que el cedente, antes de ceder, pueda cancelar la hipoteca. La cesión del crédito sin la hipoteca determina su cancelación, ya que no puede garantizar créditos diferentes (*ex art. 1.857 CC*).

Con carácter general, y por el principio de accesoriedad, no cabe la cesión del crédito garantizado a una persona y de la hipoteca a otra, ni que el cedente se reserve la hipoteca, cedido el crédito o créditos asegurados (70).

---

(70) GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Ed. Thomson - Civitas, 5.ª ed., 2006, pág. 261.

En relación a los créditos futuros, la cesión es también posible (71), sea antes o después de la práctica de la nota marginal del artículo 143 LH. En caso de cesión anterior a la nota marginal, el cesionario, incluso aunque inscriba su título al amparo del 149 LH, no gozará de la protección registral *ex* artículo 34 LH en cuanto a la existencia y cuantía del crédito futuro, y estará obligado a evidenciar ambos extremos como condición para proceder ejecutivamente contra el bien (72).

Cabe también la cesión parcial de créditos presentes o futuros garantizados con hipoteca (arts. 1.878 CC; 149 LH), lo que determinará una cotitularidad en los créditos parcialmente cedidos. La pluralidad de titulares en la parte activa de un crédito asegurado por hipoteca no perjudica al deudor, ni al hipotecante no deudor, ni al tercer poseedor, ni a los acreedores posteriores, ni siquiera en el caso de que pueda defenderse el derecho de cada acreedor a ejecutar parcialmente la hipoteca (subsistiendo la garantía respecto de los restantes acreedores), pues las múltiples ejecuciones no incrementan la responsabilidad hipotecaria de la finca, que es el riesgo cierto que soportan los titulares registrales posteriores y el tercer poseedor. La cesión parcial de un crédito, sin la cesión parcial correspondiente de la hipoteca, determinará la extinción parcial de la hipoteca (aún cuando por imperativo del art. 122 LH no sea posible la cancelación parcial superficial de la hipoteca en tanto no se haya extinguido totalmente la obligación asegurada), salvo que la hipoteca garantizara obligaciones de cuantía indeterminada (hipoteca de máximo) o no existiera asignación o atribución de responsabilidad hipotecaria entre los créditos (o porciones de los créditos) cedidos y los que no.

Aplicado todo lo anterior a la flotante, podríamos llegar a las siguientes conclusiones:

- A) Aunque se ceda únicamente un crédito presente (con exclusión de cualquier otro crédito presente o futuro amparado por la flotante), el cesionario sigue disfrutando de una hipoteca flotante (puesto que el legislador la admite en garantía de un único crédito).
- B) Se puede ceder uno o más créditos garantizados por la flotante (presentes y/o futuros), parcial o totalmente, manteniendo el cedente en su esfera la titularidad de los restantes créditos garantizados. En tal caso, cedente y cesionario mantendrán hipotecas flotantes respecto de sus respectivos créditos. La cuestión de si disfrutaran de una única hipoteca (en mano común) o de varias, se analizará más tarde.

---

(71) PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Comentario a los artículos 1.526 a 1.536», en *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, II, pág. 1019 y sigs.

(72) ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, pág. 884.

- C) No es posible la cesión de la hipoteca flotante al margen de la cesión parcial o total de los créditos presentes y/o futuros que garantice, porque la flotante sigue siendo accesoria de los créditos.
- D) Puede admitirse la cesión (total o parcial) de los créditos futuros garantizados por la flotante derivados de negocios jurídicos aún por concluir (es simplemente una modalidad de cesión de créditos futuros, inciertos en su existencia y no sólo en su cuantía). Se requerirá para ello el consentimiento del deudor cuando dichos créditos futuros incluyan elementos personales del acreedor (*intuitu personae*) que han trascendido a la constitución de la flotante (piénsese, por ejemplo, en la obligación estatutaria o contractual del deudor de que sus acreedores bancarios tengan una determinada calificación crediticia mínima) o cuando la configuración de tales créditos futuros no sea posible sin integrar correlativamente obligaciones a cargo del acreedor (por ejemplo, si los créditos futuros consistieran en descubiertos en una cuenta corriente bancaria).

La cesión total de los créditos futuros asegurados por la flotante no supone transmisión de la flotante al margen de las obligaciones por ella aseguradas, una hipoteca de propietario o una deuda territorial, puesto que los créditos futuros tendrán que seguir siendo de la naturaleza de los contemplados en la escritura de constitución, si bien ahora derivados de un negocio entre el cesionario y el deudor. La hipoteca continuará garantizando créditos de la naturaleza contemplada en la escritura de constitución, hasta el máximo igualmente previsto en la escritura de constitución, por el mismo plazo, etc. La única diferencia es la condición subjetiva del acreedor (que ha variado) sin que pueda advertirse por qué eso podría perjudicar al deudor, al hipotecante no deudor, al tercer poseedor o a los titulares registrales posteriores (y de ahí que no se precise su consentimiento). El deudor está expuesto a que el cesionario quiera cubrir por la garantía créditos ya nacidos al tiempo de la cesión, entre él y el deudor. Dado que cuantos más créditos queden asegurados por la hipoteca, menor será el margen aún no «consumido» del máximo y, por tanto, menor también la disposición del acreedor a conceder crédito futuro, el deudor que no haya consentido la cesión debería poder oponerse, con amparo en el artículo 1.198 del Código Civil, a que el cesionario extienda la cobertura hipotecaria a créditos ya vencidos entre él y el deudor al tiempo de la cesión por importe superior a los existentes de esta naturaleza entre cedente y deudor al tiempo de la cesión.

- E) En caso de cesión parcial de todos o algunos de los créditos asegurados, sin traslado simultáneo de la flotante al cesionario, no se

produce la extinción parcial de la flotante, dada la «indiferenciabilidad» de la responsabilidad hipotecaria propia de ésta.

- F) Parece claro que cada uno de los créditos asegurados por una hipoteca flotante es, en sí mismo, un crédito hipotecario. Es, sin embargo, un crédito hipotecario especial, puesto que no tiene atribuido una parte o importe de la responsabilidad hipotecaria total que asegura éste y los demás créditos garantizados por la flotante (la hipoteca flota sobre todos ellos). En ausencia de asignación o atribución, el acreedor de cada uno de esos créditos hipotecarios podría ejecutar el bien ante el impago o vencimiento de su crédito, hasta el máximo de la responsabilidad global. La accesoriedad de la garantía no lleva, en este caso, a la atribución automática de una porción de la responsabilidad al crédito, porción del crédito o créditos cedidos, siendo preciso que el acreedor cedente la distribuya expresamente al tiempo de la cesión. Puesto que, por una parte, la totalidad de la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca flotante respalda la totalidad de cualquiera de las obligaciones garantizadas y tiene el acreedor derecho omnímodo a decidir qué obligación u obligaciones (de las amparadas objetivamente por el alcance de la hipoteca) quiere que se beneficien de la protección hipotecaria, debería admitirse, sin dificultad, el derecho del acreedor de establecer unilateralmente al tiempo de la cesión el reparto de responsabilidad hipotecaria entre los créditos cedidos y los no cedidos, sin precisar para ello consentimiento del deudor, del hipotecante no deudor, el tercer poseedor o los titulares registrales posteriores. El acreedor precisaría, claro, de autorización de los titulares de cualquier derecho sobre su crédito (acreedor subhipotecario, titular de embargo anotado, etc.). En relación a la hipoteca global, CORDERO LOBATO (73) exige la determinación, en el negocio de transmisión, de la porción de la responsabilidad hipotecaria global de que podrá servirse cada acreedor tras la cesión. Considera que es consecuencia obligada de lo dispuesto en los artículos 1.529 y 1.258 del Código Civil. Sea o no exigible dicho reparto, no hay duda de que es extremadamente conveniente, como luego se verá, para habilitar la posibilidad de ejecución separada. En ausencia de pacto sobre distribución de responsabilidad, como la transmisión de la garantía es natural a la cesión del crédito hipotecario, cada acreedor resultante continúa beneficiándose de hipoteca flotante para reclamar la totalidad de su crédito,

---

(73) CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pág. 598. CORDERO LOBATO, Encarna, «La hipoteca global...», *op. cit.*, pág. 148.

porción de crédito o créditos cedidos hasta el total de la responsabilidad hipotecaria global. Más adelante me pronunciaré sobre si existiría una situación de proindivisión en la hipoteca (que obligaría al ejercicio conjunto de las acciones o individual pero en beneficio de todos los acreedores) o de parciariedad (en cuyo caso, cualquiera de los acreedores podría proceder separadamente).

La subrogación legal *ex* artículos 1.210 y 1.211 del Código Civil o Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, da lugar necesariamente al traslado de la hipoteca al nuevo acreedor respecto de los créditos objeto de subrogación, que tienen siempre naturaleza de créditos existentes, sin que pueda extenderse a otros créditos ya existentes o futuros entre el *solvens* y el deudor (pues lo contrario supondría interpretar el principio de accesoria al revés). Si la flotante amparaba créditos presentes y futuros, el acreedor *accipiens* conservará la facultad de extender la hipoteca a los que concierte tras la subrogación legal del *solvens*. A diferencia de la subrogación convencional, en la legal el acreedor *accipiens* no tienen ningún estímulo para compartir la garantía hipotecaria con el *solvens* y, por tanto, hay que contar con que no se avenga a pactar con el *accipiens* un reparto de la responsabilidad máxima hipotecaria. Sin embargo, no es razonable que el *solvens* y el *accipiens* se mantengan, tras la subrogación legal, en situación de comunidad de riesgo sobre el máximo, porque el derecho del *accipiens* a seguir extendiendo crédito futuro devaluaría la efectividad de la garantía hipotecaria del *solvens*. También debe rechazarse laminarmente la posibilidad de que cualquiera de ellos ejecute la hipoteca en tanto se mantenga la indiferenciabilidad del máximo, porque ello extinguiría la hipoteca en perjuicio del otro (art. 394 CC). CORDERO LOBATO considera que la subrogación legal otorga al *solvens* «una parcela del máximo en garantía de los créditos en que se haya subrogado» (74), suponiendo por tanto una división de la flotante inicial en dos hipotecas: *a*) una en favor del *solvens* en garantía de los créditos subrogados y con responsabilidad hipotecaria igual a los créditos subrogados (con el máximo de la responsabilidad hipotecaria inicial), y *b*) otra en favor del *accipiens* por la diferencia de responsabilidad hipotecaria hasta la inicial, en garantía de los restantes créditos presentes y/o futuros. Me parecería más correcto prorratear la responsabilidad hipotecaria que deba asignarse a cada acreedor en base a los créditos existentes de cada uno al tiempo de la subrogación (de forma tal que correspondiera al *solvens* una hipoteca en garantía de los créditos subrogados con responsabilidad hipotecaria igual a la porción de la responsabilidad hipotecaria inicial que representen los créditos subrogados sobre el total de los créditos presentes del *accipiens* al tiempo de la subrogación legal

(74) CORDERO LOBATO, Encarna, «La hipoteca global...», *op. cit.*, pág. 170.

y al *accipiens* otra hipoteca por la diferencia de responsabilidad hipotecaria hasta la inicial, en garantía de los restantes créditos presentes y/o futuros). En esta solución se incrementan las dificultades a las que se enfrenta el *solvens* para acreditar el volumen de los créditos presentes del *accipiens* al tiempo de la subrogación legal con el objeto de conseguir el reflejo registral de su derecho de hipoteca.

## 2. PLURALIDAD DE ACREEDORES

Aunque la posibilidad de existencia de varias hipotecas de distinto rango sólo está prevista expresamente en nuestro Derecho en relación con la ejecución hipotecaria (art. 227 RH), existe consenso absoluto sobre la posible coexistencia de varias hipotecas del mismo rango en un mismo bien, sea por constitución e inscripción simultánea, sea a consecuencia de un negocio sobre el rango de hipotecas inicialmente de distinto rango (en cuyo caso, se requeriría el consentimiento del acreedor de rango anterior y quienes ostenten derechos inscritos sobre este crédito hipotecario —subhipoteca, anotación preventiva, etc.— y de los titulares de gravámenes o derechos intermedios).

La constitución de una pluralidad de hipotecas sobre un mismo bien en garantía de créditos de diferentes acreedores aventaja a la hipoteca flotante en que evita de raíz cualquier debate sobre las titularidades compartidas (por ejemplo, para el ejercicio de la acción de devastación). Pero comporta la desventaja de la necesidad de individualizar la responsabilidad máxima a que está sujeto el bien en relación con cada obligación (lo que en última instancia limita el derecho de agresión de cada acreedor frente al bien).

En este capítulo debemos plantearnos dos supuestos: el más simple sería la coexistencia de varios acreedores sobre el mismo crédito o créditos asegurados por la flotante. El más complejo sería la coexistencia de varios acreedores que comparten garantía, pero no los créditos garantizados.

Empezando por el supuesto más simple, si los acreedores de todos los créditos garantizados son solidarios, cualquiera de ellos podrá ejecutar autónomamente los derechos propios del acreedor hipotecario (acción de devastación, ejecución, etc.) (*ex art. 1.137 CC*) (75). Ninguno de los acreedores solidarios podrá cancelar o renunciar a la hipoteca, ni renunciar a la indivisibilidad (art. 1.141 CC). Y ello aunque nuestro Derecho no admite las titularidades dominicales solidarias salvo sobre derechos de crédito. En este caso, la relación interna entre los acreedores no trasciende en modo alguno a la hipoteca, porque es irrelevante para el deudor, el hipotecante no deudor, el tercer poseedor y cualquier titular registral posterior.

---

(75) RDGRN de 1 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/2017) y 23 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/2028).

En caso de parciariedad entre los acreedores, queda por resolver qué titularidad ostentan sobre la hipoteca (en definitiva, qué facultades puede ejercitar cualquiera de ellos respecto de la hipoteca):

- A) Una primera tesis (76) consistiría en entender que los acreedores parciarios son copropietarios *pro indiviso* de la hipoteca, lo que impediría a cualquier acreedor aceptar alteraciones de la hipoteca sin consentimiento de los demás (art. 397 CC) o ejecutar la hipoteca sino en interés de la comunidad (art. 394 CC). El ejercicio de las acciones de devastación y ejecución correspondería conjuntamente a todos los acreedores.
- B) Una segunda tesis (77), quizá la más extendida, consideraría que la cotitularidad en el crédito se extiende a la garantía, tal que cada acreedor sea simultáneamente titular de una porción del crédito y de la hipoteca. La pluralidad de créditos se traslada a una pluralidad de hipotecas, todas ellas obviamente del mismo rango. La legitimación aislada de cada acreedor (*ex arts. 1.138 y 1.139 CC*) parecería imponer que cada acreedor pueda ejercitar la hipoteca que asegura su crédito separadamente, obviamente sin perjudicar el derecho de los demás acreedores, para lo cual se ideó la solución del artículo 227 RH de considerar preferentes las hipotecas de los demás acreedores al tiempo de la ejecución de una de ellas. En tal caso, sería preciso especificar registralmente qué cuota corresponde a cada acreedor en el crédito parciario (art. 54.1 RH).

El carácter incierto del crédito, en cuanto a existencia o cuantía propio de una hipoteca de máximo, no dificulta la aplicación de esta tesis (el reparto entre los varios acreedores del crédito asegurado se traslada a la responsabilidad hipotecaria).

Por ello:

- a) No parece advertirse dificultad para aplicar esta tesis a una hipoteca flotante que asegure un único crédito de titularidad compartida entre varios acreedores (la cuota en el crédito de cada acreedor se traslada a la hipoteca).
- b) Tampoco si, existiendo varios créditos, cada acreedor ostenta la misma cuota sobre todos ellos (la misma cuota invariable de cada acreedor sobre el crédito se traslada a la hipoteca). La correlación deuda-responsabilidad hipotecaria es cierta e invariable (el 25 por 100 de

---

(76) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «Derechos reales...», *op. cit.*, págs. 489- 490.

(77) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura, *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Ed. Aranzadi, 1993, pág. 532. CHICO Y ORTIZ, José María, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. II, 1989, págs. 1820 y 1821.

cualquiera de las partes de un todo equivale indefectiblemente al 25 por 100 del todo, cualquiera que sea el peso relativo de cada parte en el todo).

- c) Más difícil sería la aplicación si las cuotas de los distintos acreedores variaran de un crédito a otro, y ello porque en la flotante no existe una asignación de responsabilidad hipotecaria entre las varias obligaciones aseguradas. La «indiferenciabilidad» de la flotante parecería dificultar el cumplimiento del requisito de constancia registral de la cuota de cada acreedor en ese caso. No habría dificultad para hacer constar la cuota que a cada acreedor corresponda en cada crédito, pero eso no determina, en presencia de la indiferenciabilidad propia de la flotante, en qué medida (cuota) cada acreedor puede servirse de la hipoteca, en particular, a los efectos de la ejecución de la hipoteca por vencimiento de su crédito. ¿Cómo, sin poder establecer la medida en que cada acreedor puede servirse de la hipoteca, se puede aplicar la regla del 227 RH? La respuesta es que, en ausencia de una asignación de la deuda que responde de cada crédito, el ejercicio por alguno de los acreedores de las acciones hipotecarias perjudica al resto, como se explica en el apartado V siguiente. Y de ahí que deba mantenerse, en los casos en los que sea imposible determinar la cuota en la hipoteca que corresponde a cada acreedor, por la existencia de diferentes cuotas en los créditos garantizados, la aplicación de las reglas de la comunidad de bienes, que impiden a cualquiera de los copartícipes «servirse de la cosa común» (es decir, ejecutar la hipoteca) en perjuicio del derecho de los restantes comuneros (art. 394 CC).

Se ha admitido, con carácter general, la posibilidad de hipotecar un bien en garantía de parte de un crédito, sin necesidad de identificar las cuotas o plazos de amortización que asegura, de forma que el incumplimiento de cualquier parte del crédito permite la ejecución (y ello porque aunque la hipoteca sólo garantice una parte del crédito, la totalidad del bien está afecto al cumplimiento de la deuda, *ex* arts. 1.822 CC y 122 LH) (78). En tales casos, no se puede entender que existan diversas deudas (una garantizada y otra no) de forma que el pago parcial deba imputarse, en primer lugar, a la cancelación de la parte del crédito asegurada por la hipoteca (por ser más onerosa), ni tampoco de forma proporcionalmente, puesto que hasta que se extinga la deuda (en su totalidad), la hipoteca se mantiene. Esta construcción sólo es válida cuando consta la distribución de la responsa-

---

(78) RDGRN de 2 de enero de 1996 (*RJ* 1996/584) y 3 de enero de 1996 (*RJ* 1996/585).

bilidad hipotecaria global asegurada por la flotante entre los diversos créditos. En tanto no conste, no es posible defender la existencia de una situación de coexistencia de hipotecas de mismo rango, sino de copropiedad indivisa sobre esta hipoteca.

Por último, debemos plantearnos qué parte o partes ha de consentir la distribución de responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos asegurados por la flotante. Sin duda, deberá consentirlo el acreedor (art. 122 LH) y cualesquiera titulares sobre el derecho del acreedor (acreedor subhipotecario, por ejemplo). Creo, por lo que se explica en el apartado V siguiente, que no es precisa la participación del deudor, ni del hipotecante no deudor, ni de los titulares registrales posteriores.

Las conclusiones anteriormente alcanzadas son extrapolables al caso de concurrencia de acreedores distintos de créditos asegurados por la hipoteca (es como si cada uno de ellos tuviera un 100 por 100 de participación en el crédito propio y un 0 por 100 de participación en los créditos de los demás). Así, en ausencia de una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos, existirá una relación de comunidad *pro indiviso* de los acreedores sobre la flotante, mientras que se podrá defender la coexistencia de múltiples hipotecas (flotantes o no) del mismo rango, si es posible establecer registralmente la cuota en que cada acreedor se beneficie de la hipoteca (por previsión al efecto en la escritura de constitución o por determinación del acreedor —y los titulares de derechos sobre el crédito hipotecario— con posterioridad).

## V. EJECUCIÓN

### 1. EJECUCIÓN POR EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL ESPECIAL

Se plantean algunas incertidumbres en cuanto a la ejecución de este tipo de hipotecas. En la normativa finalmente aprobada, no se hace ninguna modificación de los procedimientos de ejecución con referencia expresa a las hipotecas flotantes, ni se recogen disposiciones específicas para la ejecución de estas hipotecas. Solamente se introduce una remisión, en cuanto al ejercicio de la acción hipotecaria, a los artículos 129 y 153 LH, lo cual habilita de forma general el procedimiento de ejecución hipotecaria del 571 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil («LEC») (con las particularidades de los arts. 681 y sigs. LEC) y el extrajudicial (con las cautelas que expon-dremos más abajo). Aunque no se incluya la referencia expresa, no hay dificultad para entender también aplicables a la hipoteca flotante lo dispuesto

en los artículos 131 y siguientes LH y 225 y siguientes RH. El declarativo es, claro, otra posibilidad.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 41/2007, algunos autores habían mostrado preocupación sobre la falta de adecuación de las causas de oposición dentro del proceso de ejecución directa sobre los bienes hipotecados a la nueva hipoteca flotante (79). En este sentido, es de lamentar que se eliminara en el Proyecto remitido a las Cortes la Disposición Final Segunda del Anteproyecto, que proponía modificar los artículos 656 y 688 LEC. Y digo que es de lamentar, no porque fueran dos buenas modificaciones, que no lo eran desde un punto de vista técnico, sino porque salían al paso (aunque fuera de forma insuficiente) a esa preocupación. Así, se proponía añadir un nuevo número 3 en el artículo 656.1 de la LEC, relativa al contenido de la certificación de dominio y carga para obligar al registrador a hacer constar «[...] *el importe del principal reclamado o del saldo final exigible en caso de hipoteca de máximo*». Mediante una adición al final del primer párrafo del 688.2, se obligaba al registrador a hacer constar esa misma referencia en la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de dominio y cargas. El Proyecto prescindió de una modificación en este sentido, sin que las enmiendas presentadas en el Congreso y en el Senado por el Grupo Popular (también defendidas por la AHE) (80) fueran finalmente aceptadas.

Aunque el paralelo de nuestra hipoteca flotante en el Derecho alemán (la *Höchstbetragshypothek* del 1.190 BGB) no goza de ejecutabilidad directa, allí se justifica en la imposibilidad de acudir a la ejecución sin previa liquidación (judicial o consensuada) de la deuda, extremo este que no es trasladable a nuestro Derecho, en el que se admite la ejecución de hipotecas con liquidación de la deuda por el propio acreedor, como en el penúltimo párrafo del artículo 153 bis.

Señalados autores habían considerado la hipoteca de seguridad (y la flotante responde a este tipo) incompatible con el procedimiento judicial sumario y con el extrarregistral, «[...] *pues el acreedor ha de probar no sólo que se constituyó la hipoteca, sino también “extrarregistralmente” —con documentos distintos de la escritura de constitución o de la inscripción registral— las condiciones que precisan totalmente el crédito. Es una característica típica de la hipoteca de seguridad, pues, que no baste el título constitutivo inscrito como título ejecutivo hipotecario. En consecuencia, en general, no se puede pactar el procedimiento judicial sumario ni el extraju-*

---

(79) DÍAZ FRAILE, Juan María, «La nueva regulación...», *op. cit.*, págs. 18-19.

(80) ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA: *Asamblea General de la Asociación Hipotecaria Española. Informe del Presidente*, 27 de junio de 2007, pág. 20. La AHE entiende, sin embargo, que la expresión «hipoteca de máximo», a que se refiere la Disposición Final Segunda del Anteproyecto, se refería a la nueva «hipoteca recargable» (es decir, a la posibilidad de ampliar un préstamo hipotecario sin perder rango).

*dicial* (Resolución de 3 de marzo de 1952)» (81). Creo que la tacha no es aceptable, predicada de forma general, por más que pueda ser necesario integrar extrarregistralmente el título de crédito al tiempo de la ejecución en algún caso, lo mismo que hay que hacerlo en la ejecución de una hipoteca en garantía de obligación futura (obviamente si al tiempo de la ejecución no está expedida la nota marginal del art. 143 LH) o de una hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador. Es más, algún tipo de integración extrarregistral es precisa hasta para la ejecución de una hipoteca en garantía de obligación en moneda extranjera, con interés variable o en garantía de préstamo con amortización periódica en que se hayan pagado unas cuotas y otras no, se haya pagado el principal pero no los intereses, etc. El artículo 685.2 LEC sólo exige que se acompañe a la demanda el título de crédito revestidos de los requisitos que la LEC exige para el despacho de ejecución, lo que puede incluir documentos extrarregistrales (escrituras públicas, pólizas intervenidas, etc.). Otros autores, por el contrario, se habían pronunciado en favor de la ejecutabilidad de la flotante (82).

La DGRN admitió, inicialmente, la ejecución de una hipoteca global a través del judicial sumario del antiguo 131 LH, pese a que la hipoteca no acreditaba fehacientemente la existencia y el vencimiento de la deuda, permitiendo para ello la integración extrarregistral del título constitutivo a través de, por ejemplo, un protesto de letras de cambio (83) o la certificación del saldo de una cuenta bancaria realizada por el acreedor (84). Después, con el criterio restrictivo respecto de la hipoteca global en sí, llegó también el rechazo de la facultad de liquidación unilateral de deuda por el acreedor como mecanismo habilitador del ejecutivo hipotecario (se aducía que esta posibilidad era excepcional y aplicable únicamente a la hipoteca del 153 LH) (85).

(81) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «Derechos reales...», *op. cit.*, pág. 478. En sentido análogo (aunque referido al antiguo 131 LH), GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipotecas*, 1994, págs. 135-136. *Idem.*, comentando la RDGRN, de 21 de marzo de 1917 (citada), RIBÓ, Mariano, «La hipoteca de máximo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 6, 1925, pág. 419.

(82) REY PÓRTOLES, Juan Manuel, «Hipoteca con cláusula...», *op. cit.*, pág. 130 y sigs. CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pág. 568 y sigs.

(83) RDGRN de 28 de febrero de 1933 (*RJ* 1933/1833).

(84) RDGRN de 16 de junio de 1936 (*RJ* 1936/1544), que llega a esta conclusión aplicando analógicamente el 153 LH, al igual que la de 4 de julio de 1984 (*RJ* 1984/3851). Respecto de las hipotecas de seguridad en general, la RDGRN de 3 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000/10239) afirma que la falta de determinación registral de la deuda y la cuantía no impide que el acreedor pueda obtener en su día un título suficiente para despachar la ejecución por el procedimiento judicial sumario. *Idem.* RDGRN de 6 de octubre de 1994 (*RJ* 1994/7655), 28 de enero de 1998 (*RJ* 1998/279) y 24 de agosto de 1998 (*RJ* 1998/6585).

(85) RDGRN de 11 de enero de 1995 (*RJ* 1995/186).

La referencia al carácter sumario y excepcional del ejecutivo hipotecario y su incompatibilidad consustancial con la incompleta determinación registral de las obligaciones garantizadas en una hipoteca flotante «pura» no me parece atendible. Otro tanto ocurre en relación con otras hipotecas de seguridad y hasta de tráfico, como se ha señalado antes. La sanción de constitucionalidad del ejecutivo hipotecario que resulta de la famosa sentencia del Tribunal Constitucional («TC») de 18 de diciembre de 1981 (RJ 1981, 41) se hace sin dejar de admitir el TC el riesgo de «pluspetición» o de ejercicio injustificado de la ejecución por parte del acreedor ejecutante, razón precisamente por la cual, *«no se produce el efecto de cosa juzgada, y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo»*, ya que *«la radical limitación de las excepciones [oponibles en el ejecutivo hipotecario] no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor»*. Adicionalmente, el TC apela al carácter constitutivo de la hipoteca, y a las especiales garantías de su necesario otorgamiento en escritura pública y de su inscripción, operación y cancelación registral, como mecanismo de defensa del deudor frente a la cierta limitación del principio de contradicción en el procedimiento ejecución hipotecaria, justificando así una suerte de vínculo indisoluble entre hipoteca y ejecución sumaria: *«El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral, que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurren los requisitos para ello. Así, la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la Ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título. Se puede afirmar que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados. [...] Mas no debe olvidarse que, al constituir la hipoteca, se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución»*.

La existencia, en fin, de garantías suficientes para defenderse contra una ejecución injustificada (como la obligación de indemnizar daños y perjuicios del ejecutante en iniquidad —art. 538.4 LEC—, el sobreseimiento del procedimiento en caso de cancelación de la hipoteca —art. 688.3 LEC—, la reserva del declarativo posterior o la posibilidad de asegurar la efectividad del fallo del juicio declarativo posterior mediante retención de todo o parte de la cantidad que haya de entregarse al acreedor —art. 698 LEC— permiten entender compatible hipoteca flotante y ejecución hipotecaria.

Como se ha indicado anteriormente, nos parece claro que el acreedor hipotecario ha de tener plena libertad para integrar la totalidad o parte de las obligaciones garantizadas vencidas en el saldo reclamable en ejecución, sin necesidad de esperar hasta el vencimiento del plazo de la hipoteca consignada en el título.

En todos los casos en los que el nacimiento, vencimiento y cuantía de la obligación garantizada que funda la ejecución no resulte de la propia hipoteca flotante (por ejemplo, cuando se trate de una obligación futura), será preciso acreditar dichos extremos. En la hipoteca flotante pura «*se niega al acreedor la facultad de ampararse en presunciones hipotecarias para probar la existencia de la deuda y la cantidad a que asciende*», dice la RDGR de 21 de marzo de 1921, pero «*se da valor a los hechos o convenios entre las partes que puedan modificar o destruir la eficacia de la obligación garantizada, aunque tales circunstancias no se hagan constar en el Registro*».

Una primera fórmula de acreditación de esos extremos sería a través de la nota marginal del artículo 143 LH (para la que, a su vez, sería preciso consentimiento del hipotecante o constancia en documento público, conforme al art. 238 RH), que debería entenderse de aplicación analógica a la hipoteca flotante en garantía de obligación futura (86).

El segundo camino sería mediante la integración extrarregistral de la hipoteca, a través de cualquier título que lleve aparejada ejecución conforme al artículo 517 LEC. Y a este respecto, téngase en cuenta la posibilidad, admitida en los artículos 572 y 573 LEC y en el penúltimo párrafo del artículo 153 bis, de que la cantidad líquida sea determinada por el acreedor «*en la forma convenida por las partes en la escritura*».

En el pasado, se había objetado a la posibilidad de ejecución de la hipoteca global pura (esto es, en garantía de obligaciones futuras no perfectamente identificadas) alegando que la certificación del saldo por el acreedor bancario es sólo un medio de liquidación de la deuda, pero no de acreditación de su nacimiento (87). En contra de este razonamiento se había argumentado que el efecto ejecutivo que se atribuye en el artículo 153 LH a la liquidación hecha por el acreedor resulta de que el legislador otorga a dicha certificación, en sí misma (es decir, desvinculada de la constancia pública del crédito), la certeza suficiente para presumir *iuris tantum* la responsabilidad del deudor que permite la ejecución. Es el valor probatorio de los libros de los comerciantes, la atribución convencional de la facultad de liquidación

(86) PRETEL SERRANO no advierte dificultad para dicha nota marginal respecto de la hipoteca del 153 LH (PRETEL SERRANO, Juan José, «Comentario al artículo 153 LH», en ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia [Dir.], *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VII, Vol. 8.º, Madrid, Endersa, 2000, pág. 398).

(87) GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César, «Comentario de urgencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 610, 1992, pág. 1403.

al acreedor, la exigencia de notificación previa al deudor de la certificación y las posibilidades de contestación establecidas en el artículo 153 LH, lo que permiten atribuir a la liquidación misma el carácter de título ejecutivo. Siendo eso así para la hipoteca del artículo 153 LH (art. 245 RH), no había ninguna razón convincente para excluir esta forma de determinación de la deuda respecto de la hipoteca global. Es decir, el 153 LH podría ser interpretado en el sentido de atribuir a la certificación del acreedor, cuando se haya pactado esta facultad en la escritura de hipoteca, la condición de título ejecutivo en sí mismo, aunque la existencia y vencimiento de la obligación u obligaciones por las cuales se procede no resulte del registro ni de otro título extrarregistral que lleve aparejada ejecución. Sobre la base de esta interpretación, debería admitirse ejecución incluso aunque no constase en título que llevase aparejada ejecución el nacimiento y vencimiento de un crédito garantizado por hipoteca flotante, con tal de que en la escritura de constitución se hubiere atribuido al acreedor facultad certificante (88). La dicción literal de los últimos dos párrafos del 153 LH parecería corroborar esta tesis:

- En primer lugar, porque se refiere a la cantidad líquida determinada por el acreedor «*en la forma convenida por las partes en la escritura*», y ello porque la referencia a la «*escritura*» parece señalar a la de constitución de hipoteca y no al título de crédito del que resulte la obligación (que podría documentarse de otras muchas formas).
- Y en segundo lugar, porque hay una remisión expresa al ejercicio de la acción hipotecaria de conformidad con lo previsto en el artículo 153 LH, referencia que, obviamente, habilita tanto el mecanismo de certificación del acreedor bancario como el sistema de doble libreta (en la medida que fuera objetivamente aplicable a la naturaleza de las obligaciones garantizadas por la flotante) allí contenidos.

No obstante, lo anterior, la exigencia de que se acompañe con la demanda «*el título o títulos de crédito revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de ejecución*» del artículo 685.2 LEC impediría, en mi

---

(88) CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, págs. 694 y 695. En el mismo sentido, VEIGA COPO, Abel, «Comentario a la Resolución de la DGRN de 12 de septiembre de 2003» (*RJ* 2003/6275), en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 64, 2004, págs. 435-459, y BELLO FERNÁNDEZ DE PLASENCIA, Eva, «Apuntes sobre la novación y la accesoriedad en la hipoteca de máximo», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díaz Picazo*, Vol. 3, 2002, pág. 3593. Aunque no específicamente en relación a la hipoteca global, GARCÍA GARCÍA muestra también simpatía hacia la atribución convencional de facultad certificante al acreedor en relación con la extensión de la nota del 143 LH, exigiendo para ello que se articule una cuenta corriente (GARCÍA GARCÍA, José Manuel, «Código de Legislación Inmobiliaria...», *op. cit.*, pág. 266).

opinión, que se ejecutase una hipoteca flotante ante el vencimiento de una obligación no nacida al tiempo de la constitución de la flotante, cuya existencia no haya tenido acreditación registral ni pueda evidenciarse en título que lleve aparejada ejecución (conforme al 517 LEC), incluso en el caso de que se haya pactado en la escritura de hipoteca flotante la facultad del acreedor de liquidar la deuda. De ahí que se imponga la conveniencia, respecto de las obligaciones futuras que pueda garantizar una flotante, de que el nacimiento de la obligación se evidencie mediante escritura, póliza o cualquier otro documento con fuerza ejecutiva, sin perjuicio de atribuir al acreedor en la escritura de hipoteca facultad certificante, para evitar completamente el riesgo de que el juez rechace el despacho de ejecución por no entender fehacientemente acreditada la deuda.

Respecto de la obligación futura, el artículo 238 RH permite la extensión de la nota marginal del 143 LH mediante la presentación al registro del documento público que acredite el nacimiento de la obligación o de una solicitud firmada por las partes a este efecto, ratificada ante el Registrador o con firmas legitimadas. Piénsese en la hipótesis, para el caso de que las partes no quieran documentar el nacimiento de una obligación garantizada por la flotante mediante título que lleve aparejada ejecución (o no se quiera, por ejemplo, soportar los gastos e impuestos que pudieran devengarse), de utilizar la vía que habilita el artículo 238 RH para requerir al deudor que preste esta colaboración, como condición de la extensión de un crédito llamado a quedar cubierto por la flotante, por ejemplo. No veo objeción alguna en utilizar la vía prevista en el artículo 238 RH respecto de una hipoteca flotante (89).

Al hilo de este asunto, me parece conveniente traer a escena una de las objeciones tradicionalmente blandidas frente a la hipoteca global, y es la de que imponía una derogación inadmisibles de la *par condicio*: las obligaciones aseguradas por la flotante tendrían el privilegio especial y el rango que resultase de la inscripción de la hipoteca, aunque pudieran haberse contraído muy posteriormente, siendo preferentes por tanto a los créditos intermedios, inscritos o no inscritos: «*Todos los demás acreedores, incluso los que tienen documentados unos créditos en escritura pública o incluso en sentencia de fecha posterior a la hipoteca, ven postpuesto su derecho al del Banco, aunque los créditos del Banco tengan una fecha claramente posterior a los títulos (escrituras o sentencias) de dichos acreedores. Y si los créditos del Banco ni siquiera están formalizados en escritura pública o pólizas notariales... ¿Cómo sin tener fecha fehaciente pueden anteponerse a los acreedores anteriores por el simple hecho de que el acreedor (Banco o Caja) ha decidido —en*

---

(89) ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, pág. 333.

*cualquier tiempo— que estén cubiertos por la hipoteca?»* (90). La objeción no es correcta, en mi opinión:

- A) Respecto de créditos no inscritos, cualquier crédito hipotecario goza de preferencia o privilegio especial sobre el bien (art. 90.1.1.º de la Ley Concursal) (no hay aquí derogación alguna de la *par condicio*).
- B) La justificación fundamental de la preferencia está en la publicidad registral que resulta de la inscripción. Todos los acreedores, los que inscriban y los que no, están avisados de la existencia de la hipoteca flotante, como lo están los acreedores del deudor que ha ofrecido una hipoteca condicional o una hipoteca en garantía de obligación condicional: los acreedores que inscriben su título con posterioridad a la inscripción de una hipoteca condicional (o de una hipoteca en garantía de obligación condicional) son legalmente pospuestos al crédito garantizado por la primera hipoteca una vez cumplida la condición, aunque ésta sobrevenga con posterioridad. No se ve razón para aplicar peor tratamiento a la flotante: si los créditos garantizados por la flotante han tenido determinación registral mediante la nota marginal del artículo 143 LH, aunque sea posterior a la de otro crédito inscrito, la eficacia retroactiva de la nota marginal (arts. 23 y 24 LH) salva cualquier objeción. Si, sin tener constancia registral, es posible proceder a la ejecución hipotecaria por los créditos garantizados mediante cualquiera de las vías de integración extrarregistral mencionadas, parece también lógico que hayan de tener preferencia respecto de créditos inscritos con posterioridad a la hipoteca, pero anteriores a la fecha en que podrían haberse ejecutado mediante integración extrarregistral del título. En definitiva, que hasta la cancelación de la flotante es perfectamente razonable que los créditos asegurados por ella (que, no olvidemos, son hipotecarios) tengan la preferencia que resulta del juego de la prioridad registral y del privilegio especial concursal (y la publicidad registral de la hipoteca «avisa» de la amenaza a cualquier acreedor posterior) frente a acreedores, inscritos o no inscritos, posteriores a la hipoteca (aunque anteriores a la generación, vencimiento y ejecución del crédito asegurado por la flotante).

— El concurso del deudor no añade complejidad, ni distorsiona el examen anterior: si el crédito garantizado por una flotante ha nacido con anterioridad al concurso, habrá que reconocerlo como crédito

---

(90) MARTÍNEZ GIL-VICH, José Luis, «La hipoteca flotante», *op. cit.*, pág. 154. En sentido análogo, entre otros muchos, ÁVILA NAVARRO, Pedro, «La hipoteca (estudio registral...)», *op. cit.*, pág. 64 y sigs.

concurral con privilegio especial al amparo del artículo 90.1.1.º de la Ley Concursal, con la preferencia, en caso de concurrencia con otros créditos con privilegio especial sobre el mismo bien, que determina el artículo 155 de la Ley Concursal. Si el crédito es posterior, será un crédito de la masa y tendrá la preferencia establecida en el artículo 154 de la Ley Concursal.

En relación a la atribución convencional al acreedor de facultad certificante que se desprende del penúltimo párrafo del 153 bis, téngase en cuenta que la remisión al 153 LH, en cuanto al ejercicio de la acción hipotecaria, habilitaría los mecanismos de oposición a la liquidación allí establecidos que, aunque no derogados por la LEC, deben entenderse modificados por ésta (en particular, por el art. 695 LEC, que establece plazos diferentes) (91). Existiendo esa remisión normativa a reglas procedimentales, no resultaría admisible su derogación convencional.

## 2. EJECUCIÓN PARCIAL

Queda una duda, sin embargo, respecto de los efectos de la ejecución sobre la hipoteca misma, en caso de mantenerse obligaciones pendientes (no vencidas) al tiempo de la ejecución.

Con carácter general, la ejecución de una hipoteca, aunque sólo sea por una parte del crédito garantizado vencido, determina su cancelación a la conclusión del procedimiento de realización del bien (arts. 642 y 674 LEC, 133 y 134 LH). El acreedor es libre de ejercitar la acción hipotecaria para el cobro de la totalidad o sólo una parte de los conceptos adeudados (sin que obviamente se entiendan condonados los no reclamados), pero admitiendo la cancelación de la carga. Igualmente, con carácter general, el acreedor que, ante el vencimiento de alguno o algunos de los créditos garantizados, ejecuta el bien, debe pasar por la extinción de la hipoteca incluso aunque haya otros créditos garantizados aún no vencidos. Y ello sin perjuicio del derecho que se reconoce al ejecutante de solicitar la ampliación de la ejecución a los plazos de la misma obligación por la que se procede que vayan venciendo o a la obligación en su totalidad (art. 578 LEC).

Con carácter de excepción a este régimen general, el artículo 693 LEC prevé que, para el caso de que el deudor deje de pagar una parte del principal del crédito o de los intereses cuyo pago deba hacerse en fechas diferentes, se siga la ejecución sólo por el plazo o plazos vencidos, siempre que dicha estipulación conste inscrita, manteniéndose la hipoteca respecto de la parte

---

(91) GARCÍA GARCÍA, José Manuel, «Código de Legislación Inmobiliaria...», *op. cit.*, pág. 266.

del crédito no satisfecha. La misma consecuencia jurídica impone el artículo 155 LH (92) respecto del ejercicio de la acción hipotecaria por impago de títulos nominativos o al portador garantizados por una hipoteca (*ex art.* 154 LH) cuando se mantengan pendientes de vencimiento otros títulos de la misma emisión, si bien en este caso sin exigirse pacto expreso (es la ley la que de forma directa ampara el efecto). Es esta también la conclusión de la DGRN respecto de la hipoteca cambiaria (en garantía de títulos cambiarios, aunque no formen parte de una emisión). No se trata de subsistencia de hipotecas de rango anterior o preferente, sino de hipotecas simultáneas, conexas o del mismo rango a que se refiere el artículo 227 RH. Es obvio que en estos casos, la hipoteca sobrevive en la parte proporcional que corresponda a los importes pendientes respecto de la responsabilidad inicial. O sea, si la parte pendiente fuera la mitad de la deuda posible total, se mantiene la hipoteca por la mitad de la responsabilidad hipotecaria. En todos estos supuestos, se parte de la premisa de la perfecta correlación entre deuda y responsabilidad hipotecaria.

En las situaciones de pluralidad de acreedores, en general, se ha rechazado por algunos autores la posibilidad de ejecución parcial, alegando: *a*) que la pluralidad activa ha de regirse por las reglas de la comunidad ordinaria, que impondría la necesidad de ejercicio conjunto o bien por cualquier acreedor, pero a beneficio de la comunidad, con consignación del saldo de la realización a beneficio de los demás (93); *b*) que lo contrario es insatisfactorio para el primer acreedor que ejecuta, si el valor es insuficiente, y *c*) que no se puede imponer al dueño de la finca hipotecada la carga de pasar por varias ejecuciones (una por cada acreedor), especialmente en el caso de que se haya llegado a la situación de pluralidad de acreedores de forma sobrevenida. Ninguna de estas objeciones es incuestionable: por una parte, porque la división del crédito determinará, como se expuso antes, la concurrencia de acreedores parciarios en el crédito (arts. 1.138 y 1.139 CC), con legitimación de ejecución separada conforme a la regla del 227 RH (94), aunque ninguno de los acreedores pueda proceder a la cancelación superficial de la hipoteca —dada su indivisibilidad *ex art.* 122 LH— en perjuicio de los demás (1.860 CC; 122 y 125 LH) (lo que no implica, sin embargo, que no pueda hacerse constar el pago parcial mediante nota marginal conforme al art. 240 RH). Por otra, porque la eventualidad del remate insuficiente también lo soportan los ejecutantes posteriores, ya que depende de la mayor o menor apreciación del bien al tiempo de cada una de las ejecuciones. El argumento

---

(92) El mismo efecto se recoge en el artículo 157 LH sobre la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas, aunque esta es una hipoteca singular por no disponer de responsabilidad máxima hipotecaria.

(93) RDGRN de 26 de noviembre de 1917 (CL 174).

(94) ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, págs. 267-268. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura, «Garantías patrimoniales...», *op. cit.*, pág. 532.

del perjuicio para el propietario de la multiplicidad de ejecuciones tampoco se ve, porque en ningún caso se accionará por más que la responsabilidad hipotecaria y es indiferente que sea en una o en varias veces (además de que el propietario en cada una de ellas será, en principio, el rematante de la anterior y, en consecuencia, diferente). Por otra parte, la división del crédito entre varios acreedores aumenta las posibilidades de oponer la compensación del deudor (art. 1.195 y 1.198 CC) y, por tanto, le beneficia. Por eso, algunos autores (95) incluso entienden que la ejecución parcial con subsistencia de la carga debería ser la regla general, más que la excepción en las situaciones de pluralidad de acreedores.

El problema de aplicar analógicamente estos preceptos a la hipoteca flotante, incluso en el caso de que se pacte expresamente y de que las obligaciones garantizadas sean todas de la naturaleza prevista en el artículo 693 LEC (o sea, obligaciones con vencimientos de principal o intereses en fechas distintas) o 154 (títulos transmisibles por endoso o al portador) viene dado por la indeterminación de la parte de la responsabilidad máxima hipotecaria «atribuida» a cada obligación garantizada en la hipoteca flotante (96). En esta modalidad de garantía no se impone atribuir a cada obligación garantizada una porción de la responsabilidad hipotecaria total, sino que puede el acreedor ejecutar el bien hasta la responsabilidad hipotecaria por cualquiera de las obligaciones garantizadas. Para la recta aplicación analógica de estos preceptos sería necesario que, además de constar el pacto en la escritura y en el Registro, y tener cada una de las obligaciones garantizadas la naturaleza de las previstas en el artículo 693 LEC o 154 (que son, con el 157 LH, los únicos casos admitidos por la ley en los que la ejecución parcial no determina la extinción de la hipoteca), a cada una de las obligaciones garantizadas por la flotante se reservara, a los efectos de la ejecución, una porción de la responsabilidad hipotecaria o que se incluyera una regla de reparto de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones pendientes.

(95) CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pág. 720.

(96) No ayuda en este intento de aplicación analógica la posición mantenida por la DGRN respecto de la hipoteca cambiaria: la RDGRN de 18 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9384) considera la hipoteca cambiaria distinta de la hipoteca en garantía de obligaciones del 154 y 155 LH, y ello porque «cuando los diversos títulos cambiarios están llamados a desenvolverse jurídicamente con plena autonomía e independencia, cuando cada una de las obligaciones cartulares puede ser exigida aisladamente y promover la ejecución hipotecaria separadamente, el supuesto contemplado no es ya el de constitución de una hipoteca única sobre las varias fincas en garantía de un crédito único, sino el de constitución, en un solo acto, de una pluralidad de hipotecas en garantía de otros tantos créditos diferenciados». Corrige así su posición anterior en la RDGRN de 18 de octubre de 1979 (RJ 1979/3285), que rechazaba sobre la base del artículo 1.861 del Código Civil y «de una interpretación lógica en la materia», la posibilidad de constituir una hipoteca en garantía de una pluralidad de títulos transmisibles por endoso «sin ser preciso distribuir por cada letra y en cuanto a cada finca la responsabilidad hipotecaria».

A falta de previsión al respecto, el registrador no podría atribuir el 100 por 100 de la responsabilidad hipotecaria global a las obligaciones pendientes (porque eso sería como el milagro de los panes y los peces), ni tampoco hacer su propia estimación de la responsabilidad consumida (aplicable a las deudas por las que se despacha ejecución) y la pendiente (aplicable a las aún pendientes), salvo que se entienda que puede simplemente detraer de la responsabilidad hipotecaria total inicial la cantidad efectivamente recibida en la primera ejecución (o sea, que se entienda que la hipoteca flotante puede sobrevivir a la ejecución de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, para continuar gravando el bien respecto de las pendientes por el importe de responsabilidad hipotecaria remanente tras la ejecución bajo la fórmula «responsabilidad remanente = responsabilidad inicial - importe de la ejecución»). Esta última parece ser la postura defendida en la RDGRN de 20 de julio de 1999, en relación a la ejecución de una hipoteca en garantía de cuatro obligaciones al portador por incumplimiento de una de ellas. En mi opinión, esta solución es incorrecta por el diferente significado que tienen responsabilidad hipotecaria e importe resultante de la ejecución (o importe de la adjudicación por el acreedor). La responsabilidad hipotecaria es un concepto jurídico que define el riesgo máximo que soporta el tercer poseedor y los titulares de derechos posteriores. Por el contrario, el importe resultante de la realización es un dato de hecho, que depende de la apreciación del valor del bien al tiempo de la realización. La responsabilidad hipotecaria de las hipotecas subsistentes no puede anudarse al saldo de ejecución, porque eso supondría trasladar a los acreedores de esas obligaciones subsistentes (que podrían ser distintos del acreedor ejecutante) el riesgo fáctico de la primera ejecución (falta de licitación suficiente, deterioro del mercado, etc.). Además, la responsabilidad atribuida a las hipotecas subsistentes es un dato que interesa a cualquier licitador que concurre a la subasta, pues tiene derecho a hacer su propia estimación del riesgo de incumplimiento de las obligaciones pendientes en relación con el montante asegurado por las hipotecas subsistentes. De ahí que deba conocer esa magnitud antes de licitar, sin que pueda admitirse que deba de esperar a las resultas de la subasta para conocerla.

En sede específica de la hipoteca flotante, me parece difícil aplicar análogicamente las reglas previstas en los artículos 693 LEC o 155 LH (que parten de la absoluta correlación entre deuda y responsabilidad hipotecaria) para un supuesto de hecho distinto (indiferenciabilidad entre las obligaciones garantizadas por la flotante, tanto entre las distintas obligaciones como entre los distintos conceptos —principal, intereses, etc.— de cada obligación), en ausencia de previsión contractual al efecto.

CORDERO LOBATO afirma que la hipoteca de máximo es incompatible con la ejecución parcial con subsistencia del gravamen, cuando no existe una previa determinación de la responsabilidad hipotecaria que asegura cada cré-

dito. En estos casos, entiende que «no es admisible la ejecución parcial, pues ello consumiría el máximo de responsabilidad que serviría de garantía a todos [los acreedores], sin que la subsistencia del gravamen que ordena el artículo 227 RH bastase para salvaguardar el derecho de los no ejecutantes, pues la extensión cuantitativa de su derecho quedaría limitada a lo que el ejecutante no hubiera agotado» (97). Comparto, en líneas generales, este juicio para el caso de que efectivamente la pluralidad de titulares de crédito no se haya trasladado a una pluralidad de cuotas hipotecarias (que se ha analizado en el apartado IV.2. anterior). La referencia a las resultas de la primera ejecución, sin embargo, me parece incorrecta por lo expuesto anteriormente. Ocurre, es verdad, que sin distribución de responsabilidad hipotecaria mediante pacto entre los titulares de la hipoteca, no es posible asignar cuotas hipotecarias a cada crédito (pues no hay una correlación cierta y conocida registralmente entre deuda y responsabilidad), ni puede imponerse a los acreedores no ejecutantes que soporten las resultas de una mejor o peor realización del primer acreedor ejecutante.

En caso de pluralidad en la parte activa del gravamen sin asignación de la parte de responsabilidad hipotecaria que asegura cada crédito de cada acreedor, comparto el juicio de CORDERO LOBATO de que serían aplicables las normas de la comunidad de bienes, lo que impediría a alguno de los acreedores servirse de la cosa en perjuicio de los demás (art. 394 CC) e impondría por tanto la necesidad de ejercicio conjunto de la acción hipotecaria con prorrateo posterior entre los acreedores.

¿Y si se hiciera constar en la escritura hipotecaria y en el Registro el modo de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones pendientes en caso de ejecución por una parte únicamente de las obligaciones garantizadas? En este pacto se determinarían los criterios para aplicar la responsabilidad hipotecaria «no consumida» en su conjunto a la obligación u obligaciones garantizadas pendientes o incluso para distribuirla entre ellas. En este segundo caso, la hipoteca flotante se convertiría en tantas hipotecas de igual rango (ordinarias o de seguridad) como obligaciones garantizadas pendientes y, en consecuencia, habría que admitir la imposibilidad subsiguiente de ejecutar cualquiera de ellas por el incumplimiento de una obligación distinta de la asegurada. En el primero, la hipoteca flotante se mantendría en vigor, si bien cubriendo solamente las obligaciones aún pendientes, manteniéndose la indiferenciabilidad propia de la flotante.

Se podría discutir la licitud de un pacto de este tipo, incluso insertado en la escritura de hipoteca flotante, sobre la base de que pugna algo con la naturaleza de la hipoteca flotante, que es que la hipoteca «flote» sobre todas

---

(97) CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pág. 723.

las obligaciones garantizadas y que, además, se está anudando de forma peligrosa ejecución e hipoteca, al efecto de atribuir la categoría de condición de la hipoteca flotante remanente lo que no es más que un efecto de una condición esencial de la hipoteca (cual es el derecho de realización), como la cantidad por la que se ha despachado la primera ejecución. De mantenerse esta última tesis, debería excluirse la licitud de este pacto con apoyo en las Resoluciones de la DGRN de 4 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4833) ó 27 de febrero de 1999 (RJ 1999/744) en las que se atribuye al incumplimiento de la obligación principal el carácter de elemento estructural o *condicio iuris* de la hipoteca, excluyendo que pueda admitirse como *condicio facti* a la que sujetar la hipoteca, puesto que de ésta depende su propia efectividad, al poner en marcha el *ius distrahendi*. No me parece del todo atendible este argumento, dado que la hipoteca remanente no se sujeta a ninguna condición estructural (el incumplimiento), sino que simplemente se liga una de sus determinaciones esenciales (el importe de la responsabilidad máxima hipotecaria) al pacto alcanzado por las partes en la escritura de hipoteca.

También podría alegarse que este pacto quiebra las exigencias del principio de determinación. La RDGRN de 12 de marzo de 1936 (RJ 1936/809), que versa sobre la posibilidad de que se constituya una hipoteca sobre un bien suspensivamente condicionada a la insuficiencia de otra hipoteca sobre otro bien para satisfacer la misma obligación garantizada sin hacerse determinación de la parte cubierta por cada una de las hipotecas (conforme al art. 119 LH), deniega la inscripción por no constar dicha distribución de responsabilidad (en definitiva, por el rechazo a la hipoteca solidaria) afirmando que «*aun admitiendo la validez de tal hipoteca subsidiaria, existiría indeterminación de responsabilidad de la finca, ya que ésta no podría determinarse hasta que no se concretase el descubierto que quedare en la ejecución de la finca primeramente hipotecada, lo que sobre oponerse a las prescripciones de los artículos 119 y 120 de la Ley Hipotecaria, es atentatorio al libre desenvolvimiento del crédito territorial*». Tampoco este argumento me parece contundente porque la hipoteca flotante rompe, precisamente, con esa estricta aplicación del principio de determinación, para servir de garantía de una pluralidad de obligaciones sin imputación de la responsabilidad individual de la que responde el bien por cada una de ellas.

Podría negarse la licitud de este pacto sobre la base de que la purga de la hipoteca, en caso de ejecución parcial, es el principio general, y la exclusión de la purga la excepción, sin que sea correcto extender las excepciones al principio fuera de los supuestos de hecho expresamente contemplados por la ley. Aunque no se recoge, como en el antiguo 131 LH, la imperatividad del procedimiento de ejecución de los artículos 681 y siguientes LEC, es pacífico el carácter imperativo de estas disposiciones (art. 129 LH) por establecerse no sólo en beneficio del hipotecante, sino también de los terceros

poseedores, los terceros registrales y los arrendatarios y ocupantes. Es cierto que en estos casos en los que la ley admite la ejecución parcial, con subsistencia de la hipoteca, se arbitran mecanismos de protección de los intereses de los terceros poseedores, para evitar la perpetuación de la carga. Por ejemplo, es requisito de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas que se determine la fecha en que deba satisfacerse la última prestación o pensión o el evento que determine su extinción (art. 248. III RH), de forma que el propietario pueda solicitar la cancelación de la hipoteca transcurridos seis meses desde la fecha en que, según la inscripción, debería haberse satisfecho la última pensión (salvo que conste en el registro la novación del contrato o la reclamación de pago formulada contra el deudor) (art. 157, IV LH), admitiéndose no obstante que convencionalmente se excluya este derecho durante un plazo no superior a cinco años (art. 248. IV RH). Pero se puede contraargumentar que esa es una exigencia del 157 LH que no se contempla en los otros supuestos en los que se admite la ejecución parcial con subsistencia del gravamen y que, además, es requisito fundacional de la hipoteca flotante el establecimiento de un plazo para la hipoteca (a cuyo vencimiento, el registrador podría cancelar de oficio la inscripción).

Podría argumentarse en contra de la licitud o inscribibilidad de este pacto sobre la base del 144 LH que declara inoponible a los terceros hipotecarios todo hecho o convenio entre las partes que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, hasta que se haga constar en el Registro. Este artículo ha sido usado para rechazar la posibilidad de fijar un plazo inicial prorrogable y uno máximo para la obligación garantizada por la hipoteca. No puedo compartir la crítica porque el artículo 144 LH sanciona la inoponibilidad frente a terceros hipotecarios de esos hechos o pactos modificativos o extintivos de la obligación asegurada en tanto no se hagan constar en el Registro. Por tanto, si el pacto constase en la propia inscripción inicial de la hipoteca, no se daría el supuesto de hecho del 144 LH. Es más, la constancia en la escritura de hipoteca permitiría incluso entender aplicable, por analogía, lo previsto en el artículo 240 RH respecto de los hechos o convenio *«que tenga por objeto llevar a efecto un contrato inscrito pendiente de condiciones suspensivas»* y que obliga a extender la nota marginal correspondiente (aunque obviamente en el supuesto que contemplamos no hay condición suspensiva alguna de la hipoteca).

Por último, podría decirse que la protección del tercero, que resulta de los artículos 32 y 34 LH, se basa en la necesidad de proteger los cálculos de riesgos efectuados por los terceros cuando acceden al Registro. Con carácter general, al titular registral que asienta su derecho con posterioridad a una hipoteca, le es oponible la carga, y, en consecuencia, la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación garantizada, en la manera en que una y otra están consignadas en el Registro, pero no si se alteran, pues tiene dere-

cho a ser protegido en el cálculo de riesgos que ha efectuado sobre la base de la información registral (98). Si existía una hipoteca de cien euros en garantía de una obligación de diez millones de euros, y otra hipoteca de diez millones de euros en garantía de una obligación de cien euros, sabe que su riesgo es de doscientos euros, aunque el riesgo del deudor (si fuera el mismo en ambas obligaciones) es de diez millones cien euros. Obviamente, tiene derecho a oponerse al pacto de acreedor y deudor por el que acuerden «trasvasar» responsabilidad de la segunda a la primera hipoteca, aunque no se supere la responsabilidad hipotecaria inicial conjunta. Se podría decir que el mantenimiento de la hipoteca flotante por las obligaciones no vencidas en caso de ejecución parcial violenta esa previsibilidad del riesgo del tercer titular. Tampoco me parece un razonamiento sólido, porque el titular posterior va a conocer que el acreedor flotante goza del derecho a realizar el bien por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas, o por todas ellas, hasta el máximo de la responsabilidad hipotecaria. Por tanto, si en vez de dos hipotecas, como en el ejemplo anterior, tuviéramos una hipoteca flotante de doscientos euros en garantía de las mismas obligaciones, el riesgo máximo que soporta el titular registral posterior sigue siendo de doscientos euros y no más. Y ese sería igualmente el riesgo que soportaría si se ejecutase el bien por incumplimiento de una de las obligaciones (cualquiera que sea) con permanencia de la hipoteca por la otra, sin ampliarse la responsabilidad hipotecaria.

Estimo que, aceptado lo más (que el acreedor flotante pueda dirigirse por la totalidad de la responsabilidad hipotecaria ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas), debería igualmente aceptarse lo menos (que, ejecutado el bien por el incumplimiento de alguna obligación garantizada, se mantenga la hipoteca en seguridad de las restantes obligaciones), si así ha quedado expresamente consignado en la escritura de hipoteca, fijándose de forma cierta e indubitada los criterios que deben seguirse para la atribución de la responsabilidad hipotecaria a la obligación u obligaciones pendientes y sin que se incremente en ningún caso la responsabilidad hipotecaria total (pues para ello sería exigible, además, el consentimiento del deudor, el hipotecante y de los titulares registrales posteriores). Tengo la duda de si sería necesario exigir, para aceptar la licitud de este pacto, que todas y cada una de las obligaciones garantizadas por la flotante fueran precisamente de alguna de las especies a las que no se aplica, excepcionalmente, el efecto general de la purga de la hipoteca en caso de ejecución parcial, o sea, de las descritas en los artículos 639 LEC o 154 LH (o incluso en

---

(98) Con carácter excepcional, la ley excluye la protección en algunos casos concretos como, por ejemplo, en el ámbito de la hipoteca recargable o las restantes novaciones modificativas sin pérdida de rango contempladas en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación de préstamos hipotecarios.

el 157 LH). Por una parte, produce algo de repulsión defender este efecto excepcional respecto de obligaciones no comprendidas en estos artículos. Pero por otra, la clave para aplicar estos preceptos está en la existencia de una pluralidad de obligaciones garantizadas por la flotante y no tanto en la naturaleza de dichas obligaciones. Es desde luego más sólido el razonamiento si las obligaciones participan de la naturaleza de las descritas en los artículos 639 LEC, 154 LH o 157 LH.

Por tanto, a falta de pacto expreso parecería pacífico que la ejecución de una hipoteca flotante por alguna o algunas de las obligaciones garantizadas debería determinar su extinción (pese a que se mantenga alguna obligación garantizada pendiente o algún concepto pendiente en el seno de la obligación por la que se solicita ejecución). Por el contrario, si se hace constar en la escritura de hipoteca el pacto de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas a los meros efectos de la ejecución parcial (ejecución de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, total o parcialmente, permaneciendo pendientes el resto) y esta asignación no supone en ningún caso ampliación de la responsabilidad máxima hipotecaria total inicial, debería admitirse la licitud e inscribibilidad de este pacto y, en consecuencia, aceptarse la permanencia de la hipoteca flotante respecto de la obligación u obligaciones garantizadas pendientes no obstante la ejecución por el incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas (con mayor seguridad si las obligaciones garantizadas tienen las características previstas en los arts. 693 LEC, 154 ó 157 LH).

Y aunque tengo en este momento la sensación del navegante a vela que gobierna con todo el trapo arriba y empieza a plantearse si ha llegado el momento de rizar o arriar alguna vela antes de que se rompa algo, me pregunto ahora si sería válido apoderar al acreedor en la escritura constitutiva de la flotante para que distribuya la responsabilidad no consumida entre las obligaciones pendientes a su antojo, a todas ellas en conjunto (y, en consecuencia, perviviendo la flotante) o bien individualmente (siendo entonces sustituida la flotante por tantas hipotecas de tráfico o de máximo «normales» del mismo rango como obligaciones aún pendientes), con el condicionante, en todo caso, de no incrementar la responsabilidad hipotecaria total. Y me parece que también este pacto debería considerarse lícito e inscribible, con amparo en la libertad de pactos, porque no perjudica al deudor, ni al tercer poseedor, ni a los titulares registrales posteriores.

En todo caso, para evitar las dudas que toda esta polémica podría generar, me parece más prudente, siempre que se pueda, pactar el vencimiento anticipado de todas y cada una de las obligaciones garantizadas por la flotante ante el incumplimiento de cualquiera de ellas (lo que se conoce como *cross acceleration* o *cross default*, en la terminología inglesa) para que, tras su constancia registral y en línea con lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC, se

pueda proceder por la totalidad de la deuda derivada de todas las obligaciones garantizadas. Respecto de hipotecas cambiarias, la DGRN ha admitido la posibilidad de pactar el vencimiento anticipado de las letras de cambio ulteriores en caso de impago de una o varias anteriores en su vencimiento (99). Sin necesidad de acudir a la doctrina de la DGRN respecto de otras hipotecas, el criterio mantenido en resoluciones de la DGRN, de 21 de diciembre de 2007 (100), otra de 1 de febrero de 2008 (101) y otra de 15 de marzo de 2008 (102) sobre el acceso al Registro de todas las cláusulas de vencimiento anticipado en hipotecas bancarias [y la flotante del art. 153 bis *a*) lo es], aunque no tengan contenido real, permite la inscripción del pacto de vencimiento anticipado de todas las obligaciones garantizadas por la flotante, ante el incumplimiento de cualquiera de ellas. Es evidente que este remedio será, con carácter general, mucho más pesado para el deudor, el tercer poseedor y los titulares registrales posteriores que admitir la ejecución parcial con mantenimiento de la hipoteca, lo cual es un nuevo argumento en favor de la licitud e inscribibilidad del pacto aquí discutido.

### 3. EJECUCIÓN POR EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

A la pregunta de si cabe ejecutar extrajudicialmente una hipoteca flotante, la respuesta correcta es «depende». Conforme al artículo 235 RH, si la obligación u obligaciones por las que se pide la ejecución de la flotante está determinada registralmente (en existencia y cuantía) bien porque se trate de obligaciones presentes al tiempo de constitución de la hipoteca flotante o porque, siendo futuras o resultantes de «*actos jurídicos básicos*» solo generalmente descritos

---

(99) RDGRN de 31 de octubre de 1978 (Ley 91/1978) admite el vencimiento anticipado, si bien exige que se aporten las cambiales de vencimiento posterior en la ejecución. La RDGRN de 26 de octubre de 1973 (RJ 1973/5138) lo rechaza.

(100) BOE, núm. 13, de 15 de enero de 2008, pág. 2851 y sigs.: «*Lo que sucede es que como excepción y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007, en la modificación del artículo 12 LH, ha incluido un párrafo segundo que, respecto de las hipotecas constituidas en favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación. Ahora bien, respecto de estas cláusulas financieras, el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es, a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico-real inmobiliaria — las enumeradas en el párrafo primero del art. 12 de la LH— hubieran sido calificadas favorablemente*». Defendiendo, aunque criticando, esa misma tesis, MARTÍNEZ GIL-VICH, José Luis, «La hipoteca flotante», *op. cit.*, págs. 152-153.

(101) BOE, núm. 48, de 25 de febrero de 2008, pág. 11274 y sigs.

(102) RJ 2008/807.

en la constitución, se ha hecho constar su nacimiento en el Registro mediante la nota marginal del artículo 143 LH (103), entonces no debe ponerse reparo alguno, incluso aunque alguna o algunas de las obligaciones garantizadas no vencidas (y que, en consecuencia, no justifiquen la ejecución) no esté(n) aún determinada(s) registralmente. Por el contrario, si no consta esa determinación registral previa, no debería admitirse (104).

## VI. CANCELACIÓN

Cabe la cancelación total de la flotante hecha por el acreedor (y quienes ostenten derechos inscritos sobre los créditos hipotecarios —subhipoteca, anotación preventiva, etc.—) o, en ausencia de consentimiento prestado por éste, mediante la acreditación conforme al artículo 82 LH de la extinción de todas las obligaciones garantizadas. En el caso de las obligaciones futuras derivadas exclusivamente de negocios jurídicos aún no concluidos entre el deudor y el acreedor, entiendo que debería aceptarse la renuncia irrevocable a la concertación de tales negocios (exclusión de la voluntad contractual) por cualquiera de las partes (documentada de alguna de las maneras contempladas en el art. 82 LH) conste o no de forma expresa el derecho de desistimiento del deudor.

En caso de extinción parcial de las obligaciones garantizadas, la indiferenciabilidad de la hipoteca flotante parecería impedir la cancelación parcial. Al igual que argumentaba antes, no existiendo ninguna relación de proporcionalidad entre las obligaciones garantizadas y la responsabilidad máxima asegurada, resulta imposible aplicar, analógicamente, las fórmulas de cancelación parcial previstas, por ejemplo, en el artículo 156 LH respecto de las emisiones de títulos endosables o al portador.

Cabe, en cualquier momento, la cancelación parcial con consentimiento del acreedor (o acreedores) del crédito extinguido. En caso de pluralidad de acreedores parciarios sobre el (único) crédito garantizado por la flotante, ninguno de los acreedores parciarios podría cancelar la hipoteca en su totalidad en perjuicio de los demás (arts. 1.860 CC; 122 y 125 LH).

---

(103) La posibilidad de ejecutar extrajudicialmente hipotecas en garantía de obligaciones no determinadas al tiempo de la constitución, pero cuyo nacimiento se hace constar registral mediante la nota marginal del artículo 143 LH goza de amplio consenso: LANZAS GALVACHE, Joaquín, «El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, coordinado por GIMENO y GÓMEZ-LAFUENTE, Ed. Marcial Pons, 1995, pág. 840.

(104) Aunque se rechaza la ejecución extrajudicial de la hipoteca global antes de la extensión de la nota marginal en CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pág. 716, se refiere a la flotante pura (es decir, la que asegura obligaciones imperfectamente determinadas a la constitución).

Si existiera otro acreedor o acreedores sobre los restantes créditos asegurados por la hipoteca, manteniéndose la indiferenciabilidad natural de la flotante, también se requeriría su consentimiento para la cancelación.

También aquí creo perfectamente admisible la convención incluida en la escritura de hipoteca por la que el acreedor acepte la cancelación parcial de la flotante, en caso de extinción de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas (y su acreditación por cualquiera de los métodos previstos en el 82 LH), con determinación de la porción de responsabilidad hipotecaria atribuida, a estos efectos, a cada obligación garantizada.

## VII. CONCLUSIONES

- I. El nuevo artículo 153 bis LH permite la inscripción de hipotecas en favor de entidades financieras en garantía de una o más obligaciones, presentes y/o futuras, incluso sin conexión causal entre ellas, sin que se individualice la responsabilidad máxima hipotecaria atribuida a cada una de ellas. Se exige, en todo caso, la determinación del plazo de la hipoteca (pero no así del plazo de generación de los créditos garantizados). El acreedor puede acortar el plazo de la hipoteca flotante, sin necesidad de consentimiento del deudor, del hipotecante no deudor, del tercer poseedor, ni de los titulares registrales de derechos posteriores (salvo, obviamente, de quienes ostenten derechos inscritos sobre el derecho del acreedor). La extensión del plazo sí requeriría consentimiento de deudor y acreedor, e incluso de los titulares posteriores.  
Cabe también hipoteca flotante en favor de las administraciones públicas en garantía de dos o más créditos tributarios o de la Seguridad Social.
- II. La hipoteca flotante permite garantizar obligaciones futuras, definidas por referencia a los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar, sin que sea preciso que existan, al tiempo de la constitución de la hipoteca, la relación o relaciones jurídicas en cuyo seno se gestarán.
- III. La escritura de constitución debe determinar «*la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado*», dejando a las partes plena libertad al respecto. Está en la esencia de la hipoteca flotante que el acreedor pueda ejecutarla ante el vencimiento de todas, alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, sin que la hipoteca flotante garantice sólo «*el saldo final líquido*» de todas esas obligaciones, sino todas y cada una de ellas, autónomamente (a dife-

rencia de la hipoteca del art. 153 LH, en la flotante no subyace la concesión de crédito —unilateral o recíproco— en cuenta corriente, ni el acuerdo de las partes de aplazar, hasta la época convenida, la exigibilidad del saldo acreedor o deudor de un cúmulo de relaciones jurídicas).

Se permite la atribución al acreedor bancario de la facultad de liquidar la deuda a efectos de la ejecución.

- IV. Aún cuando no se haya agotado el plazo de la hipoteca que se extienda programáticamente a la cobertura de créditos futuros, el deudor que excluye firme e irrevocablemente la prestación del consentimiento negocial que determinaría el nacimiento de los créditos futuros, puede exigir al acreedor la cancelación de la flotante (obviamente, siempre que no existan créditos presentes garantizados ni pueden venir a surgir, habida cuenta de tal exclusión otros créditos garantizados) y ello aunque no se haya reservado expresamente al deudor la facultad de denuncia *ad nutum* y *pro futuro* de la hipoteca.
- V. El acreedor flotante puede extender la cobertura hipotecaria a los créditos derivados de una subrogación por pago del acreedor hipotecario a otro acreedor y a los créditos contra el deudor cedidos al acreedor hipotecario por tercero, con tal de que unos y otros créditos quedan amparados en la descripción general de negocios u obligaciones garantizadas por la flotante y se admita expresamente la generación del crédito garantizado por cualquiera de estas vías. La flotante puede garantizar obligaciones futuras derivadas de contratos ya celebrados, obligaciones nacidas aún no vencidas, obligaciones futuras derivadas de contratos también futuros e incluso a obligaciones vencidas, pero impagadas.
- VI. Cabe la constitución de hipoteca flotante por un hipotecante no deudor. Dado que no se exige nexo causal entre las obligaciones garantizadas, el hipotecante podría tener condición de deudor respecto de alguna de las obligaciones garantizadas y de hipotecante no deudor respecto de otras. La prórroga concedida por el acreedor respecto de todas las obligaciones garantizadas por una hipoteca flotante constituida por un hipotecante no deudor extingue la flotante. Análogamente, la prórroga concedida por el acreedor respecto de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, pero no de todas, produciría apenas la extinción parcial de la hipoteca respecto de esas. La condonación parcial de las obligaciones garantizadas aprovecha al hipotecante no deudor flotante. La hipoteca flotante se extingue totalmente si el acreedor perjudica la subrogación del hipotecante no deudor por el pago.

- VII. Se puede ceder uno o más créditos garantizados por la flotante (presentes y/o futuros), parcial o totalmente, manteniendo el cedente en su esfera la titularidad de los restantes créditos garantizados. No es posible la cesión de la hipoteca flotante al margen de la cesión parcial o total de los créditos presentes y/o futuros que garantice. En caso de cesión parcial de todos o algunos de los créditos asegurados, sin traslado simultáneo de la flotante al cesionario, no se produce la extinción parcial de la flotante, dada la «indiferenciabilidad» de la responsabilidad hipotecaria propia de ésta. Debe admitirse, sin dificultad, el derecho del acreedor de establecer unilateralmente al tiempo de la cesión el reparto de responsabilidad hipotecaria entre los créditos cedidos y los no cedidos, sin precisar para ello consentimiento del deudor, del hipotecante no deudor, el tercer poseedor o los titulares registrales posteriores.
- VIII. La subrogación legal (*ex arts. 1.210 y 1.211 CC o Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*) total o parcial en créditos garantizados por la flotante atribuye necesariamente al nuevo acreedor el beneficio de la hipoteca flotante. Si la flotante amparaba créditos presentes y futuros, el acreedor *accipiens* conservará la facultad de extender la hipoteca a los futuros que concierte tras la subrogación legal del *solvens*. No es razonable que el *solvens* y el *accipiens* se mantengan, tras la subrogación legal, en situación de comunidad de riesgo sobre el máximo (porque el derecho del *accipiens* a seguir extendiendo crédito futuro devaluaría la efectividad de la garantía hipotecaria del *solvens*). También debe rechazarse la posibilidad de que cualquiera de ellos ejecute la hipoteca en tanto se mantenga la indiferenciabilidad del máximo (porque ello extinguiría la hipoteca en perjuicio del otro). Por eso, la solución más razonable es entender que la flotante inicial se fragmenta en estos casos en dos hipotecas: *a*) una en favor del *solvens* en garantía de los créditos subrogados y con responsabilidad hipotecaria igual a la porción sobre la responsabilidad hipotecaria inicial que representen los créditos subrogados sobre el total de los créditos presentes del *accipiens* al tiempo de la subrogación legal, y *b*) otra en favor del *accipiens* por la diferencia de responsabilidad hipotecaria hasta la inicial, en garantía de los restantes créditos presentes y/o futuros.
- IX. Cuando concurren varios acreedores solidarios en todos los créditos asegurados por la flotante, cualquiera de ellos debería poder ejecutar autónomamente los derechos propios del acreedor hipotecario (acción de devastación, ejecución, etc.). En caso de parcia-

riedad entre los acreedores, cuando todos los acreedores ostentan igual porcentaje en todos los créditos garantizados, la cuota de cada acreedor en los créditos se traslada a la hipoteca flotante, posibilitando la ejecución separada de cualquiera de los acreedores, subsistiendo la hipoteca o hipotecas de los restantes (art. 227 RH). Si las cuotas de los distintos acreedores variaran de un crédito a otro, la «indiferenciabilidad» de la flotante impide el cumplimiento del requisito de constancia registral de la cuota de cada acreedor, salvo en presencia de pacto de distribución de la responsabilidad hipotecaria de cada crédito. En los casos en los que sea imposible determinar la cuota en la hipoteca que corresponde a cada acreedor, se aplicarían las reglas de la comunidad de bienes, que impiden a cualquiera de los copartícipes «servirse de la cosa» (es decir, ejecutar la hipoteca) en perjuicio del derecho de los restantes comuneros. Las conclusiones anteriormente alcanzadas son extrapolables al caso de pluralidad de acreedores distintos de créditos asegurados por la hipoteca (es decir, cuando cada uno de los varios beneficiarios de la flotante es acreedor exclusivo de uno o más créditos garantizados). Así, en ausencia de una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos, existirá una relación de comunidad *pro indiviso* de los acreedores sobre la flotante, mientras que se podrá defender la coexistencia de múltiples hipotecas (flotantes o no) del mismo rango si es posible establecer registralmente la cuota en que cada acreedor se beneficie de la hipoteca.

- X. En todos los casos en los que el nacimiento, vencimiento y cuantía de la obligación garantizada que funda la ejecución no resulte de la propia hipoteca flotante (por ejemplo, cuando se trate de una obligación futura), será preciso acreditar dichos extremos, sea a través de la nota marginal del artículo 143 LH, sea mediante la integración extrarregistral de la hipoteca a través de cualquier título que lleve aparejada ejecución conforme al artículo 517 LEC. Debe admitirse la posibilidad de ejecución parcial de la hipoteca flotante ante el incumplimiento de cualquiera de los créditos o porciones de créditos garantizados, manteniéndose la flotante para asegurar los restantes créditos o porciones de créditos, siempre que conste la distribución de la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada crédito garantizado.

En caso de pluralidad de acreedores en la flotante sin asignación de la parte de responsabilidad hipotecaria que asegura cada crédito de cada acreedor, serían aplicables las normas de la comunidad de bienes (lo que impediría, a cualquiera de los acreedores, ejecutar

separadamente la hipoteca e impondría la necesidad de ejercicio conjunto de la acción hipotecaria con prorrateo posterior entre los acreedores).

Debe admitirse la licitud e inscribibilidad del pacto de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos garantizados contenidos en la escritura de hipoteca, al objeto de permitir la ejecución parcial con subsistencia de la carga (sea por un único acreedor o por cualquiera de los varios acreedores). También del apoderamiento al acreedor en la escritura constitutiva de la flotante para que, al tiempo de una ejecución parcial, distribuya la responsabilidad no consumida entre las obligaciones pendientes a su antojo, a todas ellas en conjunto (y, en consecuencia, manteniéndose una hipoteca flotante) o bien individualmente (siendo entonces sustituida la flotante por tantas hipotecas de tráfico o de máximo «normales» del mismo rango como obligaciones aún pendientes), con el condicionante, en todo caso, de no incrementar la responsabilidad hipotecaria total.

Cabe pactar el vencimiento anticipado de todas y cada una de las obligaciones garantizadas por la flotante ante el incumplimiento de cualquiera de ellas para que, tras su constancia registral, se pueda proceder por la totalidad de la deuda derivada de todas las obligaciones garantizadas.

- XI. Se admite la cancelación total de la flotante hecha por el acreedor o, en ausencia de consentimiento prestado por éste, mediante la acreditación conforme al artículo 82 LH de la extinción de todas las obligaciones garantizadas.

Creo admisible la convención incluida en la escritura de hipoteca por la que el acreedor acepte la cancelación parcial de la flotante, en caso de extinción de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas (y su acreditación por cualquiera de los métodos previstos en el 82 LH), con determinación de la porción de responsabilidad hipotecaria atribuida, a estos efectos, a cada obligación garantizada.

#### RESUMEN

##### HIPOTECA FLOTANTE

*La hipoteca flotante permite garantizar una o más obligaciones, presentes y/o futuras, incluso sin conexión causal entre ellas, en favor de entidades finan-*

#### ABSTRACT

##### FLOATING MORTGAGE

*Floating mortgages may secure one or more credits, either current or future, mutually interconnected or not, for the benefit of financial entities, without se-*

cieras, sin individualizar la responsabilidad máxima hipotecaria atribuida a cada obligación. Respecto de las futuras, basta con que se incluya la referencia en la escritura a los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar. La flotante también puede garantizar créditos tributarios o de seguridad social en favor de administraciones públicas. Se puede ceder uno o más créditos garantizados por la flotante (presentes y/o futuros), parcial o totalmente (adquiriendo el cesionario, salvo pacto en contrario, la hipoteca) y manteniendo el cedente la hipoteca en garantía de los restantes créditos garantizados no cedidos. El acreedor puede establecer unilateralmente al tiempo de la cesión el reparto de responsabilidad hipotecaria entre los créditos cedidos y los no cedidos. Cabe la ejecución parcial de una flotante (con subsistencia de la hipoteca respecto de los créditos aún pendientes, sean del mismo o de distintos acreedores), con tal de que conste o se establezca la parte de la responsabilidad hipotecaria que asegura cada crédito.

parating the maximum mortgage liability allocated to each secured obligation. Future liabilities may be secured simply by reference to the acts or transactions from which they will arise. Floating mortgages may also secure tax and social security credits. Credits secured by a floating mortgage (current or future) may be partially or totally assigned (together with the mortgage) to third parties, the assignee keeping the mortgage as security for any non-assigned credit(s). The mortgagee may unilaterally establish the maximum mortgage liability amongst the assigned and non-assigned secured credits at the time of the assignment. Floating mortgages may be enforced upon the breach of any of the secured credit(s), the mortgage remaining for the security of any pending credits (either owned by the same creditor or a different one) provided that the aggregate maximum mortgage liability has been previously allotted into the various secured credits.

*(Trabajo recibido el 25-2-08 y aceptado para su publicación el 1-4-08)*



# Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario (\*)

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO  
*Doctora en Derecho*

*RESUMEN:* La Ley 41/2007 ha introducido en nuestro ordenamiento la regulación de la hipoteca flotante, utilizando, además, por primera vez la expresión «hipoteca de máximo» para referirse a ella. En este trabajo se analizan las notas características de la hipoteca de máximo y de la hipoteca flotante, así como la situación doctrinal, jurisprudencial y práctica que sobre esta última figura existía antes de la Ley 41/2007, con el fin de compararla con la regulación prevista en el nuevo artículo 153 bis LH.

---

(\*) Este trabajo se ha realizado con el apoyo de una beca de investigación concedida por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España en el marco del proyecto de investigación «Transformaciones en el sistema inmobiliario registral español: las garantías constitucionales en el procedimiento registral y el reto de la convergencia europea en la protección de los derechos subjetivos», en el ámbito del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica, trienio 2004-2007, Ministerio de Educación y Ciencia, ref. SEJ2004-08057-C03-01/JURI, del que ha sido investigador principal el Profesor Doctor D. Pedro de Pablo Contreras (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja).

## SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO.
2. HIPOTECA DE MÁXIMO.
3. HIPOTECA FLOTANTE:
  - A) LA HIPOTECA FLOTANTE ANTES DE LA LEY 41/2007:
    - i) *Notas características de esta hipoteca.*
    - ii) *Doctrina de la DGRN sobre esta figura.*
    - iii) *Posturas doctrinales en torno a esta figura y a la doctrina de la DGRN.*
  - B) LA HIPOTECA FLOTANTE EN LA LEY 41/2007.

### 1. PLANTEAMIENTO

Con la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, nuestro ordenamiento ha utilizado por primera vez, al regular una figura hipotecaria, la denominación de «hipoteca de máximo». Esta expresión es ya tradicional en nuestra doctrina, con base fundamentalmente en lo señalado en el artículo 219 RH y en cierta medida también en el artículo 12 LH; pero en la legislación hipotecaria no se preveía hasta ahora la utilización de la expresión «hipoteca de máximo».

De ahí que sea de resaltar esa cobertura legal de dicha expresión en la Ley 41/2007. Ley que, además, lo ha hecho equiparando los conceptos de «hipoteca de máximo» e «hipoteca flotante». Así, en el apartado VII del Preámbulo de esta Ley se señala: «En el Capítulo VI se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente “flotantes”».

Ahora bien, hay que precisar que, en rigor, no pueden equipararse los términos «hipoteca de máximo» e «hipoteca flotante», en cuanto que la primera es una especie en la que está incluida la última; esto es, una hipoteca flotante siempre será de máximo (1), pero, sin embargo, una hipoteca de máximo no necesariamente tiene que ser flotante, pues puede, por ejemplo, constituirse en garantía de una sola obligación presente pero de cuantía indeterminada.

---

(1) Tal y como señala GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «como las obligaciones que se pretenden cubrir con estas hipotecas (cobertura hipotecaria) son varias, distintas, incluso muchas de ellas futuras, o aunque sean presentes no se sabrá hasta el momento de la liquidación de la cuenta en la que se anotan, y previa elección del acreedor hipotecario, si van a resultar efectivamente cubiertas o no con la hipoteca, no queda más remedio, para dar cumplimiento al principio de determinación registral, que establecer un máximo de responsabilidad hipotecaria que las garantice, ante la imposibilidad de determinar, en el momento de la constitución de hipoteca, el importe, cuantía o incluso existencia de esas obligaciones. Por esto, este tipo especial de garantía se asemeja o se encuadra dentro de las hipotecas de máximo» (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (Hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)», en *RCDI*, núm. 681, enero-febrero de 2004, pág. 254).

Esta equiparación de los términos «hipoteca de máximo» e «hipoteca flotante» también se ha puesto de manifiesto durante la tramitación de la Ley, tanto en las enmiendas planteadas como en las intervenciones de los distintos portavoces de los grupos parlamentarios.

Pese a esta «confusión», puede entenderse que, posteriormente, el legislador rectifica en cierto modo esta equiparación total entre «hipoteca de máximo» e «hipoteca flotante» con la redacción del artículo 153 bis LH, introducido con esta Ley 41/2007.

En este precepto se hace alusión a la existencia de otras hipotecas de máximo, aun por la vía de la referencia indirecta. El nuevo artículo 153 bis LH comienza diciendo: «*También* podrá constituirse hipoteca de máximo...». Hay que tener en cuenta que este nuevo precepto se ubicará después del artículo 153 LH, que regula la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, que ha sido tradicionalmente considerada como el arquetipo de las hipotecas de máximo. De modo que ese «también» del artículo 153 bis LH hace referencia a la hipoteca de máximo en garantía de cuenta corriente de crédito regulada en el artículo anterior, para después señalar otra posibilidad de constituir hipoteca de máximo, esta vez, y como novedad, en garantía de una o varias obligaciones pero sin necesidad de pacto novatorio de las mismas (novación que sí existiría en el caso de que la hipoteca se constituyese en garantía de cuenta corriente de crédito).

A continuación se examinará, con algo más de detalle, la figura de la hipoteca de máximo y, posteriormente, la regulación que de la hipoteca flotante se ha acogido en la Ley 41/2007, que pone fin al debate y polémica doctrinal y jurisprudencial sobre su admisión en nuestro Derecho.

## 2. HIPOTECA DE MÁXIMO

La expresión «hipoteca de máximo» es ya tradicional entre nuestra doctrina para hacer referencia a aquella hipoteca que se constituye en garantía de un crédito de existencia o cuantía indeterminada de manera que se señala un importe máximo de responsabilidad para cumplir con las exigencias mínimas del principio de determinación registral. En palabras de ROCA SASTRE, se puede definir como aquella «que se constituye por una *cantidad máxima*, en garantía de créditos *indeterminados en su existencia o cuantía*, que sólo se indican en sus *líneas fundamentales*, y cuya determinación se efectúa por *medios extrahipotecarios*» (2).

---

(2) ROCA SASTRE, Ramón M.<sup>a</sup> y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Lluís, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *Hipotecas*, 8.<sup>a</sup> ed., revisada, ampliada y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 317. La cursiva del texto es del propio autor.

Es la modalidad típica de las hipotecas de seguridad, caracterizadas, en contraposición a las hipotecas ordinarias o de tráfico, porque alguno de los elementos de la obligación asegurada (el sujeto titular, la propia existencia de la obligación garantizada, su importe, su vencimiento...) no está *ab initio*, en el momento de la constitución, perfectamente determinado y, en consecuencia, la fe pública registral, así como la legitimación por el Registro, no se extienden al crédito garantizado, porque la existencia y cuantía de éste quedan supeditadas a la realidad jurídica extrarregistral. Este crédito aparece en el momento de la constitución simplemente indicado en sus líneas generales y fundamentales, con los datos que permitan en un futuro individualizarlo y concretarlo (cfr., entre otras, las RRDGRN de 5 de marzo de 1929, de 5 de febrero de 1945, de 9 y 10 de octubre de 1997 y de 6 de noviembre de 1999), siendo en el momento de la ejecución cuando el acreedor deberá probar por medios extrarregistrales todas esas circunstancias que quedaron imprecisas (no inscritas) en la constitución y, entre otras, la existencia, certeza y exigibilidad del crédito. Esos documentos de prueba, junto con el título de constitución, forman así el título ejecutivo de este tipo de hipotecas.

Dentro de las hipotecas de seguridad podemos contemplar la existencia de distintas modalidades, caracterizadas principalmente porque la indeterminación se da en un elemento distinto en cada una de ellas: el sujeto acreedor (v.gr., hipoteca en garantía de títulos valor), la cuantía del crédito (v.gr., hipoteca de máximo), la propia existencia del mismo (v.gr., hipoteca en garantía de obligación futura o sujeta a condición), etc. Claro está que, en la práctica, en un mismo caso pueden combinarse los supuestos de indeterminación: por ejemplo, una hipoteca de máximo en garantía de obligaciones futuras.

Como fundamentos jurídicos de la existencia de las hipotecas de máximo se pueden señalar los artículos 12 LH y 219 RH, que exigen fijar en el momento de la inscripción el importe de la obligación asegurada (y el de los intereses, si se hubieran estipulado) o la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada. Esa previsión acerca de la determinación al menos de «la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada», en clara referencia a la posibilidad de la hipoteca de máximo, con anterioridad a la Ley 41/2007 únicamente estaba prevista en el artículo 219 RH y no en la Ley Hipotecaria, en cuyo artículo 12 sólo se señalaba que «las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubiesen estipulado». Sin embargo, en la Ley 41/2007, en su artículo 11.1, se reforma este último precepto. El tenor de esta norma cambia, previéndose expresamente la posibilidad de señalar una cuantía máxima de responsabilidad hipotecaria. Este artículo 12 LH, en su primer párrafo, en la nueva redacción dada por la Ley 41/2007, indica que «en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y,

en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración».

Pero, aparte de estas normas, no se prevé ninguna otra disposición específica para este tipo de hipotecas. Simplemente, con posterioridad a ese artículo 12 LH, se regulan distintos supuestos de hipoteca que ha venido reconociendo el ordenamiento, en los que se da o puede darse, además, la circunstancia de que el importe del crédito garantizado se haya hecho constar como una cantidad máxima de la que responderá el bien hipotecado: hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (arts. 153 LH y 245 y 246 RH), hipoteca en garantía de obligaciones futuras o condicionales (arts. 142 y 143 LH y 238 RH), la nueva regulación de la hipoteca flotante, etc.

De la definición que se ha señalado de la hipoteca de máximo se pueden extraer las siguientes características básicas de la misma (3):

- a) Característica esencial de este tipo de garantía hipotecaria es la variabilidad e indeterminación del importe asegurado, de manera que en el Registro, en el momento de la constitución de la garantía, sólo se hace constar una cantidad máxima (por principal e intereses) de la que responderá el bien hipotecado, con independencia de cuál sea finalmente el importe de la obligación garantizada (4).

Viene a señalarse así, de antemano, el importe máximo del crédito asegurado con la hipoteca, como exigencia del principio de especialidad o de determinación registral, en aras de la protección de terceros poseedores o adquirentes del bien hipotecado con posterioridad, pues lo que a éstos interesa especialmente no es tanto el importe real

---

(3) Cfr., entre otros, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 319 y sigs.; y DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.<sup>a</sup> Dolores, «Algunas consideraciones sobre la hipoteca de máximo», en MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (coord.), *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, vol. III, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 2307-2311. Esta última autora, además, a partir de esa definición dada y de las características que de ella se derivan, califica la hipoteca de máximo como una hipoteca *per relationem*.

(4) Acerca de esta característica consustancial de las hipotecas de máximo, algunos autores han matizado la cuestión en cuanto que, a su juicio, «la caracterización por el señalamiento de un importe máximo no es muy significativa, ya que es ésta una exigencia general a toda hipoteca (arts. 12, 119, 120, etc., LH, y 219 RH) y a todos los conceptos accesorios que con ella se suelen garantizar: intereses, costas...» (REY PORTOLÉS, Juan Manuel, «Hipoteca con cláusula de "endowment"». Hipoteca flotante», en AA.VV., *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, pág. 109). En el mismo sentido, *vid.* GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César, «Patología actual de la hipoteca de máximo», en RCDI, núm. 593, julio-agosto de 1989, págs. 1113-1114; y BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 16-17.

del crédito para cuya seguridad se constituyó el gravamen sobre el bien, sino la cuantía de la que responderá ese bien (5).

- b) Indeterminación de la existencia o cuantía de los créditos garantizados por la hipoteca de máximo.

A diferencia de la hipoteca ordinaria, en la hipoteca de máximo nos encontramos con que la obligación asegurada no está determinada exactamente en su importe y, en muchos casos, además, ni siquiera en su existencia, aludiéndose a ella como algo posible o potencial (cfr. la RDGRN de 21 de marzo de 1917). Así pues, en la hipoteca de máximo, en muchas ocasiones, concurrirá, además, la figura de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras.

- c) Una tercera característica básica de estas hipotecas es la indicación del crédito en sus líneas fundamentales.

Ésta viene a ser una exigencia de los principios de especialidad y de accesoriedad. En la medida en que, de acuerdo con los artículos 104 LH y 1.857.1.º y 1.876 del Código Civil, la hipoteca se constituye en garantía de una obligación, se afirma que ese carácter registralmente accesorio exige que el crédito se refleje de algún modo en el Registro de la Propiedad, al menos con los datos esenciales que lo hagan determinable en un momento posterior. Esos datos serán, generalmente, aquéllos que se refieran a la relación o relaciones jurídicas básicas de las que se derive la obligación u obligaciones garantizadas. Este requisito supone, además, una medida de garantía o protección tanto para las partes como para los terceros (cfr. la RDGRN de 5 de marzo de 1929).

- d) Como última nota típica de las hipotecas de máximo cabe señalar la necesidad de determinación por medios extrahipotecarios del crédito que, en definitiva, resulte garantizado.

El hecho de que en el título constitutivo y en el Registro conste únicamente el crédito en sus líneas generales impide al acreedor, que llegado el caso pretenda ejercitar la acción hipotecaria, apoyarse únicamente en el contenido de ese título o de los asientos registrales. Su título ejecutivo lo obtendrá a partir de la prueba y determinación, por medios extrarregistrales, de la existencia, cuantía y vencimiento del crédito garantizado.

---

(5) A este respecto, ROCA SASTRE hace hincapié en la esencialidad de señalar un tope máximo de responsabilidad hipotecaria para poder cumplir, dentro de la indeterminación existente, con el principio de especialidad. Y es que podría admitirse la indeterminación de la propia existencia del crédito o débito (*Schuld*), pero no la de la cuantía del gravamen o de la responsabilidad (*Haftung*), porque «la naturaleza misma de la hipoteca, consistente, en definitiva, en la realización de parte del valor en cambio de la cosa gravada, exige la fijación de dicho máximo» (ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 320).

Y esto es así porque, como ya se indicó, a diferencia de la hipoteca ordinaria, en la hipoteca de máximo, como hipoteca de seguridad que es, la fe pública y la legitimación registrales no se extienden al crédito garantizado, por la sencilla razón de que éste aparece en el Registro indeterminado en su cuantía y existencia (cfr. las RRDGRN de 31 de enero de 1925, de 5 y 16 de marzo de 1929 y de 5 de febrero de 1945).

Una vez concretadas la noción y las características básicas de la hipoteca de máximo, se puede apreciar cómo esta figura, al igual que todas las hipotecas de seguridad, tiene fundamentalmente repercusiones en el principio de determinación o especialidad.

Y es que la hipoteca de máximo es una figura que las modernas prácticas bancarias han utilizado para superar determinados obstáculos sustantivos y dar respuesta así a las necesidades que van surgiendo en el tráfico jurídico y en el mercado.

Entendiendo que con la simple determinación de las partes y de un importe máximo del que responda la finca basta para cumplir con el principio de especialidad, sin necesidad de precisar nada más sobre las obligaciones garantizadas, las entidades bancarias utilizan la hipoteca de máximo como una figura autónoma, singular y «todo terreno», apta para servir de cobertura a distintas modalidades contractuales ideadas para agilizar el tráfico inmobiliario y crediticio (6). De este modo surgió la llamada hipoteca flotante y, con ella, el debate doctrinal y en el seno de la DGRN.

### 3. HIPOTECA FLOTANTE

Esta modalidad de garantía hipotecaria se ha incorporado a nuestro ordenamiento a través de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que, al reformar la Ley Hipotecaria, introduce un nuevo artículo 153 bis.

Con esta nueva disposición se zanja la polémica y discusión existentes acerca de la posibilidad de garantizar con una única hipoteca varias obligaciones, que, además, fuesen presentes y/o futuras.

En un principio, la DGRN se negó a admitir estas hipotecas con base en los principios de accesoriedad y, sobre todo, el de especialidad registral.

---

(6) *Vid.*, entre otros, GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César, «Hipotecas especiales: problemática actual de las hipotecas de seguridad y de máximo», en AA.VV., *Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1991, pág. 231; CHICO Y ORTIZ, José María, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, 4.<sup>a</sup> ed. actualizada, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 1584; y RUBIO TORRANO, Enrique, «La llamada “hipoteca flotante”», en *Aranzadi Civil*, núm. 15, diciembre de 2003, pág. 11.

Posteriormente las admitió, pero reconduciendo este caso a la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito prevista en el artículo 153 LH: exigía que existiera un pacto novatorio de las obligaciones garantizadas.

Pero con la Ley 41/2007 y la introducción del artículo 153 bis LH se acoge ya la regulación de la hipoteca flotante en la que expresamente se advierte que no es necesario el pacto novatorio de las obligaciones garantizadas.

En este caso han triunfado las corrientes flexibilizadoras y dinamizadoras del mercado hipotecario y crediticio que reivindicaban una figura como ésta que agilizase el tráfico, potenciase las operaciones crediticias y movilizase los créditos y, todo ello, sin aumento excesivo de los costes. Tal y como se señala en el apartado VII del Preámbulo de la Ley 41/2007, «lo que se pretende mediante esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas [...]. La hipoteca de máximo permitirá admitir nuevos productos hipotecarios hasta ahora rechazados».

El objeto de este trabajo es analizar esta nueva figura y su regulación actual en el artículo 153 bis LH. Pero, previamente, resulta interesante examinar la situación doctrinal, jurisprudencial y práctica existente con anterioridad a esta Ley, poniendo de manifiesto de esta manera cuáles eran las circunstancias con las que se ha encontrado el legislador y que le han servido de punto de partida y de reflexión para proceder a la regulación de esta modalidad de garantía hipotecaria.

#### A) LA HIPOTECA FLOTANTE ANTES DE LA LEY 41/2007

La DGRN ha abordado en múltiples resoluciones la cuestión de la admisibilidad de las llamadas hipotecas flotantes, como hipotecas que se caracterizarían por, entre otras cosas, garantizar de manera «global» una masa indiferenciada de obligaciones, presentes y futuras, sin clara conexión causal entre ellas.

##### i) *Notas características de esta hipoteca*

Sobre esta figura hipotecaria cabe señalar unos rasgos comunes característicos de las mismas y que han sido puestos de relieve en los diversos casos que han sido sometidos a la valoración de la DGRN a este respecto:

- a) Se trata de supuestos en que las partes se acogen a una interpretación muy amplia del contenido del artículo 245 RH para, bajo la apariencia de una hipoteca de crédito en cuenta corriente bancaria, poder flexibilizar sus requisitos y cubrir, hasta un cierto máximo de respon-

sabilidad, un número ilimitado de obligaciones, unas ya existentes y otras futuras, sin conexión causal entre ellas, y quedando en total indeterminación (al menos las obligaciones futuras) tanto en su futura existencia como en cuanto a su fuente y causa (cfr. la RDGRN de 23 de diciembre de 1987).

Sin embargo, en los últimos casos estudiados por la DGRN, como consecuencia de las exigencias manifestadas en la RDGRN de 4 de julio de 1984, se aprecia que se suele señalar un límite temporal a esa cobertura hipotecaria general (cfr. la RDGRN de 11 de enero de 1995). Así, por ejemplo, como cláusula de globalización más frecuente contenida en las escrituras de constitución cabe citar la de pactar que en el máximo garantizado se incluyan todas las obligaciones contraídas o que se pudieran contraer en el futuro por una persona con una entidad financiera «en el ámbito de las operaciones regulares del negocio bancario» (7).

- b) Normalmente se prevé la creación de una cuenta en la que se instrumentarán, anotarán, contablemente todas las obligaciones que se incluyen en la cobertura hipotecaria. Estas obligaciones garantizadas no perderían su individualidad y exigibilidad aislada por el hecho de ser introducidas en la cuenta; esto es, no serían objeto de novación como consecuencia del simple asiento contable para ser sustituidas por el saldo definitivo que resulte del cierre de la cuenta (cfr. las RRDGRN de 7 de junio de 1999, de 10 de julio de 2001 y de 12 de septiembre de 2003).

Con ello se pretende, además, que tal situación tenga ejecutividad inmediata con sólo liquidar la deuda perseguida del modo (unilateral siempre) que se hubiera pactado (8). Pero, a su vez, tampoco la hipoteca se vería afectada por las vicisitudes de esas obligaciones, en

---

(7) Cfr. CORDERO LOBATO, Encarna, *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, pág. 233. Como ejemplos concretos de estipulaciones típicas contenidas como cláusulas de globalización en la escritura de constitución en algunos casos examinados por la DGRN, se pueden indicar las siguientes: pactar que en el máximo garantizado pueden entrar también «las cantidades que, por cualquier concepto, resulten adeudar los señores comparecientes al Banco en cualquiera de sus sucursales» (RDGRN de 23 de diciembre de 1987); o que la obligación garantizada puede ser «cualquiera que tenga su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos de cualquier tipo, sin excepción alguna» (RDGRN de 26 de noviembre de 1990); o bien, que se garanticen cuantas obligaciones tengan determinadas personas contraídas hasta la fecha de la escritura con cierto banco y las que, dentro del término de cinco años, contraigan «en operaciones regulares del negocio bancario, así como los intereses, gastos y demás obligaciones que sean accesorios de las expresadas» (RDGRN de 11 de enero de 1995).

(8) Vid. REY PORTOLÉS, «Hipoteca con cláusula...», *op. cit.*, pág. 136.

tanto que éstas, mientras no se incorporen a la garantía (a través de la especificación de las concretas obligaciones beneficiarias de la hipoteca mediante el correspondiente asiento registral, que suele ser una nota al margen de la inscripción de la hipoteca), llevan una vida separada de esa hipoteca de máximo (9).

La falta de novación de las distintas obligaciones es el rasgo principal que diferencia las hipotecas flotantes de las hipotecas en garantía de cuenta corriente de crédito reguladas en el artículo 153 LH, por cuanto en éstas cada obligación que constituye las partidas y contribuye a formar el saldo de la cuenta no es exigible autónomamente (pierde desde la celebración del contrato de cuenta corriente su exigibilidad aislada), siendo al cierre de la cuenta cuando todas esas obligaciones individuales se novan en una obligación única por el saldo resultante (10).

Pero estas modalidades de garantía hipotecaria se diferencian asimismo en otros aspectos: 1) que en la hipoteca regulada en el artículo 153 LH las distintas obligaciones tienen como nexo común una relación jurídica determinada de la que derivan todas ellas (esto es, el contrato de cuenta corriente de crédito, en el que se pacta ya la novación extintiva de las distintas obligaciones, que perderían así su exigibilidad aislada); 2) que, a diferencia de la hipoteca prevista en el artículo 153 LH, el acreedor beneficiario de la hipoteca flotante no se obliga a conceder crédito al deudor; no existe la concesión de un nuevo crédito al particular del que pueda disponer libremente; en muchas ocasiones se estipula expresamente que el titular de la cuenta (instrumental) no puede por ningún concepto librar órdenes contra dicha cuenta ni disponer de los fondos (11).

---

(9) *Vid.* PARDO NÚÑEZ, Celestino, «Hipoteca de máximo en garantía de obligaciones actuales y futuras (comentario a la Resolución de la DGRN de 11 de enero de 1995)», en *RCDI*, núm. 638, enero-febrero de 1997, pág. 210. De este modo, según este autor, los créditos, en tanto no se incorporen a la hipoteca, «pueden ser negociados con absoluta independencia de la hipoteca»; esto es, no se aplicaría el artículo 1.528 del Código Civil.

(10) *Vid.*, entre otros, REY PORTOLÉS, «Hipoteca con cláusula...», *op. cit.*, págs. 109 (nota 4) y 111. En esa nota 4 de la pág. 109 indicada este autor distingue tres figuras hipotecarias muy próximas entre sí pero no identificables: «la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (regulada en el art. 153 LH); [...] la hipoteca sumidero (en serio, en garantía de obligación futura y como tal regulada por el artículo 142 LH y concordantes) [...] y la auténtica hipoteca flotante», por la que en este trabajo suyo indicado, como él mismo expresa, efectúa «un canto de cisne».

(11) *Cfr.* CORDERO LOBATO, «La hipoteca global...», *op. cit.*, pág. 234; y BARBANCHO TOVILLAS, Francisco José, «Hipoteca flotante (Comentario a la Resolución de la DGRN de 24 julio 1998)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, núm. 2, pág. 490. Asimismo, *cfr.*, entre otras, las RRDGRN de 26 de noviembre de 1990 y de 10 de julio de 2001.

Así que, aunque en la mayoría de los casos se pretenda presentar el supuesto como una hipoteca en garantía de cuenta corriente, lo cierto es que no es así. La cuenta en que se anotan las distintas obligaciones que son objeto de garantía hipotecaria no es más que una cuenta instrumental; no es una cuenta corriente de crédito ni un contrato de apertura de crédito, sino una mera reunión contable (distintas anotaciones en una cuenta instrumental) del pasivo global del deudor en sus diversas y complejas relaciones con el acreedor-banco.

- c) Otro rasgo de la hipoteca flotante a la vista de los casos valorados por la DGRN es el de dejar exclusivamente al arbitrio del acreedor (normalmente una entidad bancaria) el determinar qué obligaciones quedan finalmente cubiertas con la garantía y cuáles no (12).

## ii) *Doctrina de la DGRN sobre esta figura*

En sus Resoluciones del primer tercio del siglo xx (cfr., entre otras, las RRDGRN de 21 de marzo de 1917, de 5 de marzo de 1929, de 28 de febrero de 1933 y de 16 de junio de 1936) cabe apreciar que la DGRN admitía la hipoteca flotante y las cláusulas de globalización con base en la necesidad de flexibilizar el principio de especialidad en aras del buen desarrollo del comercio y de la economía nacional (13).

Es a partir de las RRDGRN de 4 de julio de 1984 y de 23 de diciembre de 1987 (en la que se hizo «oficial» la denominación de «hipoteca flotante»), cuando se han ido sucediendo las ocasiones en las que la DGRN ha venido reiterando y desarrollando su doctrina contraria a la admisibilidad de la inscripción de modalidades de hipoteca en garantía de obligaciones causalmente diversas e indeterminadas sin pacto novatorio expreso ni articulación de una propia cuenta corriente de crédito (14).

---

(12) En otras palabras, como señalan las RRDGRN de 23 de diciembre de 1987, de 27 de julio de 1999, de 27 de septiembre de 2000 y de 3 de noviembre de 2000: «si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del acreedor determinar si esta cifra máxima va a estar integrada por los importes, totales o parciales, de obligaciones ya existentes o con el importe de otras obligaciones que en el futuro pueda contraer el mismo deudor en favor del acreedor».

(13) Cfr. la RDGRN de 17 de enero de 1994 y, entre otros, CORDERO LOBATO, «La hipoteca global...», *op. cit.*, pág. 50 y sigs.; y PARDO NÚÑEZ, «Hipoteca de máximo...», *op. cit.*, pág. 218 y sigs.

(14) Esta reacción de la DGRN, según PARDO NÚÑEZ, fue excesiva y «afectó gravemente a la flexibilidad de la hipoteca de máximo hasta el punto que ha perdido, en la práctica, gran parte de su atractivo» (PARDO NÚÑEZ, «Hipoteca de máximo...», *op. cit.*, pág. 221; *vid. también* pág. 224). Además, indica que el origen de esta postura restrictiva fue la postura de la DGRN sobre el alcance de la garantía hipotecaria de los intereses de demora: *vid.* PARDO NÚÑEZ, «Hipoteca de máximo...», *op. cit.*, págs. 226-228.

Acerca de esta doctrina contraria a estas hipotecas cabe diferenciar cuatro aspectos principales en los que la DGRN centra su crítica:

- a) Como cuestión de fondo nos encontramos con la discusión sobre la posibilidad de que una sola hipoteca garantice varias obligaciones, y en concreto, si puede constituirse una hipoteca de máximo en forma general e indeterminada, comprensiva de toda clase de obligaciones, presentes o futuras (cfr. las RRDGRN de 3 de octubre de 1991 y de 28 de julio de 1998).

La DGRN advierte de que ello contravendría el principio de accesoriedad, pues éste requiere una concreta obligación a la que garantizar (cfr. arts. 1.857.1.º del Código Civil y 104 LH) y con una hipoteca que «flota» sobre distintas obligaciones asegurándolas indistintamente no se cumpliría con la finalidad de dicho principio. Y es que, de este modo, la garantía (accesoria) se desconecta de las vicisitudes de lo principal (el crédito), pues las obligaciones extinguidas serían sustituidas por otras que serían igualmente garantizadas con esa hipoteca originaria, utilizándose ésta como una garantía que se superpone sucesivamente y a voluntad del acreedor a distintas obligaciones (15).

Es por ello que, con base en el carácter accesorio de este derecho real de garantía y para dar, asimismo, cumplimiento al principio de determinación registral (representado en el clásico axioma «una hipoteca, una obligación»), la DGRN viene considerando que varias deudas distintas no pueden ser objeto de una hipoteca única, exigiendo para ese caso que se constituyan tantas hipotecas como obligaciones se pretendan garantizar (cfr. las RRDGRN de 23 de diciembre de 1987, de 3 de octubre de 1991 y de 28 de julio de 1998) (16).

Se critican también estas figuras en cuanto van en contra de nuestro sistema legal, de tipo romano, en el que, cuando se extingue una hipoteca porque la obligación no llegó a existir o se extinguió, lo que procede es su cancelación y el puesto o rango registral no queda a favor del propietario (ni mucho menos a favor del acreedor titular de la hipoteca extinguida), sino a disposición de los acreedores posterior-

---

(15) Cfr. la RDGRN de 11 de enero de 1995. Asimismo, cfr. CORDERO LOBATO, «La hipoteca global...», *op. cit.*, págs. 59-60 y 128-129; y GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, «Hipotecas especiales...», *op. cit.*, págs. 231-232.

(16) La RDGRN de 28 de julio de 1998 señala expresamente: «La específica naturaleza de la hipoteca como derecho real accesorio de garantía de una concreta obligación (cfr. arts. 1.857.1.º del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria) implica que la garantía de varias obligaciones tan sólo quepa a través de otros tantos derechos de hipoteca, uno para cada obligación, principio que esta Dirección General ha defendido incluso en el caso de que un mismo acreedor sea titular de todos los créditos que se pretenden garantizar o incluso en el de que se pretenda disfrazarse aquella diversidad a través de una unión artificial y meramente contable».

res, que pueden «avanzar» un puesto ocupando el dejado por la hipoteca que se extinguió (17).

- b) La DGRN se niega a admitir hipotecas que pretenden incluir en la cobertura hipotecaria una masa indiferenciada de obligaciones existentes y/o obligaciones totalmente futuras, con las que, en el momento de la constitución de la hipoteca no se cumpliría, por tanto, el requisito mínimo de determinar una relación jurídica básica de la que derivarán dichas obligaciones, vulnerando así el principio de accesoriidad y, fundamentalmente, el de especialidad (cfr. las RRDGRN de 17 de enero de 1994 y de 11 de enero de 1995) (18).

Según la DGRN, este tipo de garantías sobre obligaciones totalmente futuras propiciaría una grave merma de la libertad de tráfico jurídico inmobiliario y de las posibilidades de crédito territorial del propietario, en cuanto que se llegaría a «encadenar» a una persona con una concreta entidad bancaria que hipotecase sus bienes en garantía de futuras e hipotéticas operaciones y obligaciones que se irían sumando a la masa global, limitando así las posibilidades de negociación con otros potenciales acreedores y perpetuándose el gravamen sobre el

---

(17) Cfr., entre otros, GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, «Hipotecas especiales...», *op. cit.*, págs. 231-232.

(18) Cfr., entre otras, las RRDGRN de 17 de enero de 1994, de 11 de enero de 1995 y de 3 de noviembre de 2000. Cfr., entre otros, DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, «Algunas consideraciones...», *op. cit.*, pág. 2314; GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «Comentario de la Resolución de 11 de enero de 1995», en *BCEHC*, núm. 61, febrero-marzo de 1995, pág. 55; y ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, págs. 323-325. Este último autor señala que «es esencial que, al constituir tales hipotecas de máximo, se concrete o fije la *relación jurídica básica* entre los interesados, de la cual puedan derivar o proceder las expresadas obligaciones o prestaciones. Aquella relación podrá consistir en un haz muy variado de relaciones jurídicas, pero especialmente consistirá en un *contrato de suministro* de cualquier clase. En este supuesto [...] será, pues, necesario que exista y se determine dicha relación básica, como así lo ha proclamado la Dirección General de los Registros y del Notariado, tanto tratándose de estrictas hipotecas por obligaciones futuras, en las que la responsabilidad hipotecaria coincide con el importe de la obligación garantizada, como si se trata de propias hipotecas de máximo, en las que concurren la figura jurídica de las obligaciones futuras con la necesidad de determinar un máximo de responsabilidad hipotecaria, por ser desconocida de momento su cuantía o volumen» (ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 325).

Sobre esta exigencia de la DGRN de hacer constar con claridad en el momento de la constitución de la hipoteca la relación jurídica básica ya existente entre las partes, con todos aquellos datos que fueran indispensables para poder determinar en su momento (y sin necesidad de una nueva declaración de voluntad de las partes) las obligaciones que quedan definitivamente cubiertas con la garantía hipotecaria, hay autores, como CORDERO LOBATO, que admiten también la posibilidad de garantizar varias obligaciones, pero sin que sea necesaria la determinación de la relación jurídica de la que puedan derivar; no infringiendo tal circunstancia el principio de accesoriidad, pues éste se refiere a obligaciones y no a relaciones jurídicas, ni tampoco el de determinación (*vid.* CORDERO LOBATO, «La hipoteca global...», *op. cit.*, págs. 237 y 239).

bien de modo injustificado (cfr., entre otras, la RDGRN de 17 de enero de 1994).

En mi opinión, sin embargo, el hecho de que ya se fuera estipulando, como regla general, una cláusula de determinación temporal de las obligaciones que recibirán cobertura hipotecaria, puede considerarse que paliaba, en cierto modo, estos inconvenientes sobre el tráfico jurídico inmobiliario y sobre el hipotecante.

- c) En cuanto a la utilización o instrumentalización de estas figuras en una cuenta, se pronuncia la DGRN del siguiente modo: «la simple reunión contable de las diversas operaciones de crédito existentes entre dos personas carece de virtualidad para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante, que pudiera sostener por sí la garantía hipotecaria». Considera que «ese saldo representa únicamente la posición global acreedora o deudora de cada parte», conservando cada una de las relaciones jurídicas comprendidas su autonomía y su exigibilidad aislada, de manera que su realización sólo procederá a través del ejercicio individual de cada una de ellas «sin más correcciones que las debidas al juego compensatorio».

Advierte, en consecuencia, que «no procederá, la cobertura hipotecaria de ese saldo sino el aseguramiento separado de cada una de las concretas relaciones crediticias que lo determinan» (cfr. las RRDGRN de 23 de diciembre de 1987, de 3 de octubre de 1991, de 6 de junio de 1998, de 24 de julio de 1998, de 17 de julio de 1999, de 27 de septiembre de 2000 y de 12 de marzo de 2003). Apunta la DGRN que, para que el saldo resultante de la cuenta bancaria sea exigible autónomamente, con independencia de la causa concreta de los cargos o de los abonos efectuados en ella, dicha cuenta debe aparecer «como instrumento de una relación contractual subyacente, ya de apertura de crédito, ya de cuenta corriente».

Por tanto, tal exigibilidad se funda en un convenio previo, del que, en general, se deriva la pérdida de exigibilidad aislada de cada una de las obligaciones, siendo únicamente exigible una nueva obligación (fruto de la novación de todas las anteriores) correspondiente al saldo resultante de las operaciones contables realizadas al amparo de ese contrato de apertura de crédito o de cuenta corriente (cfr. las RRDGRN de 23 de diciembre de 1987, de 6 de junio de 1998 y de 10 de julio de 1991).

Para la DGRN, en definitiva, sólo cabría una hipoteca en garantía de varias obligaciones si todas éstas se encuentran bajo la cobertura de un contrato de financiación en cuenta corriente, al presuponerse en él una voluntad novatoria. Y según este Centro Directivo,

se está ante una auténtica apertura de cuenta corriente de crédito siempre que se den los siguientes requisitos (19): 1) la novación extintiva de cada obligación a medida que se vayan incorporando como partidas de la cuenta corriente, como requisito esencial para la pérdida de su individualidad y exigibilidad aislada (de modo que, al extinguirse esa obligación, también se extinguen las garantías o derechos accesorios ligados a esas obligaciones individuales); 2) dotar al deudor-titular de la cuenta de libre disponibilidad de la cantidad acreditada.

- d) A juicio de la DGRN, figuras como éstas, en las que se deja exclusivamente al arbitrio del acreedor (normalmente una entidad bancaria) el determinar qué obligaciones quedan finalmente cubiertas con la garantía y cuáles no, vulneran lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil, el principio *par conditio creditorum* y la libertad de tráfico jurídico (cfr., entre otras, las RRDGRN de 26 de noviembre de 1990, de 17 de enero de 1994 y de 12 de septiembre de 2003) (20).

Además, argumento principal de la negativa de la DGRN a admitir la hipoteca flotante es que, en estos casos, por lo general, se pacta que la acción hipotecaria pueda basarse en la certificación del saldo resultante de esa cuenta especial (emitida unilateralmente por el acreedor y que vendría a determinar la cuantía de la obligación finalmente garantizada) tal como se prevé en los artículos 153 LH y 245 RH (que parten de la existencia de una relación de crédito ya existente), y esto se hace obviando las garantías que para ello prevén los artículos 142 LH y 238 RH y sin que se prevea la posibilidad de oposición al saldo final de la cuenta por parte del deudor

---

(19) Igual postura sostiene, entre otros, ÁVILA NAVARRO, Pedro, «La hipoteca en garantía de cuenta corriente», en *RJC*, núm. 3, julio-septiembre de 1995, págs. 137-138. Cfr., asimismo, URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, 28.ª ed., revisada y puesta al día con la colaboración de M.ª Luisa APARICIO, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 862 y sigs.; y GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 8.ª ed., revisada con la colaboración de Fernando SÁNCHEZ CALERO, Imprenta Aguirre, Madrid, 1983, pág. 170 y sigs.

(20) En esta RDGRN de 12 de septiembre de 2003 se da un paso más en la doctrina de la DGRN sobre la hipoteca flotante al afirmar que, a pesar de que en el caso se cumpla con el requisito exigido para garantizar obligaciones futuras de determinar al menos la relación jurídica básica de la que surgirán esas obligaciones que se pretenden garantizar, la hipoteca es flotante por cuanto se deja la determinación de las concretas obligaciones futuras que serán garantizadas a la exclusiva voluntad del acreedor. De modo que se aprecia un mayor rigor a la hora de admitir la hipoteca flotante, otorgando mayor protagonismo al hecho de apreciarse que existe arbitrariedad por parte del acreedor en la determinación de las obligaciones finalmente garantizadas. *Vid.*, asimismo, las RRDGRN de 11 de octubre de 2004 y de 25 de abril de 2005. Cfr. RUBIO TORRANO, «La llamada “hipoteca flotante”», *op. cit.*, pág. 13.

a través de lo dispuesto en los cuatro últimos párrafos del artículo 153 LH, limitando así injustificadamente sus mecanismos de defensa (21).

iii) *Posturas doctrinales en torno a esta figura y a la doctrina de la DGRN*

Se puede decir que, en principio, existe un apoyo generalizado a que la regulación y los principios rectores de la hipoteca se flexibilicen para dar cabida a las nuevas fórmulas exigidas por el tráfico, la práctica bancaria y el desarrollo del crédito territorial. Y es que hay que reconocer que la figura de la hipoteca flotante conlleva ciertas ventajas tanto para los deudores como para los acreedores.

Respecto de los prestatarios existen evidentes ventajas como es la de facilitar la obtención de crédito, a un menor coste y de una forma más ágil y rápida que si el deudor tuviera que constituir una hipoteca diferente para cada obligación, sucediéndose de este modo las constituciones y cancelaciones de hipoteca.

Pero también existen ventajas para los acreedores (normalmente, entidades bancarias), por cuanto a las garantías individuales de cada obligación superponen una garantía global, lo que les incentiva a aumentar la colocación de capitales, y ello, asimismo, supone un impulso y fomento del crédito territorial y de la agilización del tráfico, respondiendo así a las necesidades del comercio.

Se critica esta figura fundamentalmente por la colisión con los principios de accesoria y, especialmente, el de determinación registral. En contra de la hipoteca flotante se ha señalado que, a pesar de pretender la obtención de ventajas en el ámbito económico, facilitando ciertas operaciones comerciales, con esta figura se ponen en peligro intereses y valores más importantes, que precisamente trata de proteger el principio de determinación (protección de terceros poseedores, hipotecante y demás acreedores del deudor) (22).

Como consecuencia de las críticas por la vulneración de los principios de especialidad y de accesoria, y con el fin de que se respeten dichos principios y lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico sin merma de los intereses en juego (sobre todo los de los terceros) y para que pueda lograrse la inscripción en el Registro de una hipoteca en garantía de varias obligaciones presentes y/o futuras, se han señalado diferentes recomendaciones prác-

---

(21) Cfr., en este sentido, las RRDGRN de 11 de enero de 1995 y de 24 de julio de 1998, así como BARBANCHO TOVILLAS, «Hipoteca flotante...», *op. cit.*, págs. 491 y 493-494.

(22) *Vid.* ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, «La “hipoteca global”...», *op. cit.*, pág. 63 y sigs., y especialmente, págs. 79-80. En contra de tal afirmación, CORDERO LOBATO, «La hipoteca global...», *op. cit.*, págs. 64 y sigs., 107 y sigs.

ticas o replanteamientos de la configuración de la hipoteca flotante, tratando de soslayar los defectos que se le achacan y cumplir con las exigencias de la DGRN (23).

Se intentan superar los diversos obstáculos puestos a esta modalidad de hipoteca a través de la fórmula de la refundición de varias obligaciones en una sola y futura, que será la que se garantice. No es que se rechace la idea de que una sola hipoteca pueda garantizar varias obligaciones (24), pero se considera que no existirán tantos problemas, al menos por parte de la DGRN, si, al final, lo que se garantiza es una única obligación, pues se cumpliría el postulado tradicional «una hipoteca, una obligación».

Es por ello que se recomienda que quienes estén interesados en garantizar una serie de obligaciones (ya existentes y/o futuras) derivadas de una relación compleja y continuada con otro sujeto (especialmente, entidades bancarias), las arbitren bajo los moldes de la hipoteca en garantía de obligación futura, *ex* artículo 142 LH, y de la hipoteca en garantía de cuenta corriente prevista en el artículo 153 LH. Pero, eso sí, cumpliendo todos los requisitos previstos y exigidos para las mismas.

Asimismo, nuestra doctrina se ha hecho eco de las exigencias novatorias de la DGRN en el ámbito de la garantía de varias obligaciones con una sola hipoteca y, por ello, acogen soluciones que adaptan este criterio de la DGRN (expuesto en, entre otras, sus Resoluciones de 23 de diciembre de 1987, de

---

(23) Cfr. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, «La “hipoteca global...”», *op. cit.*, pág. 99 y sigs.; CORDERO LOBATO, «La hipoteca global...», *op. cit.*, pág. 121 y sigs.; REY PORTOLÉS, «Hipoteca con cláusula...», *op. cit.*, págs. 127-128; REY PORTOLÉS, Juan Manuel, «Bombazo contra la hipoteca-sumidero. Comentario a la Resolución de 23 de diciembre de 1987», en REY PORTOLÉS, Juan Manuel, *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, págs. 273-274; GÓMEZ GÁLLIGO, «Comentario de la Resolución de 11 de enero de 1995», *op. cit.*, págs. 53-55; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «La determinación...», *op. cit.*, págs. 265-267; y GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, «Comentario a los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria», en ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8.º, *Artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria*, EDERSA, Madrid, 2000, pág. 57.

(24) Cfr. CORDERO LOBATO, «La hipoteca global...», *op. cit.*, págs. 119 y sigs., y 237-239; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, págs. 323-325; DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, «Algunas consideraciones...», *op. cit.*, pág. 2314; y GÓMEZ GÁLLIGO, «Comentario de la Resolución de 11 de enero de 1995», *op. cit.*, pág. 55. Estos tres últimos autores no consideran que exista obstáculo para la hipoteca en garantía de varias obligaciones, aun futuras, dentro de un máximo de responsabilidad, siempre que se concrete suficientemente la relación jurídica básica, existente o futura, de la que surgen o puedan surgir dichas obligaciones. Por su parte, CORDERO LOBATO admite también la posibilidad de garantizar varias obligaciones, pero sin que sea necesaria la determinación de la relación jurídica de la que puedan derivar, no infringiendo tal circunstancia el principio de accesoriedad, pues éste se refiere a obligaciones y no a relaciones jurídicas, ni tampoco el de determinación: *vid.* CORDERO LOBATO, «La hipoteca global...», *op. cit.*, págs. 237 y 239.

26 de noviembre de 1990 y de 3 de octubre de 1991) a las necesidades del tráfico bancario.

De este modo, aun tomando como referencia esa necesidad de novación, estiman que lo que no sería necesario es que dicha novación deba producirse por el mero ingreso de la obligación en la cuenta; ésta puede hacerse posteriormente, en un momento pactado o al cierre de la cuenta. Así, junto con esa posibilidad de acudir a la clásica hipoteca en garantía de crédito en cuenta corriente (en la que las distintas obligaciones desde su nacimiento e incorporación a la cuenta se novarían, perdiendo su autonomía y exigibilidad aislada, para resultar exigidas todas juntas bajo la forma de una única obligación por el saldo resultante en el momento del cierre de la cuenta), si lo que no se quiere es que las distintas obligaciones pierdan desde el nacimiento su autonomía (25), se entiende que se podría pactar que la hipoteca garantizara una única obligación futura nacida en un momento concreto que se pacte a partir de la concurrencia de esas diversas obligaciones (que se refundirían en ese concreto momento, pero no antes), formando esa nueva y única obligación.

Y esa única obligación resultante de esa novación pactada para ese momento concreto podrá estar formada por la incorporación de todas las diversas obligaciones ya existentes o que hayan surgido en ese intervalo de tiempo pactado desde la constitución de la hipoteca hasta el nacimiento de la obligación futura única garantizada, o sólo por algunas (concretadas por acuerdo de las partes o bien por la libre voluntad del acreedor, si tal facultad le fue conferida al constituir la hipoteca) (26) o, incluso, cabe que al final se decida

---

(25) Normalmente, el hecho de que no se quiera que las distintas obligaciones pierdan su exigibilidad aislada a través de la novación se debe, fundamentalmente, a que no se quiere (sobre todo, la entidad bancaria) que cada una de esas obligaciones principales pierdan las posibles garantías accesorias que pudieran acompañarles, especialmente las hipotecarias.

(26) Aunque al acreedor se le haya conferido la facultad de concretar a su arbitrio cuál de las obligaciones se incorporará a la obligación única garantizada (lo que hará, lógicamente, atendiendo a la existencia o no de garantías accesorias a la «obligación afluyente»), el deudor cuenta con la posibilidad de evitar que el acreedor integre una concreta obligación en esa obligación futura única cumpliendo esa obligación, llamémosla «menor» o «afluyente», antes del plazo o término convenido para poder efectuar la integración y que nazca la obligación única futura. *Vid.* REY PORTOLÉS, «Bombazo...», *op. cit.*, pág. 273.

Acerca de esta cuestión de la dejación de la determinación de la prestación al arbitrio de una de las partes, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA señala que es cierto que el criterio doctrinal dominante es que en nuestro ordenamiento existe una regla prohibitiva de dejar al arbitrio de una de las partes la determinación de la prestación por considerar que ello supondría dejar en sus manos la validez del contrato y, por tanto, se vulneraría lo previsto en el artículo 1.256 del Código Civil: «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Pero, sin embargo, existen posiciones más aperturistas, que acogen la posibilidad de que las partes acuerden que sea una de ellas la que determine finalmente la prestación, siempre que sea de acuerdo con unas bases y criterios previamente pactados, de modo que hay que estar al caso concreto.

no integrar ninguna (entonces esas obligaciones individuales serían exigibles aisladamente, sin la cobertura de la hipoteca global, aunque con las propias garantías que acaso se hubieran constituido específicamente para cada una de ellas), de manera que esa obligación futura no nacería y, quedando sin efecto la hipoteca constituida, habrá que cancelarla (cfr. art. 142 LH).

En este caso es, entonces, muy importante el señalamiento de un determinado plazo o de un término en el que se efectuará la novación de las distintas obligaciones para el nacimiento de la obligación futura única o el cierre de la situación contable. Pero aún más importante es la existencia en las partes en el momento de la constitución de la garantía de un *animus novandi* de las diversas obligaciones.

Y esa novación de las distintas obligaciones podrá tener lugar, bien desde el mismo instante de su incorporación a la cuenta corriente de crédito, bien cuando las partes no se acojan a esta fórmula bancaria, en el momento concreto pactado desde el principio para que se efectúe la refundición-novación de todas las obligaciones en una sola (momento en que será vencida y exigible ya esa obligación única) (27).

Del mismo modo, resulta necesario que se concreten totalmente las obligaciones que se pudieran integrar en el futuro en esa obligación única («obligaciones afluente»), precisando no sólo los sujetos parte en las mismas y el objeto (cuantía de la deuda), sino, sobre todo, la fuente o causa (esto es, el tipo de contrato o relación jurídica básica) de la que dimanen o de la que se derivarán (en el caso de las obligaciones futuras) con la mayor claridad y exactitud posible.

Esa hipoteca por la obligación futura única se constituirá, por supuesto, como de máximo: señalando en el momento de la constitución la cantidad máxima de la que responderá el bien hipotecado.

Junto con esta fórmula consistente en retrasar la novación a momentos posteriores a la constitución de la garantía y del propio nacimiento de las obligaciones, otra posibilidad sería que las partes acordasen un pacto por el que se otorgue al banco la facultad de decidir qué obligaciones de las que vayan surgiendo de esa relación o relaciones jurídicas básicas determinadas se integran en la cuenta corriente y cuáles no.

Las que incorpore (pudiéndolo hacer en el último momento, antes del cierre de la cuenta) pierden desde entonces su individualidad, produciéndose

---

Y ello porque, realmente en nuestro ordenamiento no hay una norma que prohíba la determinación unilateral de la prestación; lo único que exige el Código Civil, en su artículo 1.273, es que para esa determinación no sea necesario un nuevo convenio: «El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes». *Vid.* BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, «Hipoteca en garantía...», *op. cit.*, págs. 35 y 56-57.

(27) Cfr., entre otras, la RDGRN de 21 de junio de 2001.

el efecto novatorio típico de la cuenta corriente y sometiéndose a la cobertura de la garantía hipotecaria. Pero puede decidir no incorporar algunas, por lo que mantienen su individualidad y exigibilidad aislada: no estarán cubiertas por esa hipoteca, aunque respecto de las mismas el banco acreedor podrá ejercitar las acciones y otras garantías que se hayan constituido específicamente para esa obligación individual.

A través de estas recomendaciones, como se puede observar, se ha tratado de poner en práctica esa línea de pensamiento que sigue la doctrina mantenida por la DGRN de que la hipoteca en garantía de diversas obligaciones futuras debe pasar necesariamente por la hipoteca de cuenta corriente novatoria.

Sin embargo, sobre esa exigencia de novación de las distintas obligaciones cabe apreciar la existencia de una ficción jurídica: se dice que es posible garantizar varias obligaciones futuras con una sola hipoteca si se integran en una cuenta corriente, novándose todas ellas en una obligación por el saldo final de esa cuenta; y, sin embargo, si no hay novación no cabría constituir tal hipoteca. Pero la cuestión es que, como señala DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ (28), al final, se produzca o no esa novación, lo que se garantizan son esas mismas y diversas obligaciones futuras, igualmente delimitadas por la relación jurídica básica concretada en el momento de la constitución de la hipoteca.

En este sentido, se puede señalar la existencia de una segunda línea doctrinal que entiende que cabe la constitución de una hipoteca en garantía de varias obligaciones futuras (29), siempre que se determinen las líneas fundamentales de las mismas, en cumplimiento del principio de especialidad y para evitar una flotabilidad absoluta (30), pero sin que sea necesario el pacto novatorio de las obligaciones. Esto es, cabría garantizar varias obligaciones futuras con una sola hipoteca, aun pactándose que la constitución de la hipoteca y la integración de las obligaciones en la cuenta no tienen carácter novatorio, conservando las distintas obligaciones su individualidad (31).

---

(28) Vid. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, «Algunas consideraciones...», *op. cit.*, pág. 2313.

(29) No así en el caso de que se trate de una hipoteca ordinaria en garantía de obligaciones presentes. En este caso sería necesario constituir una hipoteca para cada obligación. Cfr. GARCÍA GARCÍA, José Manuel y GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «Las hipotecas de máximo en garantía de obligaciones futuras», en *BCRE*, núm. 300, mayo de 1993, pág. 1252; AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, «Las hipotecas de máximo en garantía de obligaciones futuras», en *BCRE*, núm. 1 (2.ª época), febrero de 1995, pág. 184; y DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, «Algunas consideraciones...», *op. cit.*, pág. 2313.

(30) De este modo, habría que rechazar cláusulas o estipulaciones con fórmulas omnicomprendivas del estilo de «o de cualquier otra clase» (*vid.*, entre otros, AMORÓS GUARDIOLA, «Las hipotecas de máximo...», *op. cit.*, pág. 184; y GARCÍA GARCÍA y GÓMEZ GÁLLIGO, «Las hipotecas de máximo...», *op. cit.*, pág. 1252).

(31) Vid. AMORÓS GUARDIOLA, «Las hipotecas de máximo...», *op. cit.*, págs. 184-186; GARCÍA GARCÍA y GÓMEZ GÁLLIGO, «Las hipotecas de máximo...», *op. cit.*, pág. 1252; y DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, «Algunas consideraciones...», *op. cit.*, págs. 2313-2314. Cfr., asimismo, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, «Apuntes sobre la novación y

Sobre la necesidad de pacto novatorio, hay que poner de relieve que, ciertamente, exista o no novación al final, lo que se garantiza es lo mismo, ya se trate de cantidades aisladas, ya del resultado de la suma de todas ellas.

Nos encontramos con que la DGRN, en algunas de sus Resoluciones, señala la necesidad de flexibilización del régimen hipotecario en aras del mercado y del tráfico (entre otras, la RDGRN de 17 de enero de 1994, remitiéndose ésta, a su vez, a las RRDGRN de 21 de marzo de 1917 y de 16 de junio de 1936).

¿Y por qué no permitir, con base en el mismo objetivo de la mejora del mercado y del tráfico, garantizar varias obligaciones en el marco de varias relaciones perfectamente concretadas? No creo que sea necesaria la novación de todas las obligaciones en una.

Pero la pregunta que resulta de esta afirmación es la siguiente: si no se novan en una, ¿cuál es la obligación al final garantizada? Entiendo que todas las derivadas de esas relaciones jurídicas determinadas en el momento de la constitución. Éstas siempre se establecerán entre dos sujetos concretos, de modo que daría igual sobre qué obligaciones recaerá la garantía (que otorga preferencia) en el momento de la ejecución (fase eventual o potencial) (32).

Desde el principio, todas las obligaciones son potencialmente garantizadas y sobre todas se desarrolla con plena eficacia la llamada fase de seguridad hipotecaria. Después, sólo las obligaciones incumplidas podrán ser objeto de la fase ejecutiva de la hipoteca: y, en este caso, ¿pueden ser varias las obligaciones?

Si han vencido y se han incumplido, no hay problema: son el mismo deudor y acreedor, de modo que el remate del bien o bienes hipotecados puede servir para cubrir varias obligaciones. Y en cuanto a la necesidad de señalar un orden o prelación de pago, no veo su justificación: tal exigencia se podría justificar únicamente en la necesidad de proteger a otros acreedores del hipotecante, pero, si ya consta en el Registro de la Propiedad que hay una hipoteca sobre ese bien o bienes que cubre todas las obligaciones que deriven de una o varias relaciones determinadas entre dos sujetos, esos acreedores ya saben a qué atenerse, sobre todo porque se señalaría un máximo de cuantía de la que responderán dichos bienes.

Aquí el problema podrá derivarse del hecho de que las obligaciones que surjan de esas relaciones jurídicas han podido surgir con posterioridad a las

---

la accesoriadad en la hipoteca de máximo», en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio [y cols.] (coords.): *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, *Derecho Civil. Derechos Reales. Derecho de Familia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 3584-3587.

(32) Del mismo modo es irrelevante, a estos efectos, el que se le conceda a una u otra parte la facultad de decidir sobre cuál o cuáles obligaciones recaerá la garantía hipotecaria con ocasión de la ejecución. *Vid.* nota 26 de este trabajo.

obligaciones de otros acreedores del hipotecante y, sin embargo, tendrán la preferencia derivada de la hipoteca respecto del remate procedente de la ejecución del bien.

Pero esto es algo propio de la hipoteca en garantía de obligación futura y ésta está perfectamente reconocida en nuestro ordenamiento. En la hipoteca en garantía de obligación futura el gravamen surge desde que se inscribe, aunque no exista aún la obligación garantizada, de modo que esa preferencia respecto a obligaciones, incluso anteriores propiamente al nacimiento de la obligación garantizada (aunque posteriores a la constitución de la garantía) está justificada por ser el juego propio de la garantía hipotecaria.

Se asevera que esa novación es una exigencia impuesta por el principio de accesoriedad, manifestado a través del axioma clásico: «una hipoteca, una obligación». Mas, en mi opinión, esa novación no viene impuesta ni por el principio de accesoriedad ni por el de especialidad; es ésta una exigencia derivada de la accesibilidad a un excepcional medio de prueba y de determinación del crédito: la certificación bancaria *ex* artículo 153 LH.

Pero éste no es el único mecanismo que permite constituir el título ejecutivo de las hipotecas de seguridad, como son las hipotecas que garantizan varias obligaciones. Puede acudir a otros medios extrarregistrales aptos para acreditar la existencia de los créditos garantizados, su liquidez y cuantía y, por qué no, la especificación de los créditos que definitivamente se vean beneficiados de la garantía hipotecaria de entre todos aquéllos que genéricamente fueron concebidos en el momento de la inscripción como eventualmente garantizados o garantizables. Medios extrarregistrales que obligan a instar un proceso ejecutivo ordinario (previsto en los arts. 517 y sigs. LEC), con más amplias posibilidades de discusión que las previstas para el juicio ejecutivo hipotecario, *ex* artículos 681 y sigs. LEC (que se rige por reglas similares a las previstas en el anterior juicio sumario hipotecario regulado en los arts. 131 y sigs. LH).

Así, pues, puede acudir legítimamente a estos mecanismos y no hay justa razón para imponer esa novación de las obligaciones. De lo contrario, se estaría impidiendo el acceso a una figura hipotecaria con gran potencial y beneficio en las relaciones comerciales y en el tráfico mercantil (33).

## B) LA HIPOTECA FLOTANTE EN LA LEY 41/2007

Con esta situación anteriormente descrita, de debate doctrinal y en el seno de la DGRN, planteándose diversas propuestas y recomendaciones prácticas en orden a constituir hipotecas flotantes (esto es, a garantizar varias

---

(33) Cfr., entre otros, PARDO NÚÑEZ, «Hipoteca de máximo...», *op. cit.*, págs. 225-226 y 230-233.

obligaciones presentes y/o futuras con una única hipoteca) sin por ello contravenir ningún principio de nuestro ordenamiento ni las exigencias de la DGRN, es con la que se encontró nuestro legislador a la hora de abordar la reforma del mercado hipotecario y, en concreto, a la hora de decidir sobre la regulación de las hipotecas flotantes.

Durante la tramitación en las Cortes Generales de esta Ley 41/2007 también encontró lugar el debate sobre esta modalidad de hipoteca: el nuevo artículo 153 bis LH estaba previsto ya en el anteproyecto de Ley y en el texto del proyecto de Ley remitido al Congreso; pero del texto aprobado en el Congreso para su remisión al Senado se eliminó ese precepto; posteriormente, ya en el Senado, se introdujo de nuevo con una pequeña variación de cara a ampliar los sujetos titulares de este tipo de hipotecas; y ya de nuevo en el Congreso se aprobó definitivamente su regulación tal y como se remitió por el Senado.

La introducción de este artículo 153 bis LH con la regulación de la hipoteca flotante se ha justificado, a tenor de lo indicado en el apartado VII del Preámbulo de la Ley 41/2007, en dar respuesta fundamentalmente a las relaciones continuadas entre dos sujetos (siendo uno de ellos una entidad de crédito o una Administración Pública en los términos previstos en el nuevo art. 153 bis LH). Y es que, al admitirse esa posibilidad, ello conlleva importantes ventajas para los sujetos en orden al ahorro de costes. De esta forma se facilita la obtención de crédito a un menor coste y de una forma más ágil y rápida que si el deudor tuviera que constituir una hipoteca diferente para cada obligación, sucediéndose, de este modo, las constituciones y cancelaciones de hipoteca.

Hay que destacar, en este sentido, que durante la tramitación del proyecto de Ley en el Senado, en las enmiendas presentadas al texto remitido por el Congreso (34) por las que se interesa la adición de este precepto 153 bis LH (tras su supresión en el Congreso), así como durante las intervenciones de los grupos parlamentarios previas a la votación (35), queda reflejada la intención de los grupos parlamentarios socialista, popular y de CIU de que esta nueva regulación vaya destinada especial y expresamente a mejorar la financiación de las pequeñas y medianas empresas.

En la justificación de las enmiendas 59 (del Grupo Parlamentario Popular en el Senado) y 96 (del Grupo Parlamentario de CIU en el Senado), de igual tenor literal, se señala: «El apartado 4 del artículo 10 del Proyecto de Ley de reforma del mercado hipotecario, por el que se incorporaba un nuevo artículo 153 bis a la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946, tenía como objetivo fundamental garantizar una financiación adecuada a los negocios de Pymes, autónomos o profesionales que disponen de bienes inmobilia-

---

(34) *Vid.* BOCG. Senado. VIII Legislatura. Serie II. núm. 130 *d*), de 6 de noviembre de 2007.

(35) *Vid.* Diario de Sesiones del Senado, núm. 535, de 14 de noviembre de 2007.

rios, mediante su movilización a través de hipoteca que garantice las operaciones más adecuadas en cada momento a sus necesidades de la forma más eficiente y económica posible. No se puede ignorar que este segmento de actividad es uno de los más dinámicos de la economía española y un importante generador de empleo. En líneas generales, el patrimonio inmobiliario de este tipo de negocios y empresarios es proporcionalmente muy superior al de las grandes corporaciones, pero lamentablemente está amortizado por la rigidez en la aplicación del concepto de accesoriedad que se hace en la legislación y en la praxis hipotecaria en España [...] En la base de la mayor parte de los fracasos de estos negocios se encuentra un déficit de recursos financieros líquidos para hacer frente a situaciones y problemas coyunturales que podrían salvarse sin dificultad de contar con la cobertura de una hipoteca flotante».

Lamentaban estos grupos parlamentarios la previa supresión de esta norma en el Congreso al considerar que, contra lo que se afirmó entonces (36), no se incentivaba el sobreendeudamiento de las familias españolas con el incremento del riesgo de perder su vivienda habitual, sino que buscaban favorecer el acceso a una financiación adecuada de los pequeños negocios que potenciara su crecimiento, expansión y desarrollo. Con esta medida se abaratarían así los costes respecto de la obtención de financiación a través de créditos personales o, en su caso, de constitución de hipotecas sucesivas. En cambio, la no previsión de esta modalidad de hipoteca supondría el grave riesgo de que esas pequeñas empresas desaparecieran.

En la justificación de sus enmiendas reiteran que esta nueva figura no está orientada «a cubrir “todo tipo de deudas personales y familiares” que, por otra parte y sin lugar a dudas, pueden ser perfectamente cubiertas con los

---

(36) En el Congreso se presentó por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds una enmienda (la núm. 17) proponiendo la supresión de la introducción de ese nuevo artículo 153 bis LH. Como justificación a esta enmienda se señalaba: «El proyecto de Ley justifica la introducción de la ampliación de la figura de la hipoteca de “máximo” en garantía de toda clase de obligaciones presentes o futuras sin necesidad de pacto novatorio, en la aparente necesidad de “flexibilizar” el mercado. En la práctica, la extensión de la hipoteca de máximo, también conocida como “hipoteca recargable”, dedicada a garantizar todo tipo de deudas personales y familiares, supondrá un fomento del endeudamiento familiar con incremento del riesgo cierto de perder la vivienda habitual. No parece razonable que la garantía hipotecaria sobre la vivienda se desplace al crédito al consumo cuando existe la experiencia de otros países, como es el caso de Estados Unidos, donde dicha figura ha disparado los problemas de morosidad y provocado quiebras de varias entidades de crédito. La posibilidad de que las entidades bancarias y de crédito puedan cubrir con garantía hipotecaria sus operaciones de crédito al consumo, incluso posteriores en el tiempo a otros acreedores, supondrá convertir a dichas entidades en unos privilegiados absolutos ante otros acreedores. De otra parte, esta figura provocará la imposibilidad de que los acreedores puedan acudir a otras entidades bancarias». Vid. BOCG. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007.

instrumentos hipotecarios, ya en vigor en el actual marco legislativo, sin necesidad de introducir el mencionado artículo 153 bis».

Por otro lado, estos grupos parlamentarios, junto con estas enmiendas 59 y 96, presentaron sendas enmiendas de igual tenor literal (la 42 y la 93, respectivamente) por la que se modificaba el apartado séptimo del Preámbulo de la Ley, con la intención de, al igual que se hacía con los prestamistas o titulares autorizados de esta nueva figura hipotecaria, señalar expresamente los prestatarios a los que objetivamente va dirigida la misma. Así, tras indicar que la constitución de estas hipotecas se restringe a las entidades de crédito por estar sujetas a especiales normas de supervisión, interesaban la adición del siguiente inciso: «Estas hipotecas estarán destinadas a financiar actividades empresariales, especialmente de pymes, autónomos y profesionales, que pueden encontrar en este instrumento una vía de acceso más segura y económica a las diversas modalidades de crédito».

Pero estas enmiendas 42, 59, 93 y 96 fueron retiradas posteriormente en favor de la enmienda 85 del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, por considerarlas de contenido similar (37).

En la justificación de esta enmienda 85 también se hacía referencia a las pymes como destinatario principal de esta regulación: «Debe mantenerse la regulación de las hipotecas de máximo, también conocidas como hipotecas flotantes o de empresa, como mecanismo imprescindible para lograr una adecuada financiación de las pequeñas y medianas empresas». También a estas empresas se alude en la intervención de este grupo parlamentario previa a la votación de las enmiendas (38). Pero a esta enmienda 85 no se le acompañaba otra enmienda (al estilo de las enmiendas 42 y 93 anteriormente indicadas y que fueron retiradas) proponiendo la adición de un nuevo inciso en el apartado VII del Preámbulo de la Ley, de manera que se concretasen los prestatarios principales de esta nueva regulación.

Por ello, expresamente en esta Ley 41/2007, en lo relativo a la hipoteca flotante, no se hace ninguna mención a las pymes, autónomos y profesionales como destinatarios de esta figura hipotecaria. Para afirmar esto tendremos que apelar al espíritu de la norma, atendiendo a la intención del legislador,

---

(37) Por otro lado, es esta enmienda 85 del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado la que introduce como prestamista autorizado de esta figura hipotecaria a las Administraciones Públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, si bien se olvidó su inclusión en el apartado VII del Preámbulo, al lado de las entidades de crédito a las que únicamente se refiere. En la justificación de esta enmienda este grupo parlamentario señalaba que «se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas, y extenderlo excepcionalmente a cualesquiera administraciones públicas con la finalidad de refinanciar créditos de naturaleza pública, bien tributarios, bien de la Seguridad Social» [BOCG. Senado. VIII Legislatura. Serie II, núm. 130 *d*], de 6 de noviembre de 2007].

(38) *Vid.* Diario de Sesiones del Senado, núm. 535, de 14 de noviembre de 2007.

puesta de manifiesto en los diferentes textos, enmiendas y discusiones parlamentarias. Aunque también hay que tener en cuenta que, ciertamente, no cabe duda de que los destinatarios naturales de esta norma no pueden sino ser estas pequeñas y medianas empresas y autónomos, por cuanto son ellos los que fundamentalmente mantienen relaciones continuadas con las entidades de crédito de las que se derivan una pluralidad de obligaciones garantizables con esa hipoteca flotante. Pero ello no está restringido expresamente, por lo que no se descarta que grandes empresas puedan acceder a ellas y, asimismo, los particulares consumidores.

Tal y como se ha venido indicando en este trabajo, atendiendo al gran potencial económico y al beneficio para las relaciones comerciales y el tráfico mercantil que puede suponer la admisibilidad de la constitución de una hipoteca flotante, ésta ha sido una de las medidas que se han instrumentado en la reforma del mercado hipotecario prevista en la Ley 41/2007 en aras a su flexibilización.

En referencia a la regulación de las hipotecas flotantes, en el Preámbulo de esta Ley se señala que esta figura es un mecanismo de flexibilización del mercado hipotecario. Y justifica esta medida poniendo de manifiesto que, en ocasiones, la aplicación estricta de los principios de accesoriedad y de especialidad excluyen de nuestro ordenamiento figuras como las hipotecas en garantía de diversas obligaciones, lo cual determina la necesidad de constituir varias hipotecas, con el coste económico que ello implica, a la par que supone una práctica poco competitiva en el tráfico bancario (39). De ahí que se busque con esta reforma «generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas» (40). Se persigue que con la regulación de esta hipoteca de máximo se dé cobertura, asimismo, a la admisión de «nuevos productos hipotecarios hasta ahora rechazados».

En definitiva, en este Preámbulo se pone de manifiesto «una necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas». A este espíritu responde la nueva Ley.

---

(39) Expresamente, este Preámbulo indica que «la accesoriedad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquellas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras. Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria».

(40) Esta previsión, sin embargo, está limitada a las entidades de crédito como acreedoras hipotecarias y a las Administraciones Públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social (aunque a estas últimas no se alude en el Preámbulo de la Ley 41/2007), no admitiéndose que se constituyan a favor de cualquier otra persona, entidad o institución.

Como sujetos a favor de los cuales se puede constituir esa hipoteca de máximo flotante, el nuevo artículo 153 bis LH señala que únicamente pueden serlo: las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; o las Administraciones Públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social. Este segundo favorecido por esta modalidad hipotecaria no estaba inicialmente previsto, sino que se introdujo en el trámite de enmiendas en el Senado y allí se aprobó su inclusión (aunque a ello no se hace referencia en el Preámbulo, que no se modificó a este respecto, refiriéndose como prestamistas autorizados únicamente a las entidades de crédito).

De modo que se ha restringido la legitimación para ser titular de estas hipotecas, no permitiendo que sea cualquier persona, sino sólo las indicadas en este precepto, por estar éstas sujetas a una normativa de supervisión y control con que no cuentan todas las entidades, personas e instituciones. En cualquier caso, tratándose de la garantía de una pluralidad de obligaciones entre dos personas concretas enmarcadas lógicamente en una relación continuada entre ambas, en la práctica el acreedor más apto para la constitución de esa hipoteca era una entidad de crédito.

Como se ha indicado anteriormente, a esta restricción, en cuanto al prestamista autorizado para esta hipoteca, no se acompaña una previsión expresa del prestatario objetivo de la misma, pese a que ello fue intentado durante la tramitación de la Ley en el Senado.

A la hora de indicar los posibles sujetos autorizados para que se constituya a su favor una hipoteca flotante se alude también al objeto de la misma. Así se señala que podrá constituirse esa hipoteca de máximo flotante a favor de esos sujetos «en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio».

Es en este último inciso de este primer párrafo del artículo 153 bis LH indicado («sin necesidad de pacto novatorio»), donde se pone de manifiesto una de las notas más destacadas de esta figura y que tanto ha criticado la DGRN hasta el punto de centrar en esta cuestión la principal de las razones para la no admisión de esta modalidad de hipoteca: la falta de novación de las obligaciones garantizadas. Nota que, además, tal y como se ha señalado en el anterior apartado, era objeto de diferentes recomendaciones prácticas con el fin de conseguir la inscripción y constitución de esta garantía.

Este aspecto era, como ya se ha indicado con anterioridad, el más controvertido antes de la aprobación de esta Ley 41/2007. Sobre esta cuestión es en la que la doctrina y los diferentes agentes económicos más esfuerzos hacían con el fin de superar los obstáculos que se ponían a la inscripción de nuevas fórmulas hipotecarias en garantía de varias obligaciones. Y probablemente es éste el aspecto sobre el que más «presión» habrán hecho los diferentes agentes económicos intervinientes en el mercado y tráfico mercantil y

crediticio como principales interesados en que esta regulación se aprobara (empresas, entidades de crédito, etc.).

Junto con esta previsión, también se establecen unas condiciones para la efectividad de la constitución de esta hipoteca. Se exige que se especifique en la escritura de constitución de hipoteca y que se haga constar en la inscripción registral de la misma:

- a) Su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas.

De modo que, con el fin de respetar el principio de determinación registral en la garantía de obligaciones futuras, se acoge la doctrina de la DGRN en cuanto a señalar las líneas fundamentales de las relaciones jurídicas básicas de las que derivarán esas obligaciones futuras garantizadas (cfr. las RRDGRN de 3 de octubre de 1991, de 17 de enero de 1994, de 11 de enero de 1995, de 28 de abril de 1999 y de 10 de julio de 2001 (41), entre otras), aunque ahora se utiliza la expresión «actos jurídicos básicos» y no «relación jurídica básica» (42).

---

(41) La RDGRN de 3 de octubre de 1991 señala que «no se precisa ciertamente que la obligación a asegurar tenga ya existencia jurídica, puede constituirse también en garantía de una obligación futura (art. 142 de la Ley Hipotecaria), pero no por ello queda comprometida su accesoriadad y su esencial finalidad de garantía de un crédito específico, por cuanto también en esta hipótesis es preciso identificar, al tiempo de su constitución, la relación jurídica de que deriva la obligación a asegurar, y solamente si se prueba su efectivo nacimiento y autónoma exigibilidad procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria».

(42) La utilización de la expresión «actos jurídicos básicos» en lugar de «relación jurídica básica», como hasta ahora venía haciendo la DGRN, a mi juicio, puede interpretarse como cierta inclinación a admitir la falta de necesidad de que esos actos jurídicos sean ya existentes. Con la expresión «relación jurídica básica» se busca hacer referencia a una situación más continuada en el tiempo, que puede mantenerse por las partes y que, entre otros actos, existan unos concretos de los que se derivarían las obligaciones futuras; mientras que los «actos» evocan más a unas circunstancias más puntuales (dentro de una relación más continuada o fuera de ella) de las que se derivaría la obligación futura. Esto es, teniendo lugar esos actos jurídicos descritos, *a priori* puede entenderse que en ese mismo momento surgiría la obligación futura (sin embargo, en una relación jurídica eso no es así, pues en ella se suceden multitud de actos unos aptos para el nacimiento de la obligación y otros no) y, teniendo en cuenta que el nuevo artículo 153 bis LH indica expresamente la necesidad de hacer constar la «descripción general de los actos jurídicos básicos de los que se deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas», parece entonces que esos actos también pueden ser futuros. En cualquier caso, entiendo que la descripción general de la relación o de los actos de los que surgirá la obligación u obligaciones garantizadas es suficiente para cumplir con la función protectora del principio de especialidad, y a ello no obsta el hecho de que tal relación o tales actos no hayan tenido lugar ya en el momento de la inscripción registral de la garantía hipotecaria.

- b) La cantidad máxima de que responde la finca.  
Se reitera de esta manera que la naturaleza de esta garantía es de hipoteca de máximo.
- c) El plazo de duración de la hipoteca.  
Se introduce así un mecanismo de caducidad de estas garantías, que puede facilitar la cancelación de su inscripción por la vía del párrafo segundo del artículo 82 LH.
- d) La forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.  
Cabe entender que se prevé la existencia de cada una de las obligaciones individual y autónomamente hasta el momento del vencimiento sin que se noven para la constitución de una única obligación, pero sí se exige con este último requisito que se señale un mecanismo para que, al final, sea sólo uno el saldo final líquido garantizado. El mecanismo típico es la contabilidad por la vía de las cuentas corrientes de crédito, si bien en este precepto no es el mecanismo que se impone, como pretendía la DGRN (tras la novación de las diversas obligaciones), sino que se deja a las partes libertad para fijar esa forma de cálculo del saldo final garantizado.

Además, en el tercer párrafo de este artículo 153 bis LH se legitima a las partes para pactar en el título «que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura». En definitiva, se está reconociendo la posibilidad de que, bajo una concreta forma pactada, se deje en manos del acreedor la determinación del saldo resultante y finalmente garantizado (43).

En el último párrafo de este nuevo artículo 153 bis LH se acoge una previsión lógica en esta materia, en la medida en que se reconoce la posibilidad de acudir, para el ejercicio de la acción hipotecaria, a lo dispuesto en los artículos 129 y 153 LH y los preceptos concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El acreedor hipotecario titular de una hipoteca de máximo en garantía de varias obligaciones presentes y/o futuras podrá acudir, como cualquier otro acreedor hipotecario, al procedimiento ejecutivo directo contra los bienes hipotecados, o bien al extrajudicial ante Notario, si así se previó en la escritura de constitución, pero, también, podrá valerse de lo especialmente previsto para la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito. Esto permite afirmar la íntima conexión existente entre ambas figuras.

Así pues, puede decirse que también, en cierta medida, desde esta nueva regulación se reconduce esa hipoteca en garantía de varias obligaciones presentes y/o futuras a la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito

---

(43) *Vid.* lo señalado anteriormente en la nota 26 de este trabajo.

(art. 153 LH), lo mismo que exige la DGRN; aunque con el nuevo artículo 153 bis LH esto es a efectos meramente ejecutivos, pues ya se advierte expresamente de que no es necesario el pacto novatorio de las obligaciones garantizadas.

Se trata de lo que se afirmaba anteriormente: esa novación exigida por la DGRN no puede imponerse con base en una supuesta colisión con los principios de accesoriidad y de determinación registral. Esa exigencia o interés en la novación es consecuencia de la accesibilidad a un excepcional medio de prueba y de determinación del crédito: la certificación bancaria *ex* artículo 153 LH.

Con esta nueva regulación de la hipoteca flotante se ha pretendido dar respuesta a las diversas demandas de flexibilización del mercado hipotecario, buscando dar viabilidad a fórmulas que potencien la movilidad de créditos y el tráfico mercantil, a la vez que no supongan un incremento de los costes de la operación que desincentive llevar a cabo el negocio jurídico correspondiente.

El tiempo y la práctica determinarán si con esta regulación se han cumplido las expectativas con ella creadas.

#### RESUMEN

##### HIPOTECA FLOTANTE

*La Ley 41/2007 ha introducido en nuestro ordenamiento la regulación de la hipoteca flotante, utilizando, además, por primera vez, la expresión «hipoteca de máximo» para referirse a ella. En este trabajo se analizan las notas características de la hipoteca de máximo y de la hipoteca flotante, así como la situación doctrinal, jurisprudencial y práctica que sobre esta última figura existía antes de la Ley 41/2007, con el fin de compararla con la regulación prevista en el nuevo artículo 153 bis LH.*

#### ABSTRACT

##### FLOATING MORTGAGE

*Act 41/2007 has introduced into our legislation terms regulating the floating mortgage, using, what is more, for the first time the expression «hipoteca de máximo» (literally, «maximum-sum mortgage») to refer to it. This paper analyses the characteristic notes of the «maximum-sum mortgage» and the floating mortgage, as well as the doctrinal, jurisprudential and practical situation concerning this latter concept that existed prior to Act 41/2007, in order to compare it with the terms provided for in the new article 153 bis of the Mortgage Act.*

*(Trabajo recibido el 17-12-07 y aceptado para su publicación el 1-4-08)*

# La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa

por

ISABEL ZURITA MARTÍN  
*Profesora Titular de Derecho Civil*  
*Universidad de Cádiz*

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN DE LA HIPOTECA INVERSA:
  1. REQUISITOS OBJETIVOS:
    - a) *El crédito.*
    - b) *El inmueble hipotecado.*
  2. REQUISITOS SUBJETIVOS.
  3. REQUISITOS TEMPORALES:
    - a) *Hipoteca vitalicia y tipos de prestaciones.*
    - b) *Inconvenientes económicos de la hipoteca vitalicia.*
- III. OTROS REQUISITOS LEGALES DE CONSTITUCIÓN.
- IV. LA EXTINCIÓN DEL PRÉSTAMO:
  1. FALLECIMIENTO DEL DEUDOR O DE LOS BENEFICIARIOS.
  2. CANCELACIÓN ANTICIPADA DE LA HIPOTECA POR EL DEUDOR.
  3. PLAZO PARA LA CANCELACIÓN DEL PRÉSTAMO POR LOS HEREDEROS.
  4. DECLARACIÓN DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PRÉSTAMO POR EL ACREEDOR.
  5. ACCIÓN DE DEVASTACIÓN Y VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PRÉSTAMO EX ARTÍCULO 1129.3.º DEL CÓDIGO CIVIL.
- V. EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA DEUDA HIPOTECARIA:
  1. LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA DEUDA HIPOTECARIA A LOS BIENES DE LA HERENCIA.
  2. LA EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA A LOS INTERESES DE LA DEUDA: LA EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 114.2 DE LA LEY HIPOTECARIA.
- VI. PREVISIONES DE CARÁCTER ECONÓMICO Y FISCAL.
- VII. REFLEXIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

De todos es conocido que España es uno de los países más longevos del mundo, y también que la población española es de las más envejecidas de Europa. Esta realidad viene confirmándose con el paso del tiempo, y ha ido agudizándose en los últimos veinte años de forma espectacular. Según datos tomados del Libro Blanco sobre las personas en situación de dependencia, publicado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en diciembre de 2004, el fenómeno del envejecimiento va a continuar en los próximos años, en los que la población mayor seguirá incrementándose de manera notable, a la vez que disminuirá la proporción de personas en edades jóvenes; se agudizará, por otra parte, con el paso del tiempo, lo que se ha llamado «envejecimiento del envejecimiento», esto es, el gran aumento que va a experimentar el colectivo de población de ochenta y más años, cuyo ritmo de crecimiento será muy superior al del grupo de sesenta y cinco y más años en su conjunto.

No obstante, aunque contemplemos esta realidad con cierta alarma, no puede desconocerse que la elevada longevidad es un importante logro humano; así, las sociedades más avanzadas son las que gozan de una esperanza de vida más alta. Pero toda conquista humana ha de soportar un coste más o menos significativo.

En verdad, todos anhelamos disfrutar de una larga existencia, pero deseamos con igual intensidad llegar al último tramo de nuestra vida en las más óptimas condiciones físicas. Lamentablemente ambos anhelos no siempre se ven satisfechos, pues la senectud aparece inexorablemente acompañada por el deterioro físico de la persona y, en muchas ocasiones, este deterioro físico conduce a la falta de capacidad del anciano para valerse por sí mismo.

Por ello, aunque hayamos considerado la alta longevidad como un importante logro humano, esta consideración no nos puede hacer desconocer las consecuencias negativas que de ello se derivan. El envejecimiento de la población puede ocasionar un importante problema social, en cuanto a mayor porcentaje de población anciana, mayor es también el número de personas que se encuentran en situación de dependencia. Las situaciones de dependencia producen dos efectos negativos: uno físico y moral y otro económico. En el orden moral, la necesidad de asistencia física que manifiesta el individuo de elevada edad constituye una importante carga emocional, tanto para él como para sus familiares más cercanos, quienes, hasta la fecha, han venido constituyendo su principal, si no único, punto de apoyo. En el aspecto asistencial, el Estado comienza a dotarse de los medios necesarios para atender las necesidades derivadas de este tipo de dependencia, de ahí que vaya promulgando normas encaminadas a otorgarles, en primer lugar, cobertura legal apropiada. Buena muestra de ello es la reciente Ley 39/2006, de 14 de di-

ciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y de Atención a las personas en situación de dependencia. Esta Ley, comúnmente conocida como Ley de Dependencia, se orienta a regular las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas. El sistema tiene por finalidad principal la garantía de las condiciones básicas y la previsión de los niveles de protección a que se refiere la Ley.

Pero en el ámbito privado, el aspecto económico preocupa también al legislador, pues debe acudir a nuevos mecanismos para que la persona pueda realizar previsiones económicas para afrontar los efectos de una hipotética dependencia. Más allá de las prestaciones sociales, cada vez más amplias, que ofrecen los organismos públicos, el legislador también comienza a sentar las bases para la «autoatención» de la persona anciana, otorgando beneficios y creando figuras jurídicas especialmente previstas para paliar las situaciones de dependencia en la forma más cercana posible al ámbito familiar y personal de la persona mayor. Se trataría de que cada persona pudiera «autoatender» sus necesidades futuras desde el punto de vista económico y, por ende, asistencial. En este marco se encuadrarían todos los esquemas contractuales dirigidos, en mayor o menor medida, a la asistencia de personas mayores, como el contrato de alimentos o lo previsto por la Ley catalana de acogida familiar para personas mayores.

Sin duda, entre los medios jurídicos encaminados a esta «autoatención» debe situarse la hipoteca inversa, que no es otra cosa que un instrumento jurídico que puede permitir a un sujeto subvenir sus necesidades asistenciales de la forma más adecuada a su modo de ver la vida, proporcionándole aquello que necesita sin tener que acudir, en la medida de lo posible, a mecanismos generales de asistencia social, especialmente evitando tener que salir de su entorno habitual y ser internado en centros residenciales o geriátricos.

El primer intento de incorporación de la hipoteca inversa a nuestro ordenamiento tuvo lugar por medio de una Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en octubre de 2005, con la que se pretendía introducir una reforma en el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La reforma consistía en la introducción de un artículo 62.bis a dicho Real Decreto con la intención de incorporar a aquella Ley reducciones de base imponible y exenciones tributarias sobre operaciones de constitución de préstamos y créditos de disposición acumulativa creciente con garantía hipotecaria constituida sobre un bien inmueble, siempre que el propietario y prestatario fuera mayor de sesenta y cinco años o persona que, independientemente de su edad, por razón de falta o pérdida de auto-

mía física, psíquica o intelectual, necesiten asistencia importante para desarrollar su actividad diaria y su asistencia personal. Esta Proposición de Ley —de beneficios fiscales a determinados actos de disposición de bienes que conforman el patrimonio inmobiliario personal para asistir las necesidades económicas de la vejez y la dependencia— fue, no obstante, retirada por el grupo parlamentario proponente el 29 de noviembre de 2005.

Con posterioridad a esta Proposición de Ley, el Gobierno tomó la iniciativa legislativa por medio del Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia. Esta reforma no se limita ya a proponer incentivos fiscales para la constitución de préstamos hipotecarios destinados a financiar las situaciones de necesidad originadas por la ancianidad, sino que se ocupa de refrendar legalmente una figura que se viene utilizando desde hace años en los países anglosajones, y que es conocida con el nombre de *reverse mortgage*.

Este Proyecto fue aprobado el 7 de diciembre de 2007, como Ley 41/2007, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (*BOE*, núm. 294, de 8 de diciembre de 2007).

## II. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN DE LA HIPOTECA INVERSA

Con carácter general, se habla de hipoteca inversa para referirnos a una modalidad de hipoteca nacida en el mercado hipotecario anglosajón; concretamente, la figura se ha venido desarrollando desde 1965 en el Reino Unido y, a partir de 1989 aproximadamente, en Estados Unidos, con la finalidad de dar respuesta a las necesidades de liquidez que suscita la ancianidad sobre la base de rentabilizar el patrimonio inmobiliario de la persona de edad avanzada. Con este objetivo existen en estos mercados diversas figuras que pretenden dar respuesta a estas necesidades sociales, barajando las distintas posibilidades que la tenencia de una vivienda en propiedad ofrece en este sentido (1).

---

(1) Véase HAMMOND, C. M., «Reverse Mortgages: A Financial Planning Device for the Elderly», en *The Elder Law Journal*, vol. 1, núm. 1, 1993, y HERRANZ GONZÁLEZ, R., «Hipoteca inversa y figuras afines», Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, núm. 49 (fecha de publicación: 21-3-2006), <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf>.

En sentido amplio, hablamos de hipoteca inversa para referirnos a un negocio que tiene por objeto la concesión de un crédito con garantía inmobiliaria, por el que una persona mayor de sesenta y cinco años —prestatario— recibe del prestamista una renta, temporal o vitalicia, sobre la garantía de un inmueble de su propiedad, calculada teniendo en cuenta el valor de la misma y la edad de su propietario. Se ha denominado a esta figura hipoteca inversa, por responder a un mecanismo que puede considerarse contrario al de la hipoteca clásica. Así, si en ésta, por lo general, se recibe un préstamo para poder comprar a plazos una vivienda, en la hipoteca inversa de lo que se trata es de recibir a plazos el importe que se obtendría por la venta del inmueble.

Esta es la razón por la que, en el mercado estadounidense, las hipotecas inversas son llamadas *rising debt, falling equity loans*, en cuanto la cantidad debida por el prestatario va creciendo al mismo tiempo que va decreciendo el valor del inmueble. En una hipoteca clásica, normalmente utilizada para comprar una vivienda, los reembolsos mensuales del préstamo hacen que la deuda se vaya haciendo menor hasta su extinción o pago completo; mientras tanto, el valor del capital inmobiliario va creciendo a medida que el prestatario va debiendo menos y la propiedad va aumentando de valor. Por ello se dice que el préstamo hipotecario clásico es un *falling debt, rising equity loan* —préstamo de débito decreciente y capital inmobiliario creciente—, justo lo contrario que sucede con la hipoteca inversa. Dicho en otros términos, en la hipoteca clásica, utilizas el préstamo para convertir ingresos en capital inmobiliario, mientras en el caso de la hipoteca inversa utilizas el préstamo para convertir tu capital inmobiliario en ingresos.

De esta manera, la persona que suscribe una hipoteca inversa recibe mensualmente una renta determinada por varios factores y, al término del plazo establecido o a su fallecimiento, los herederos cuentan con la opción de pagar el crédito debido o de vender la finca y quedarse con la diferencia que exista entre el precio obtenido y el importe de lo adeudado.

Dentro de estos amplios términos, las posibles variaciones del negocio son múltiples, atendiendo tanto a sus requisitos objetivos como subjetivos y temporales. De lo que vamos a tratar aquí es de la opción tomada por el legislador español, que, por medio de la citada Ley 41/2007, de 7 de diciembre, pretende otorgar respaldo legal a una figura con contornos más precisos.

Así, la Ley de reforma del mercado hipotecario dedica la Disposición Adicional primera a la regulación de la hipoteca inversa, comenzando su apartado primero por conceptualizar esta nueva figura en los siguientes términos:

«1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los sesenta y cinco años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia.
- b) Que el acreedor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas.
- c) Que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios.
- d) Que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños, de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario».

El texto del precepto no sólo conceptúa la figura, sino que la restringe a un ámbito subjetivo y objetivo determinado, lo que nos permite poder hablar de un concepto estricto de hipoteca inversa frente al concepto amplio al que hemos hecho referencia, según tengamos presentes o no, respectivamente, los requisitos legales para su identificación como tal en nuestro ordenamiento, a los efectos de serle de aplicación esta nueva normativa.

## 1. REQUISITOS OBJETIVOS

Atendiendo, pues, al texto de la Ley 41/2007, desde el punto de vista objetivo el negocio acoge un doble contenido: por una parte, el crédito y, por otra, el bien inmueble que le sirve de garantía.

### a) *El crédito*

Por lo que se refiere al crédito, su montante responde a la interacción de distintos factores, todos ellos relacionados con el valor del inmueble y la edad del deudor. Dado que la finalidad esencial de esta hipoteca es el disfrute del valor líquido del inmueble, para calcular el importe del crédito deberá tasarse la finca, teniéndose en cuenta, no sólo su valor inicial, sino su eventual revalorización con el transcurso del tiempo. Esta tasación, no obstante, debe ir inexorablemente acompañada de un estudio estadístico sobre la esperanza de vida del solicitante. Ambos factores —valor del inmueble y edad del deudor— determinarán la renta que el prestatario haya de percibir, en función del tipo de interés del préstamo. Por tanto, una vez calculada la cantidad total del crédito, derivada del valor de la finca y de la edad del deudor, dicha cantidad se desglosará en capital e intereses del préstamo, y se traducirá en la renta o pensión que habrá de percibir el prestatario.

No obstante, prevé este párrafo primero de la Disposición Adicional, que el deudor pueda disponer del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas. En este último caso, desaparece la inversión de los caracteres de la hipoteca clásica a que al inicio hemos hecho referencia, pues, al igual que en ésta, aquí también recibirá el deudor la totalidad del préstamo al constituirse la garantía hipotecaria; la diferencia estribaría, en este caso, en que la amortización del préstamo no tendría lugar hasta el fallecimiento del deudor.

Dentro de este doble marco en cuanto a las modalidades de disposición del crédito, las prácticas del mercado estadounidense son variadas, aunque desplegándose básicamente en tres grandes categorías. Así, el prestatario puede elegir entre recibir una suma global de dinero de forma inmediata, disponer de una línea de crédito que le permita tomar efectivo cuando lo necesite hasta que se agote el préstamo, o cobrar una mensualidad, bien durante un número de años, bien por el tiempo en que el deudor viva en su domicilio, o bien durante toda su vida con independencia del lugar en que tenga su residencia. Una última opción consistiría en acordar una fórmula combinada entre estas tres posibilidades.

Al referirse la Ley española, en términos amplios, a la posibilidad del deudor de disponer del préstamo mediante disposiciones periódicas o únicas, no parece que deba existir inconveniente en que se acuerde, además de la disposición de una suma o de distintas prestaciones periódicas, tanto abrir una línea de crédito como combinar las distintas opciones que se acaban de señalar. Ahora bien, la opción elegida debe cumplir con las exigencias de la norma reguladora de la hipoteca inversa en nuestro país para que el negocio quede incluido dentro de su ámbito de aplicación, como después veremos.

#### b) *El inmueble hipotecado*

En cuanto al inmueble, éste ha de constituir, según reza el precepto, la vivienda habitual del prestatario o deudor, con lo que se está restringiendo la posibilidad de que una persona mayor pueda constituir una hipoteca inversa sobre otra finca de su propiedad que no sea su vivienda habitual y, con ello, se le está privando de poder asegurarse cierta liquidez sin tener que vender parte de su patrimonio.

Si de lo que se trata es de facilitar a las personas mayores la posibilidad de convertir en líquido su capital inmobiliario para atender a las necesidades de su vida cotidiana o a su situación de dependencia, no parece que deba restringirse la constitución de este tipo de hipoteca sobre otro inmueble del anciano que no constituya su vivienda habitual, máxime cuando lo pueda rentabilizar aún más que ésta, bien por su más alto valor, o bien por las circunstancias del mercado arrendaticio, por ejemplo.

A estos efectos, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, se propusieron diversas enmiendas que trataban de paliar esta exigencia. Así, por una parte, el Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso proponía añadir un párrafo 1.bis) a la Disposición Adicional Primera del Proyecto de Ley, según el cual no se considerará que el bien inmueble deja de constituir la vivienda habitual del solicitante cuando el deudor hipotecario lo alquile, se traslade al domicilio de un familiar o ingrese en una residencia para su cuidado, especialmente cuando se encuentre en una situación de dependencia, de acuerdo con la normativa vigente. Con esta enmienda, por tanto, aunque se limita los efectos de la exigencia inicialmente prevista por el Proyecto, se sigue considerando necesario que el inmueble, objeto de esta hipoteca, constituya la vivienda habitual del deudor.

En cambio, para el Grupo Parlamentario Popular y el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, dicha exigencia debería ser, en cualquier caso, suprimida del texto legal, en cuanto no se aprecia qué inconveniente pueda haber en que la persona mayor pueda contar con las ventajas ligadas a la constitución de la hipoteca inversa sobre otro inmueble, siempre y cuando la finalidad del crédito sea completar la pensión con esta hipoteca en condiciones ventajosas para el titular, generando así una renta adicional para afrontar las necesidades derivadas de su vejez y rentabilizar al máximo los ahorros logrados durante toda su vida.

A pesar de ello, el texto de este apartado primero no sufrió modificación alguna, subsistiendo, por tanto, para poder concertar esta modalidad de hipoteca —acogiéndonos al concepto estricto definido por la Ley—, la exigencia de que la finca hipotecada constituya la vivienda habitual del prestatario. No obstante, fruto de las enmiendas, nuevamente formuladas a este respecto en el Senado, se accedió a la incorporación de un nuevo apartado 9.bis) a la Disposición Adicional Primera que, definitivamente, se tradujo en el apartado 10 de la norma, precepto que viene a ser una solución intermedia al debate suscitado en torno al objeto de la hipoteca inversa, al rezar del siguiente modo: «Podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición».

Esta «solución intermedia», por llamarla de alguna forma, a la cuestión planteada, no puede considerarse, desde nuestro punto de vista, la opción más idónea a los intereses de las personas mayores. Aunque se permita la constitución de hipoteca inversa sobre inmuebles distintos de la vivienda habitual del deudor, la inaplicabilidad a esta hipoteca de los beneficios fiscales que los apartados anteriores de la norma prevén, la convierte en un producto poco atractivo para la persona mayor o en situación de dependencia. Por otra parte, la amplia alusión a la inaplicabilidad de «los apartados anteriores de esta

disposición», resulta ciertamente imprecisa: ¿quiere decir que no se le aplican los apartados inmediatamente anteriores, referentes a los beneficios fiscales, o que no le será de aplicación ninguno de los nueve apartados anteriores de la Disposición Adicional Primera de la Ley? Más bien parece esto último. Con ello, cualquier modalidad de hipoteca inversa —llamada así, en este caso, en sentido amplio— concertada sobre un inmueble que no constituya la vivienda habitual del prestatario, debe ser reconducida al ámbito del principio de autonomía privada —lo que, obviamente, hace superflua la previsión de este nuevo apartado diez—, sin que cuente con las previsiones de protección añadida que la Ley 41/2007 supone para la hipoteca inversa que cumpla con este requisito de carácter objetivo.

Con esta previsión, la Ley no favorece al anciano que dispone de otro inmueble distinto de su vivienda habitual, y que, por circunstancias diversas, prefiere hipotecar en lugar de aquélla, para mejorar su bienestar en los últimos años de su vida. Si se pretende amparar a las personas mayores y dependientes, ¿por qué no facilitar que se beneficien de los ahorros obtenidos a lo largo de su vida —representados en otro inmueble de su propiedad distinto de su vivienda— para obtener el máximo bienestar posible? ¿Se teme, con ello, que la hipoteca inversa se convierta en un instrumento de «enriquecimiento» de las personas mayores, en lugar de en un vehículo que simplemente sirva para paliar sus necesidades de liquidez para subvenir los gastos derivados de su ancianidad o dependencia? ¿Por qué no favorecer la situación de una persona mayor que, además de asegurarse liquidez, desea, por ejemplo, que la vivienda familiar subsista, después de su muerte, en el patrimonio de sus hijos?

Finalmente, también en relación al inmueble, la letra *d)* del apartado primero de la Disposición Adicional Primera prevé la necesidad de tasar y asegurar la vivienda hipotecada en las condiciones que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (2).

---

(2) Artículo 7 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario: «Uno. Para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley, los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las entidades a que se refiere el artículo segundo, o bien, por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establecerán. Dos. El Ministerio de Economía y Hacienda, previo informe del Instituto de Crédito Oficial, regulará: *a)* Las normas generales sobre la tasación de los bienes hipotecables a que habrán de atenerse tanto los servicios de las entidades prestamistas como las entidades especializadas que para este objeto puedan crearse. *b)* La forma en que deba constar la tasación efectuada. *c)* El régimen de inspección de cumplimiento de tales normas». Artículo 8: «Los bienes hipotecados habrán de estar asegurados contra daños por el valor de tasación en las condiciones que reglamentariamente se determinen».

## 2. REQUISITOS SUBJETIVOS

Por lo que se refiere a los sujetos del negocio, en cuanto a la persona del deudor exige la Disposición Adicional Primera de la Ley que el solicitante del préstamo y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los sesenta y cinco años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia. En este sentido, entre las enmiendas formuladas al Proyecto de Ley, el Grupo Parlamentario Catalán propuso extender el ámbito subjetivo de la hipoteca inversa a todas las situaciones de dependencia, no sólo a las muy severas o de gran dependencia, y a las personas con discapacidad. De hecho, en el texto aprobado por el Senado se sustituyeron los términos «dependencia severa o gran dependencia» por «cualquier situación de dependencia o persona con discapacidad», modificación finalmente suprimida en el texto definitivamente aprobado por el Congreso.

La norma establece una doble previsión que puede resultar un tanto contradictoria. Por una parte, restringe el ámbito subjetivo de aplicación, en cuanto a la persona del deudor o solicitante, a cualquier persona de edad igual o superior a sesenta y cinco años, si bien esta edad puede reducirse en el caso de tratarse de persona afectada de dependencia severa o gran dependencia; y, por otra parte, el ámbito se amplía en cuanto a la persona del beneficiario, no limitándose el número de éstos, ni tampoco exigiendo cualquier grado de parentesco o algún tipo de relación que le pueda unir con el solicitante.

La restricción sobre la edad resulta acorde con la finalidad que se pretende con la regulación de esta figura, en cuanto se encuentra orientada a que las personas de avanzada edad o con graves dificultades para afrontar económicamente su discapacidad o dependencia, puedan contar con liquidez suficiente para subvenir sus necesidades vitales. Pero el amplio margen que se deja a la designación de beneficiarios no casa del todo bien con la ratio de la norma. Piénsese que, siguiendo la realidad social, la hipoteca inversa está concebida para ser constituida, bien para el beneficio de una sola persona mayor, o bien para una pareja de personas mayores, casadas o no; en este último caso, puede ser constituida por ambas, o por una de ellas designando como beneficiaria a la otra.

La previsión legal no impide, sin embargo, que el solicitante pueda designar como beneficiario a cualquier otra persona. Claro que, dado que el primer apartado de la norma exige que la finca hipotecada sea la vivienda habitual del solicitante, si el beneficiario no fuera persona que conviviera con éste, se llegaría al absurdo de haber exigido legalmente que el inmueble hipotecado sea la vivienda habitual del solicitante, pero, a la postre, resultar que el beneficiario no la tiene como vivienda habitual.

Tampoco se compadece bien con la utilidad de esta hipoteca el hecho de que el solicitante pueda designar a tantos beneficiarios como desee, pendiente

la amortización del préstamo de la muerte del último de ellos, por cuanto ello privaría a los intervinientes de las ventajas de esta figura. Así, dado que la cuantía de la renta se calcula teniendo en cuenta la edad del deudor, un número desproporcionado de beneficiarios haría prácticamente inviable la constitución de esta modalidad hipotecaria. No obstante, no nos parece desafortunada la ausencia de límites al número de beneficiarios ni la falta de exigencia de cualquier tipo de relación entre éstos y el constituyente de la garantía, pues ello permite acoger mayor número de supuestos de necesidad de liquidez para el colectivo al que esta figura va destinada; siempre, claro —y aquí es donde lo hipotético se convierte en lo real— que el valor de la finca y las circunstancias o cualidades personales de constituyente y beneficiarios lo permitan.

### 3. REQUISITOS TEMPORALES

#### a) *Hipoteca vitalicia y tipos de prestaciones*

En directa relación con la apreciación anterior, el apartado *c)* de la norma dispone que la deuda sólo será exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, a la muerte del último de los beneficiarios.

El legislador español restringe considerablemente con este apartado el concepto amplio de hipoteca inversa al que hemos hecho referencia al inicio. Así, desde una concepción muy amplia, sería posible, en principio, prever que el crédito venza y sea exigible antes del fallecimiento del deudor, una vez finalizado el plazo para el que fue constituido.

La posibilidad de contratar esta hipoteca con carácter temporal ha ocasionado que la hipoteca inversa que no asume tal carácter sea también conocida como hipoteca vitalicia, siendo esta modalidad la más practicada generalmente en los países donde nació esta figura.

En la legislación española, por tanto, se imposibilita al acreedor la amortización del préstamo con anterioridad a la muerte del constituyente o, en su caso, del o los beneficiarios. Esta previsión resulta del todo acorde con la ratio de la norma, orientada a asegurar la capacidad económica del constituyente para hacer frente a las necesidades derivadas de la ancianidad, finalidad que se vería truncada si se permitiera constituir esta modalidad de hipoteca a tiempo determinado, y se diera el caso de que el deudor viviera por encima del tiempo establecido. Esto colocaría al anciano en una situación aún peor de la que tenía antes de constituir la hipoteca, pues debería hacer frente al pago del préstamo obtenido con el valor de la propiedad del inmueble hipotecado. En el caso, por tanto, de que se constituyera una modalidad de hi-

poteca inversa con plazo de amortización determinado, ésta quedaría excluida del ámbito de aplicación de la norma.

A simple vista, con ello se eliminaría, de entre las diversas posibilidades de disposición del crédito anteriormente mencionadas, la consistente en recibir prestaciones por un plazo previamente determinado, aunque esta afirmación puede matizarse. Entendemos que ello sería así sólo cuando la finalización de dicho plazo diera derecho al acreedor a exigir la devolución del préstamo. En verdad, de la letra de la Ley se deriva la posibilidad de disponer del préstamo en una prestación única o periódica con plazo temporal determinado o, por ejemplo, de poder abrir una línea de crédito, pues lo que se impide es que el acreedor reclame el crédito con anterioridad a la muerte del deudor. La existencia de una hipoteca vitalicia no impide, así, que se acuerde la disposición de una renta temporal, sino que el préstamo hipotecario se extinga y se reclame por el acreedor con anterioridad a la muerte del deudor.

A estos efectos, la nueva normativa no resulta todo lo clara que debiera en cuanto a la temporalidad de la renta. Así, nos resulta muy extraña la definición de hipoteca inversa que aparece en el Preámbulo de la Ley 41/2007, que, en su apartado VIII dispone: «La hipoteca inversa, regulada en esta Ley, se define como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de los herederos».

De esta definición se extrae, pues, que, aun tratándose de hipoteca vitalicia, el prestatario dejaría de percibir la renta si vive más de lo calculado y se ha superado el importe máximo del crédito previsto; es decir, aunque no se hubiera acordado una renta temporal, la renta vitalicia dejaría de serlo si el prestatario vive más allá de lo esperado. Esta concepción evitaría la existencia del denominado «patrimonio negativo» para el acreedor, al impedir que el prestatario pueda recibir más de lo inicialmente previsto, teniendo en cuenta el valor de la finca, a no ser que los intereses que se vayan devengando resulten también excesivos.

Esta previsión del Preámbulo de la Ley no parece tener refrendo legal expreso en el articulado de la norma, pero los términos en que se expresa el apartado 1.b) de la Disposición Adicional Primera, dejan cierto margen a la duda. Este precepto se refiere al requisito de que el deudor disponga del «importe» del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas,

por lo que podemos plantearnos el siguiente interrogante: ¿la palabra «importe» está haciendo referencia al «importe máximo» del préstamo, alcanzado el cual no tendrá derecho el deudor a percibir más rentas?

A nuestro modo de ver, no parece que ello concuerde ni con el espíritu de la norma, ni con lo preceptuado por la Disposición Adicional Primera en su conjunto, ni con la práctica habitual de las entidades crediticias en la celebración de esta modalidad de hipoteca, para la que se exige la contratación de un seguro de renta vitalicia. Entendemos que la hipoteca inversa vitalicia es, por definición, un negocio aleatorio, de tal forma que, de no haberse concertado el correspondiente seguro, la entidad bancaria debe asumir las consecuencias negativas que, en su caso, puedan derivarse de esa aleatoriedad, que se traducen en la obligación de seguir abonando la renta por encima del montante del crédito inicialmente calculado. De no entenderse esto así, la creación de esta figura se apartaría por completo de la finalidad para la que está pensada, por cuanto la persona mayor que deja de percibir una renta, que ha significado su medio de subsistencia en los últimos años, se encontraría en situación aún peor que si no hubiese contado con ella desde el principio, pesando sobre su vivienda un importante gravamen hipotecario.

Desde nuestro punto de vista, pues, el concepto de hipoteca inversa que utiliza el Preámbulo de la Ley 41/2007, al no haber encontrado refrendo expreso en el articulado de la norma, debería obviarse. Por lo que se refiere a la ambigüedad del apartado uno de la Disposición Adicional Primera de la Ley, la mejor opción, de cara a la mayor protección del colectivo al que se pretende proteger, es la de ser interpretada de forma favorable a las personas mayores, siguiendo el espíritu de la norma, no las indicaciones de su Preámbulo. En cualquier caso, no hubiese estado de más que esta cuestión, de consecuencias tan importantes, quedara perfectamente aclarada por la nueva normativa.

#### b) *Inconvenientes económicos de la hipoteca vitalicia*

Ahora bien, dependiendo del tipo de prestación acordada, la hipoteca vitalicia puede plantear importantes inconvenientes de corte económico para la entidad acreedora que, finalmente, repercuten en el deudor al traducirse en un encarecimiento del préstamo. Ciertamente, las dificultades para calcular el importe del crédito se encuentran directamente relacionadas con los distintos riesgos que el prestamista, necesariamente, ha de asumir, que se concretan fundamentalmente en tres: el cálculo de la esperanza de vida del deudor, las variaciones de los tipos de interés y las fluctuaciones del mercado inmobiliario. Como ya se ha adelantado, estas tres variables constituyen los factores sobre los que se basa el cálculo del montante del préstamo y, con él, la renta periódica a percibir, en su caso, por el deudor.

Con respecto al primer factor, aunque el riesgo de longevidad del prestatario es gestionado por las aseguradoras, ello no impide que aquél o, en su caso, el o los beneficiarios, puedan vivir más de lo previsto por el cálculo actuarial. En este último caso, la entidad crediticia debe seguir abonando la renta estipulada hasta el fallecimiento del deudor, pudiendo incluso superar la deuda el valor de la propiedad. Esta contingencia ha sido solventada en el Reino Unido mediante el requerimiento en la actualidad en estos préstamos de una garantía obligada: al final del préstamo, la cantidad adeudada por el propietario o sus herederos no puede exceder el valor de la propiedad, y el préstamo no puede llegar a ser amortizado si existe un patrimonio negativo (*negative equity*) (3).

La existencia de un patrimonio negativo constituye un nuevo tipo de riesgo desde el punto de vista del prestamista, explica Claude TAFFIN, Presidente del Grupo Estadístico de la Federación Hipotecaria Europea, lo que ha llevado al gobierno central de Estados Unidos, a través de la *Federal Housing Administration*, a implantar un seguro de garantía adicional contra este tipo de riesgo, que se financia a través de *premiums* pagados por el prestatario, y que van dirigidos a cubrir los préstamos que cumplen una serie de requisitos (cobertura del principal del préstamo y de los cargos, requerimiento del uso de asesores externos, etc.). Esta clase de préstamos representa alrededor de un 90 por 100 de este mercado. En el Reino Unido, por el contrario, prevalece el libre mercado.

La nueva normativa española reguladora de la hipoteca inversa, como consecuencia directa de su ambigüedad o falta de claridad en este tema, a la que ya se ha hecho referencia, no prevé específicos mecanismos de garantía adicional para cubrir el llamado «patrimonio negativo». Ello no impide, claro está, que el banco prestamista concierte el correspondiente seguro para garantizar esa eventualidad. En la realidad práctica, todas las entidades bancarias que ofertan la hipoteca inversa en nuestro país, insisten de forma muy clara en que los clientes se acojan a un seguro que tiene como finalidad asegurar que éste cobre mensualmente la renta vitalicia (4). Indudablemente, la necesidad de concertar un seguro adicional que garantice la amortización de la totalidad del préstamo, ante la aleatoriedad que caracteriza este tipo de hipoteca vitalicia, repercutirá en el encarecimiento del crédito.

Los distintos factores de riesgo que intervienen en esta clase de créditos hacen que el coste de estos préstamos resulte más elevado que el de los préstamos convencionales. Ello justifica que el tipo de interés para las hi-

---

(3) Según explica M. CLAUDE TAFFIN, en su informe: *La hipoteca inversa o vitalicia*, hecho público por la Asociación Hipotecaria Española.

(4) Véase COSTA-FONT, J./GIL, J./MASCARILLA, O., «Preferencias de la población ante la financiación de la dependencia: La hipoteca inversa en España», en *Estudios sobre la Economía Española*, diciembre de 2006.

potecas de esta clase, normalmente de tipo fijo en el Reino Unido y variable en Estados Unidos, sea significativamente mayor que el aplicado a los préstamos convencionales. En términos absolutos, el número de operaciones es limitado, cifrándose en 26.000 nuevos préstamos en 2004 en el Reino Unido, no superando los 35.000 en Estados Unidos.

Evidentemente, el problema del alto coste del préstamo se agrava cuanto menor es la edad del prestatario, pues cuanto más joven es éste, menor será el capital prestado. La cuestión se agudiza aún más si, además del prestatario, se han designado beneficiarios. Especifica la Ley que la deuda sólo será exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios. Este último inciso debe interpretarse en el sentido de que, si nada se ha estipulado, la muerte del constituyente podría conducir a la reclamación de la deuda por el acreedor o a la ejecución de la garantía aunque sobreviva alguno de los beneficiarios por él designados.

Puede pensarse que esta previsión se aparta en cierto modo del espíritu de la norma, cuya finalidad es la de cubrir las necesidades de liquidez de las personas mayores; debe suponerse que los beneficiarios que el constituyente haya designado se encuentran en idéntica situación de necesidad que él, por lo que esta disposición legal provocaría, por ejemplo, que el silencio en cuanto al derecho del cónyuge superviviente le privara de continuar percibiendo la renta después de la muerte del constituyente. Lo cierto es que con esta norma se compensa la regla inicial sobre la libre designación de beneficiarios, a la que anteriormente hemos hecho referencia. Así, el constituyente de la hipoteca puede designar los beneficiarios que estime oportuno, pero en el contrato ha de estipularse expresamente que sólo tras la muerte de todos ellos le es dable al acreedor amortizar el préstamo.

A modo de conclusión, pues, podría decirse que, a simple vista, sería más conveniente para la persona mayor optar por disponer de prestaciones periódicas vitalicias frente a la disposición de un capital único o de prestaciones periódicas a tiempo determinado, dado el problema que supondría agotar antes del fallecimiento el préstamo concedido, a pesar de no poder ser reclamado por el acreedor. En cualquier caso, las circunstancias concurrentes —existencia de seguro de renta vitalicia, encarecimiento excesivo del préstamo, etc.— determinarán la mejor opción para las partes implicadas.

### III. OTROS REQUISITOS LEGALES DE CONSTITUCIÓN

Perfilada la figura en los términos antedichos, se ocupan los apartados 2, 3 y 4 de la Disposición Adicional Primera de la Ley del régimen de transparencia y comercialización y de la restricción de la concesión de esta mo-

dalidad de hipoteca a las entidades de crédito y aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que a las entidades aseguradoras imponga su normativa sectorial.

Dispone el apartado tercero que el régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa será el establecido por el Ministerio de Economía y Hacienda. En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, ordena el apartado cuarto que las entidades establecidas en el apartado segundo que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministerio de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento.

De forma más específica, el Proyecto de Ley disponía inicialmente que el asesoramiento de los solicitantes podía asignarse, bien a la figura del Defensor del Cliente, o bien llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. En el caso de que se optara por el asesoramiento a cargo del Defensor del Cliente y la entidad de que se trate no cuente con uno propio, deberá adherirse a uno de los asignados por otras entidades o a los designados a través de los criterios recogidos en el artículo 29 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma Financiera. A este respecto, el Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento.

La detallada regulación referida a la protección de los clientes demuestra en el legislador su preocupación por la transparencia con la que la hipoteca inversa ha de ser comercializada por las entidades bancarias. Quizás por ello, la intervención del Defensor del Cliente no fue vista con buenos ojos por los distintos grupos parlamentarios que formularon enmiendas a este apartado de la Disposición Adicional Primera. Así, entendía el Grupo Popular en el Congreso que la remisión a esta figura para prestar este asesoramiento no era una solución válida, ya que esta figura está concebida para resolver reclamaciones de los clientes en caso de discrepancia o conflicto con la entidad, pero no para prestar asesoramiento sobre productos financieros concretos, para lo que normalmente no está cualificado, al no ser su función; debe ser el Ministro de Economía y Hacienda quien establezca las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento. Idéntica apreciación realizaba el Grupo catalán, sosteniendo el Grupo de Izquierda Unida que la referencia al Defensor del Cliente como servicio de asesoramiento independiente es excesiva, cuando es nombrado por la entidad finan-

ciera y pagado por ésta, por lo que es preferible que sea el Ministerio de Economía y Hacienda quien establezca los mecanismos de asesoramiento.

En verdad, la llamada que realizaba la norma proyectada a la figura del Defensor del Cliente resultaba un tanto anómala, pues no es común a la contratación de otros productos financieros que pueden verse también afectados por falta de transparencia. Tenían razón los enmendantes cuando sostenían que el Defensor del Cliente no parece ser la institución más adecuada para solventar los problemas derivados de estas circunstancias, especialmente por su vinculación con la entidad a la que representan y por la función de resolución de conflictos que tienen asignada, circunstancias que hacen difícil que pueda ofrecer asesoramiento independiente y eficaz.

Desde nuestro punto de vista, aunque la transparencia en la contratación debería quedar suficientemente garantizada por la propia normativa reguladora de esta nueva figura y por las normas generales de protección de los consumidores y usuarios, la especial vulnerabilidad del colectivo al que va dirigida esta figura hace que no resulte desproporcionada esta singular atención a la protección de sus derechos.

En este sentido, según indica el ya citado Informe de Claude Taffin, la complejidad de este producto, dirigido especialmente a los mayores, personas, en algunos casos, muy vulnerables, dio lugar en Estados Unidos a prácticas dudosas por parte de los prestamistas, interesados claramente en la utilización de las sumas de dinero prestadas. Por ello, actualmente la concesión de préstamos por el Estado Federal está sujeta a evaluación por parte de un experto externo antes de que el contrato sea firmado. El propósito de esta intervención es explicar las características del producto y los riesgos asociados, además de la existencia de otras alternativas para la persona mayor. Por su parte, en el Reino Unido los principales prestamistas han establecido voluntariamente un código de buena práctica, bajo el cual asumen cuatro obligaciones: transparencia en los temas legales del préstamo, transparencia en costes, asistencia al prestatario a través de un experto externo independiente a la entidad financiera y el establecimiento de un límite al capital prestado hasta el valor de la propiedad.

#### IV. LA EXTINCIÓN DEL PRÉSTAMO

Se refieren a la extinción del préstamo hipotecario los apartados 5 y 6 de la Disposición Adicional Primera de la Ley. En virtud del apartado 5, «Al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda

exigir compensación alguna por la cancelación. En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente». Y el apartado 6 hace la siguiente puntualización: «Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria».

El texto originario del Proyecto de Ley dedicaba estos dos apartados de la Disposición Adicional Primera a la extinción del préstamo, si bien ninguno de ellos resultaba del todo afortunado, tanto por su redacción como por su contenido, lo que demuestra el hecho de haber sido ambos objeto de distintas enmiendas por varios grupos parlamentarios. Aunque algunas de estas enmiendas fueron incorporadas al texto definitivo de la Ley, el resultado final merece ser objeto de algunas observaciones.

#### 1. FALLECIMIENTO DEL DEUDOR O DE LOS BENEFICIARIOS

Como efecto derivado del requisito recogido en el apartado 1.c) ya analizado —que somete la facultad del acreedor de exigir la deuda o ejecutar la garantía a que se haya producido la muerte del prestatario o beneficiario—, el párrafo quinto legitima a los herederos del prestatario para cancelar el préstamo una vez fallecido el deudor hipotecario o, si así se hubiera estipulado en el contrato, acaecida la muerte del último de los beneficiarios. Aunque, como puede fácilmente apreciarse de su lectura, la redacción del precepto resulta algo deshilvanada, el sentido de la norma parece claro: el fallecimiento del deudor —o, en su caso, de los beneficiarios que éste hubiese designado— se contempla como la principal causa de cancelación del préstamo. Tal como ya se había adelantado, quedaría fuera del ámbito de aplicación de la normativa reguladora de la hipoteca inversa la posibilidad de pactar una garantía de este tipo por tiempo determinado que facultara al acreedor para exigir el reembolso del préstamo antes de la muerte del deudor, por lo que nuestra hipoteca inversa se identifica con la hipoteca vitalicia utilizada como figura más frecuente en el ámbito anglosajón, conocida como *lifetime mortgage* en el Reino Unido.

Tampoco se contempla como causa de extinción del préstamo la mudanza o traslado del deudor a otro domicilio, posibilidad ésta de práctica común en el mercado estadounidense para cancelar esta modalidad de hipoteca. En concreto, en Estados Unidos se entiende que se ha abandonado de forma permanente el domicilio cuando no se ha habitado en la casa durante doce

meses consecutivos. Por añadidura, también se considera causa para exigir la restitución del préstamo la falta de pago por el deudor de los impuestos sobre la propiedad o del seguro sobre el inmueble y el abandono en el cuidado del mismo, dado que el prestatario sigue siendo dueño de la finca y, como tal, sigue siendo responsable del abono de esos gastos y de evitar la ruina de su propiedad. En caso de imposibilidad para hacer frente a esos gastos, el prestatario puede conceder avances en metálico para cubrir los mismos.

En cuanto a la venta del inmueble, que también se considera causa de extinción en el mercado estadounidense, aunque no contemplada en el texto originario del Proyecto de Ley, fue introducida con posterioridad en el texto definitivo, por virtud de la correspondiente enmienda, como posibilidad que se concede al acreedor para declarar el vencimiento anticipado de la deuda, como después veremos.

## 2. CANCELACIÓN ANTICIPADA DE LA HIPOTECA POR EL DEUDOR

Evidentemente, el hecho de que la norma tan sólo se refiera al fallecimiento del prestatario como causa hábil para la reclamación del préstamo, y a las posibilidades de cancelación anticipada del mismo por parte del acreedor, no significa que la hipoteca no pueda cancelarse por el deudor con anterioridad a su muerte. Ahora bien, la cancelación anticipada de la hipoteca, en este caso, conllevará la consiguiente compensación a cargo del prestatario que se haya estipulado en el correspondiente contrato.

Parece refrendar esta interpretación el penúltimo inciso del precepto, que recalca la imposibilidad de que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación. En buena lógica, para una hipoteca de naturaleza vitalicia, caracterizada de suyo por tener como término final de referencia la vida de una persona, no era necesario especificar que la cancelación del préstamo por la muerte de ésta no otorga derecho al acreedor hipotecario para exigir compensación; no hay penalización simplemente porque no hay cancelación anticipada. De esta premisa podría extraerse que la referencia a la imposibilidad del acreedor para exigir compensación se señala específicamente en la norma para subrayar la viabilidad de que dicha cancelación anticipada pueda producirse en cualquier otro momento a instancias del deudor, debiéndose atender entonces el prestatario a la compensación correspondiente.

La apreciación sobra en cualquier caso, pues deberá atenderse aquí al régimen de la compensación por amortización anticipada que viene a regular también esta nueva Ley en su capítulo IV, admitiendo que ésta pueda producirse aunque no conste en el contrato dicha posibilidad y sometiendo a ciertos límites la cuantía de la compensación que se estipule contractualmente.

### 3. PLAZO PARA LA CANCELACIÓN DEL PRÉSTAMO POR LOS HEREDEROS

Otra cuestión que suscita este apartado quinto de la Disposición Adicional Primera de la Ley es la referente al plazo que se concede a los herederos del deudor para cancelar el préstamo. A este respecto, tan sólo dispone el precepto que los herederos podrán cancelar el préstamo en el plazo estipulado, abonando al acreedor la totalidad de los débitos vencidos con sus intereses.

Distintos grupos parlamentarios —el del Partido Popular y el de Esquerra Republicana, en concreto— entendieron que resultaba preciso conceder y señalar un plazo determinado para que los herederos pudieran cancelar el préstamo. A tal fin, se propuso fijar un plazo mínimo de dos años, contados desde el fallecimiento del deudor, para la cancelación del crédito, en lugar de lo previsto en la norma, pues la referencia al plazo estipulado en el contrato podría dar lugar a que la entidad financiera establezca en el clausulado de la hipoteca un plazo excesivamente corto para que los herederos reúnan el dinero con el que pagar la deuda pendiente y no perder la casa. Mejoraría sustancialmente la norma, sostenían los enmendantes, el hecho de la concesión de este plazo mínimo para que puedan los herederos, bien vender ellos mismos la casa, bien pedir otra hipoteca, o bien buscar otra solución para la devolución de la deuda. La enmienda, sin embargo, no fue atendida.

Compartimos con los enmendantes la apreciación de la mejora que hubiese supuesto sobre el texto legal la concesión de un plazo mínimo a los herederos para proceder a la cancelación del préstamo, máxime si el prestatario ha sobrevivido al plazo determinado por el cálculo actuarial y, por tanto, el endeudamiento es mayor del inicialmente esperado. La oportunidad, en este caso, que se concede a los herederos para saldar la deuda contando, por así decirlo, con un período de carencia de dos años en cuanto a la exigencia de pago, resulta beneficiosa tanto para ellos —teniendo más posibilidades para vender la casa de forma provechosa—, como para el acreedor, que puede evitar un proceso de ejecución nada deseable.

### 4. DECLARACIÓN DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PRÉSTAMO POR EL ACREEDOR

Entre las enmiendas formuladas a este apartado quinto de la norma que comentamos, se encontraban las que proponían regular el derecho del acreedor hipotecario al vencimiento anticipado de la deuda, enmiendas que en este caso, sí fueron atendidas. El Proyecto de Ley inicial, desdeñando los usos corrientes de esta figura en Estados Unidos, no contemplaba otra causa de extinción del préstamo que no fuera el fallecimiento del deudor y, en su caso, de los beneficiarios. Aunque también hemos admitido la posibilidad de que el deudor pueda requerir la cancelación anticipada del préstamo hipoteca-

rio, tal sucede en la práctica hipotecaria general y se deduce, *a contrario sensu*, del propio texto de la norma, a nada de esto se referían las distintas enmiendas formuladas sobre el precepto, pero sí a la posibilidad de que sea el acreedor quien se encuentre en el derecho de declarar el vencimiento anticipado del préstamo en el caso de que el deudor hipotecario proceda a la transmisión voluntaria del bien hipotecado. La justificación a esta enmienda tiene su sede en el carácter personalísimo de esta hipoteca, vinculada a circunstancias tales como la edad del titular; por ello, «la transmisión de la titularidad de la finca, que el Proyecto no somete a restricción alguna, debe, al menos, dar lugar al vencimiento anticipado del préstamo o crédito».

En este punto, debemos plantearnos si la posibilidad de permitir al acreedor exigir el vencimiento anticipado de la deuda, tropieza con la finalidad claramente protectora del sector concreto de la población a que esta regulación va dirigido. Esta medida, sin embargo, no casa mal con la exigencia legal de que la finca hipotecada constituya la vivienda habitual del prestatario. Así, la desaparición de esta cualidad en el inmueble hipotecado facultaría al acreedor para exigir el vencimiento anticipado del préstamo al deudor, pues no se cumple ya con los requisitos legales que hacen a esta hipoteca merecedora de mejor trato que las demás.

En este apartado resurgen algunas de las contradicciones de la norma apuntadas con anterioridad. Retomando la línea argumental anterior, la exigencia legal de que el inmueble hipotecado constituya la vivienda habitual del prestatario, podría traer como consecuencia lógica que la transmisión voluntaria de la finca provocara la exigencia por el acreedor de la devolución del préstamo, posibilidad esta, sin embargo, que no se contemplaba expresamente por la norma inicialmente proyectada. Debemos pensar que el silencio, en cuanto a la posibilidad del deudor de transmitir la propiedad del inmueble, no otorgaba derecho alguno al acreedor para exigir la satisfacción adelantada de su crédito, siendo éste el mecanismo de la hipoteca convencional. Ahora bien, ¿podría, por el contrario, interpretarse que la desaparición sobrevenida de uno de los requisitos legales para la constitución de la hipoteca inversa, podría acarrear dicho vencimiento anticipado del préstamo?

No parecía ser ésa, sin embargo, la ratio de la norma en su texto originario, especialmente si atendemos a la posibilidad de que el prestatario designe a algún beneficiario que, a tenor del texto legal, no necesariamente debe convivir con él o habitar en la vivienda hipotecada. Piénsese, por ejemplo, que resultaría absurdo que el traslado de domicilio del prestatario pudiera dar lugar al vencimiento anticipado del crédito, si se permite que el deudor pueda designar a algún beneficiario que no habita la vivienda hipotecada, debiendo en este caso el acreedor esperar al fallecimiento de éste para reclamar el préstamo. Idéntica interpretación podría deducirse de las enmiendas formuladas —y, finalmente, aceptadas— a este apartado cinco de la Dispo-

sición Primera del Proyecto de Ley; esto es, si resultaba necesario añadir a este apartado un párrafo que expresamente permitiera al acreedor declarar vencido anticipadamente el préstamo o crédito, es porque, de no incluirse esta precisión, entraría en juego la regla general de la libre transmisibilidad de la finca hipotecada.

De modo que el legislador preveía originariamente que, para que podamos hablar de hipoteca inversa, la finca hipotecada debe ser la vivienda habitual del prestatario, pero posibilitaba a éste, al mismo tiempo, la libre transmisión del inmueble. Por el contrario, del tenor de las distintas enmiendas formuladas al texto de la Disposición Adicional Primera se extrae que debe eliminarse el requisito de la vivienda habitual, pero permitirse, en cambio, que el acreedor pueda reclamar anticipadamente la devolución del préstamo en caso de transmisión voluntaria del bien hipotecado por el deudor. Se argumenta, a este respecto, que esto último sería consecuencia lógica del indudable carácter personalísimo del crédito, vinculado a circunstancias tales como la edad del titular.

La cuestión resulta, cuando menos, desconcertante. Con idénticos argumentos, dos grupos parlamentarios —Popular y Catalán— proponen la admisión de la declaración de vencimiento anticipado del crédito por el acreedor, si bien la postura que resulta más curiosa es la del Grupo Popular, que aboga por la eliminación del requisito de la vivienda habitual al mismo tiempo que entiende también permisible la declaración del vencimiento anticipado del préstamo por la entidad crediticia, provocando a un tiempo, en nuestra opinión, dos efectos claramente contrarios para el deudor: uno beneficioso —al concederle mayor campo de actuación objetivo en cuanto a la constitución de la hipoteca— y otro perjudicial, al impedirle la transmisión de la propiedad de su vivienda, so pena de serle exigido el pago anticipado de la deuda. La propuesta se entiende mejor si la finca hipotecada resulta no ser la vivienda habitual del prestatario.

Por su parte, aunque el Grupo Catalán no propone la completa eliminación del requisito de vivienda habitual, tan sólo permite que desaparezca esta cualidad cuando el prestatario alquile la vivienda, se traslade a vivir al domicilio de un familiar o ingrese en una residencia; con ello, los efectos de la transmisión voluntaria del inmueble son los mismos que en el caso anterior.

En buena lógica, pues, el legislador ha optado por mantener el requisito de la vivienda habitual —aunque se deje al margen el tema de los beneficiarios— y posibilitar la declaración de vencimiento anticipado del crédito por el acreedor. Cuestión distinta es si la aplicación de esta pura lógica resulta lo más adecuado para la finalidad perseguida por la norma.

Desde nuestro punto de vista, si de la mayor protección del colectivo de personas mayores o dependientes se trata, la concesión al acreedor de la facultad de declarar el vencimiento anticipado del crédito podría resultar desproporcionada, además de inusual e, incluso, innecesaria. La despropor-

ción resulta evidente si tomamos como punto de referencia el grado de protección que merecen los sujetos implicados; por una parte, el deudor, persona anciana o dependiente que hipoteca su vivienda para obtener rentabilidad con el fin de atender sus necesidades vitales, y, por otra, el acreedor, una entidad crediticia que concedió el préstamo sobre la base de cálculos actuariales y con el apoyo de una garantía hipotecaria. El carácter innecesario de la propuesta se deriva, precisamente, de la existencia de esta garantía, que, por lo general, permite al deudor hipotecario vender la finca hipotecada sin necesidad del consentimiento del acreedor, por cuanto la satisfacción del crédito sigue quedando garantizada por medio de la hipoteca que se transmite con la finca. Resulta, pues, inusual o impropio de la institución hipotecaria, la necesidad de coartar la libertad del deudor para transmitir la titularidad del inmueble, que cambia de propietario con su correspondiente gravamen real. Una cláusula de este tipo, incorporada a un contrato, sería considerada como abusiva (5), de ahí que deba ser el legislador quien lo autorice en este caso, por las circunstancias especiales que caracterizan esta modalidad de hipoteca.

No puede decirse, en verdad, que el hecho de que esta clase de préstamo se encuentre vinculado a la edad del titular impida la posibilidad de enajenar el inmueble, aunque cierto es que las dificultades que puede originar la venta no son pocas. Transmitida la finca a un tercero, el crédito sigue estando garantizado por la hipoteca que aún pesa sobre la misma hasta el momento del fallecimiento del deudor; y, a la muerte de éste, serán los herederos quienes tendrán que abonar el préstamo, pudiendo el acreedor, en caso de impago, proceder a la ejecución de la garantía hipotecaria. Derivar de esta situación el carácter personalísimo del préstamo parece excesivo, máxime si se piensa en que, en el caso de la hipoteca inversa, no es al deudor a quien corresponde el pago de rentas periódicas, como sucede en el supuesto de una hipoteca convencional, sino que es tan sólo a su fallecimiento cuando surge la obligación de abonar el préstamo en su conjunto. Siguiendo esta línea argumen-

---

(5) Explica BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., «Cláusulas de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de octubre de 2006», en *Ar. Civ.*, núm. 10, 2007, que los pactos limitativos de derechos, como el de no enajenar ni gravar la finca hipotecada sin permiso del acreedor, son supuestos que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros han considerado no inscribibles por infringir el principio de libertad de contratación que inspira la legislación civil, y tratarse de una limitación abusiva del derecho del dueño a disponer de sus bienes. En su opinión, estos pactos serán abusivos siempre que así lo declare la autoridad judicial en base al artículo 10 bis) de la LGDCU —actualmente, arts. 82 y sigs. del Texto Refundido de 16 de noviembre de 2007—, por lo que, en principio, y hasta que se dicte la sentencia de nulidad, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad. En estos supuestos, la cláusula sería nula, no por ir en contra de la libertad de contratación, ya que esos pactos son válidos cuando las cláusulas son negociadas, sino por ser una cláusula predispuesta la causante de una situación de desequilibrio entre las partes, en perjuicio del prestatario.

tal, parecida situación se daría en el supuesto de que el prestatario hubiese designado un beneficiario, y que éste sobreviva al deudor; en este caso, el acreedor debe continuar abonando las rentas al beneficiario, siendo ahora los herederos del prestatario quienes ocupan la posición del deudor primitivo.

Cuestión distinta será que resulte lo más conveniente para el deudor cancelar la hipoteca una vez transmitida la finca a un tercero, que será lo más normal; o, por otra parte, que ese tercero esté dispuesto o no a subrogarse en la deuda. Encontrar a un posible adquirente de la finca hipotecada que asuma, además del riesgo de impago por el deudor del préstamo hipotecario, el añadido de no saber con exactitud el momento del vencimiento del crédito, puede resultar tarea más que complicada.

En este sentido, justo es reconocer que la oportunidad de esta norma encuentra justificación en la mayor agilidad y seguridad del mercado hipotecario.

No obstante, junto a la inclusión de la posibilidad del vencimiento anticipado del préstamo por causa de la enajenación del inmueble, el legislador introdujo en el apartado quinto un último inciso que condicionaba esta posibilidad a la salvedad de que el deudor proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente. Esto podría tener lugar, por ejemplo, si el prestatario adquiere una nueva finca con el precio obtenido por la anterior, sustituyendo la primitiva garantía por otra hipoteca sobre la nueva propiedad. Pero, ¿y si el deudor no adquiere otro inmueble?; ¿qué garantía podría ofrecer que sea considerada de mayor suficiencia que la hipoteca inicial?

En definitiva, la finalidad protectora de la norma quizá hubiese aconsejado, por un lado, atender a la enmienda que proponía la eliminación del requisito de que el objeto de la hipoteca inversa esté constituido por la vivienda habitual del solicitante, y por otro, el rechazo de la que propuso la limitación —podríamos llamar— de la libertad del deudor para la transmisión de la finca hipotecada. Justo lo contrario de lo efectuado finalmente por el legislador.

En cualquier caso, debemos tener presente que la situación del acreedor que vea peligrar la suficiencia de su garantía es contemplada ya por la normativa vigente.

##### 5. ACCIÓN DE DEVASTACIÓN Y VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PRÉSTAMO, EX ARTÍCULO 1129.3.º DEL CÓDIGO CIVIL

Las lagunas, deficiencias o inconvenientes a que puede dar lugar la norma prevista por el legislador español para regular la hipoteca inversa habrían de ser cubiertas, en la medida de lo posible, con lo previsto en la normativa hipotecaria general; se hace uso, de este modo, de la llamada que el apartado

undécimo de la Disposición Adicional Primera de la Ley realiza a la legislación que en cada caso resulte aplicable en lo no previsto por la propia disposición y su normativa de desarrollo.

Así, prevé la legislación hipotecaria que el propietario hipotecante se encuentra obligado frente al acreedor hipotecario a conservar la finca hipotecada, atribuyendo a éste, frente al incumplimiento de aquél, la facultad de ejercitar la denominada acción de deterioro o devastación, recogida en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria. Este precepto se ocupa de las medidas que el acreedor hipotecario puede tomar en caso de que vea peligrar la suficiencia de su garantía, concediéndole la facultad de acudir a la autoridad judicial en los siguientes términos: «Cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de Primera Instancia del partido en que esté situada la finca que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitarlo o remediar el daño. Si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el Juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial».

La acción de devastación tiene por finalidad evitar que el deudor hipotecario abandone la finca y pueda resultar su valor insuficiente para hacer frente al pago de la deuda en el momento de la ejecución de la hipoteca. Ciertamente, este efecto, dado el distinto mecanismo de funcionamiento de la hipoteca inversa, no se daría, al menos en los mismos términos, en esta modalidad de garantía hipotecaria. No obstante, también en la hipoteca inversa la capacidad del acreedor de ver satisfecho su crédito puede quedar mermada en el caso de que, llegada la muerte del deudor o de los beneficiarios, el valor en venta de la finca no alcance para que los herederos puedan liquidar la totalidad del préstamo. Para que esto fuera así, el alcance del préstamo hipotecario no podría ir más allá del valor de la finca hipotecada, es decir, la responsabilidad por el crédito sería en todo caso real, nunca personal. Esta consideración nos llevaría a la previsión contenida en el apartado sexto de la Disposición Adicional Primera, cuya redacción ha sido objeto de ciertas enmiendas formuladas por distintos grupos parlamentarios, como veremos posteriormente.

En relación a esta cuestión, la dejación por el deudor de su obligación de conservar en buen estado su propiedad o, dicho en otros términos, de evitar su ruina, se encuentra, como ya hemos visto, entre las causas que en Estados Unidos pueden autorizar al acreedor a exigir el pago del préstamo. Esta medida, como sabemos, tampoco es ajena a nuestro ordenamiento. Así, junto a la acción de devastación, entre las medidas que concede el ordenamiento español al acreedor para la satisfacción de su derecho, el artículo 1.129 del Código Civil le permite dar por vencido anticipadamente el crédito cuando

no otorgue el deudor las garantías a que estuviese comprometido, o cuando, según su apartado tercero, «por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras». En consecuencia, el acreedor hipotecario podrá escoger, ante el deterioro de la garantía, entre el vencimiento anticipado de la obligación o las soluciones que la acción de devastación prevé. Sobre esta compatibilidad no parece que exista discrepancia doctrinal, por cuanto los artículos 117 de la Ley Hipotecaria y 219.2.º del Reglamento Hipotecario —que permite al juez declarar vencido el crédito— y el artículo 1129.3.º del Código Civil se mueven en órbitas distintas, y difícilmente pueda considerarse a aquéllos como normas especiales en relación con éste último (6).

No obstante, debe tenerse en cuenta que para que entre en aplicación el artículo 1129.3.º del Código Civil es necesario que la disminución de la garantía sea de cierta magnitud, en el sentido de que no sería suficiente, en opinión de la doctrina, el mero temor de que la garantía disminuya, dada la gravedad de la sanción impuesta, la excesiva amplitud y ambigüedad del concepto de temor y los mismos términos amplios en que viene concebida la disminución (7). En una hipoteca tradicional, la disminución se traduce en una reducción del valor aseguratorio, existiendo un componente de alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para otorgar el plazo por el acreedor. Dicha disminución puede deberse a causas materiales o jurídicas, negándose doctrinalmente que pueda suponer mengua de la garantía otorgada la enajenación de todo el inmueble a un tercero o la constitución de una hipoteca o una servidumbre sobre el inmueble anteriormente hipotecado (8). Pero, en cualquier caso, la opción por el vencimiento anticipado dependerá de las circunstancias en que se produzca la disminución, que llevarán al acreedor a sopesar las ventajas e inconvenientes de optar por ésta o por el ejercicio de la acción de devastación.

Como se ha dicho, en el caso de la hipoteca clásica, la disminución del valor aseguratorio se producirá por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta por el acreedor para determinar el plazo concedido al deudor para la satisfacción del crédito. En el supuesto de la hipoteca inversa, como sabemos, dicho plazo se torna incierto, al pender de la vida del prestatario —o beneficiario, en su caso—, por lo que la alteración de las circunstancias

---

(6) En este sentido, Díez-PICAZO, L., «El pago anticipado», en *RDM*, vol. XXVIII, núm. 73, julio-septiembre de 1959, págs. 77-78; MONTÉS PENADÉS, V., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO, T. XV, vol. 2.º, Madrid, 1983, pág. 141, y CLEMENTE MEORO, M., «El tercer poseedor de bienes hipotecados como tercero adquirente», en *RGD*, diciembre de 1992, pág. 118.

(7) MORENO QUESADA, B., «El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías», en *ADC*, 1971, pág. 448, y CLEMENTE MEORO, M., *op. cit.*, pág. 113.

(8) CLEMENTE MEORO, M., *op. cit.*, pág. 115.

inicialmente consideradas incidirá particularmente sobre el cálculo actuarial que se haya realizado sobre la longevidad del deudor en relación a la estimación del valor futuro de la finca. En este sentido, no podría descartarse que las circunstancias en las que se haya producido la enajenación de la finca permitieran autorizar al acreedor para dar por vencido anticipadamente el crédito. En cualquier caso, como hemos visto, esta posibilidad queda superada por la opción tomada por el legislador en la normativa reguladora de la hipoteca inversa.

Por otro lado, el efecto negativo que puede tener para el acreedor el abandono del cuidado de la finca, se vería agravado por la existencia de posibles beneficiarios que hubiesen sido designados por el prestatario, en el caso de que se hubiese estipulado en el contrato que tan sólo a la muerte del último de ellos puede el acreedor exigir la restitución del préstamo. Piénsese en que, una vez fallecido el deudor, la finca hipotecada quedara sin habitar porque ninguno de los beneficiarios la tuviera como vivienda habitual; el grado de cuidado sobre un inmueble sin habitar y del que no se es propietario es menor que el del propio dueño.

Como se ha señalado, la norma española no prevé la extinción del préstamo por traslado del deudor a distinto domicilio, ya venga éste constituido por una residencia de ancianos o por otra vivienda particular. De modo que puede suceder también que, aun disfrutando el deudor de la finca hipotecada como vivienda habitual inicial, tal como exige el apartado uno de la Disposición Adicional Primera, pierda después el inmueble esa cualidad porque el prestatario cambie de domicilio. Por tanto, perdería su sentido esta previsión legal si el incumplimiento posterior de dicha exigencia carece de efecto alguno. La desaparición de este inconveniente o contradicción pasaría por eliminar el requisito de que el inmueble objeto de la hipoteca inversa deba constituir la vivienda habitual del prestatario. Otra posibilidad sería permitir que el acreedor pueda exigir el pago del débito por abandono de su domicilio habitual por el deudor. Esta opción, sin embargo, no es, desde luego, la más acorde con la finalidad de la norma que comentamos, prevista para la mayor protección del colectivo de personas mayores.

Por tanto, tal como concluimos en apartados anteriores, hubiese sido oportuna la eliminación del requisito de la cualidad de vivienda habitual que se exige legalmente para poder constituir este tipo de hipoteca —en sentido estricto, regulada por esta Ley— sobre un inmueble del deudor. Esto nos lleva a la agravación, tal cual se ha señalado anteriormente, de la posibilidad de deterioro de la finca, lo que podría favorecer la aplicación en este caso de la acción de devastación. Quizá el problema pueda paliarse, en parte, limitando el número de posibles beneficiarios en razón del grado de parentesco o afectividad que los unen con el deudor prestatario. No obstante, en la realidad práctica, difícilmente pueda darse una hipoteca inversa constituida, por una

parte, sobre la vida de más de dos beneficiarios, o, por otra, en la que no exista relación de parentesco, vínculo conyugal o relación de afectividad análoga a ésta, entre prestatario y beneficiario. Tanto el mecanismo de esta figura —asumiendo riesgos sobre cálculos actuariales y sobre el valor de la finca y los intereses del préstamo—, como los requisitos subjetivos del deudor —persona mayor de sesenta y cinco años o con dependencia— y su finalidad hacen, al menos, bastante improbable, que se concierte una hipoteca de este tipo que perdiera la rentabilidad a que está destinada, bien para el deudor, o bien, sobre todo, para el acreedor; ya se cuidará bien éste de asegurarse su rédito.

## V. EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA DEUDA HIPOTECARIA

### 1. LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA DEUDA HIPOTECARIA A LOS BIENES DE LA HERENCIA

Tal como se ha adelantado en relación a la extinción del préstamo o crédito, añade el apartado sexto de la Disposición Adicional Primera de la Ley: «Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria».

La redacción de este apartado fue objeto nuevamente de la proposición de diversas enmiendas al texto inicial del Proyecto, al entenderse que la previsión por él contenida podía perjudicar de forma notable al colectivo de personas mayores. En concreto, se propuso sustituir el tenor literal del inciso referente al alcance de la responsabilidad sobre los bienes de la herencia, en los siguientes términos: «el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcance la garantía real de la deuda» —Grupo Popular—; o bien, «el acreedor no podrá reclamar a los herederos sobre otros elementos del patrimonio de éstos distintos a dicha vivienda», según propuesta del Grupo de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. Una tercera posición —defendida por Esquerra Republicana— consistía en eliminar completamente este apartado sexto de la Disposición Adicional Primera.

La justificación que se esgrimía por el Grupo Popular en apoyo de la enmienda era la siguiente: «Proponemos suprimir que se extienda la responsabilidad para el pago de la deuda contraída al resto de los bienes del deudor hipotecario, de forma que no se pueda abrir la posibilidad de que el acreedor reclame sobre otros bienes del deudor, pues esta regulación debe ser seme-

jante a lo que sucede en las hipotecas reales, en las que la deuda está cubierta con una garantía real y no es extensible al resto de los bienes del deudor, es más, esta garantía real es valorada anticipadamente por el acreedor y forma parte inherente del riesgo del negocio jurídico del crédito. Por tanto, no sería deseable extender la garantía sobre el resto de los bienes del deudor, sobre todo cuando sus herederos no tienen control sobre la “ejecución” de la garantía, en este caso la vivienda».

No parece, a nuestro juicio, que la justificación de la enmienda se encuentre bien argumentada. Si reflexionamos sobre la cuestión partiendo de la base del principio general de que el heredero sucede al causante en sus derechos y obligaciones, el apartado sexto lo que hace, en verdad, es poner límite a la responsabilidad universal del deudor, que preconiza el artículo 1.911 del Código Civil. A este respecto, establece el artículo 105 de la Ley Hipotecaria: «La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil». Esto es lo que provoca que, constituida la garantía hipotecaria, el acreedor disponga de dos clases de acciones: la acción personal contra el deudor en caso de incumplimiento, conforme al artículo 1.911 del Código Civil, y la real contra la finca hipotecada. No obstante, cabe en nuestro ordenamiento, por virtud del artículo 140 de la Ley Hipotecaria, pactar la limitación de la responsabilidad personal al importe de los bienes hipotecados, pacto, por lo demás, de uso no frecuente.

De no existir, por tanto, este apartado de la Disposición —y en ausencia de hipoteca de responsabilidad limitada—, los herederos del prestatario tendrían que responder con sus bienes de las deudas del causante más allá de los bienes de la herencia. Lo previsto por el precepto viene a funcionar, en realidad, como una especie de aceptación de la herencia a beneficio de inventario, de carácter legal y para el concreto supuesto de una deuda hipotecaria de esta naturaleza.

No puede, por tanto, justificarse la enmienda con apoyo en el régimen general de la institución hipotecaria convencional argumentando la responsabilidad exclusivamente real que deriva de la garantía hipotecaria, pues, como es sabido, el deudor hipotecario responde con todos sus bienes del pago de la deuda, no sólo con el inmueble hipotecado. La única explicación posible que podemos encontrar a esta apreciación es que los enmendantes se estén refiriendo al proceso de ejecución hipotecario, en el que tan sólo es posible la exigencia al deudor de la devolución del préstamo con el límite del valor del bien hipotecado, debiéndose acudir al procedimiento ejecutivo ordinario para exigir, en su caso, el resto de la deuda que quede por pagar. En cualquier otro caso, el texto justificativo de la enmienda carece de base legal, por cuanto la responsabilidad real de la hipoteca se predica respecto del tercer

poseedor —que, como se suele decir, responde pero no debe—, no ostentando esta condición, obviamente, los herederos del deudor.

Por tales razonamientos, la completa supresión del apartado sexto, que se proponía en otra de las enmiendas, daría como resultado la entrada en aplicación de la regla general de la responsabilidad del deudor, en este caso de los herederos del deudor causante. Piénsese en que ésta sería, indudablemente, la peor solución para la protección del prestatario, en cuanto se podría ver presionado, de alguna manera, por sus herederos para no concertar este tipo de hipoteca.

Ahora bien, desde otra perspectiva, no cabe duda de que la previsión contenida en las enmiendas sobre la posibilidad de que el acreedor pueda ejercitar su derecho de cobro del crédito sólo hasta donde alcance la garantía real de la deuda, es la que favorece en mayor medida al prestatario. De hecho, la modificación, aun rechazada inicialmente en el Congreso, fue admitida en el Senado, aunque fuera suprimida finalmente en el texto definitivo posteriormente aprobado por el Congreso.

No obstante, la opción que se proponía hace que aumente el riesgo del negocio para el acreedor —siguiendo nuestra postura sobre el concepto de hipoteca inversa vitalicia antes analizado—, pues, en el caso de que el deudor viva más de lo esperado y se distorsionen los cálculos actuariales realizados en relación al valor del inmueble, el montante de lo adeudado podría superar el valor de la finca hipotecada. Ésta es, sin embargo, característica propia de las hipotecas inversas en Estados Unidos, en las que se prevé que el prestatario nunca va a deber más que el valor del inmueble hipotecado al momento de la devolución del préstamo. Por esta razón, se dice que las hipotecas inversas son generalmente *nonrecourse loans*, lo que significa que para satisfacer su crédito, el acreedor no tiene más recurso que la casa del deudor, pues no puede agredir el resto del patrimonio de éste, ni sus rentas, ni otras propiedades, ni a sus herederos (9).

Parecidas consideraciones cabe realizar respecto del texto que se pretendía enmendar —el del apartado sexto de la Disposición Adicional Primera— en cuanto, al restringirse por éste la responsabilidad de los herederos por la deuda a los bienes de la herencia, el acreedor podría verse privado de cobrar el crédito en su totalidad, al no disponer la herencia de caudal suficiente para que los herederos puedan hacer frente al pago total del crédito. Piénsese que, en muchas ocasiones, el patrimonio hereditario se reducirá a poco más que el capital inmobiliario que suponía para el causante la vivienda familiar; es

---

(9) De ahí la importancia que la obligación de concertar un seguro de renta vitalicia ha adquirido en Estados Unidos como medio de eliminar el riesgo de que el prestatario viva más de lo esperado. Si esto sucede, el seguro cubre el riesgo, incluso si el montante del crédito más los intereses devengados exceden del valor real de la finca y el préstamo sea *non recourse*, HAMMOND, C. V., *op. cit.*, pág. 184.

más, téngase en cuenta que fue precisamente ésa la causa de concertarse la hipoteca inversa, que permite al prestatario, que sólo dispone de un capital inmobiliario, adquirir liquidez para la mejor atención de sus necesidades.

Podría decirse, no obstante, que la previsión legal apuesta por una «solución intermedia» para el conflicto de intereses que afronta. Así, por una parte, ofrece al prestatario que concierta una hipoteca inversa, mayor protección de la que se derivaría de una hipoteca convencional y, por otra, no eleva esa protección hasta el punto de restringir la responsabilidad de los herederos del deudor al valor de la finca hipotecada, eludiendo, de este modo, los efectos negativos que de ello se derivarían, tanto para el acreedor, como para el eventual prestatario, que vería coartadas sus posibilidades de concertar una hipoteca de este tipo.

En definitiva, si se hubiese atendido a la enmienda que apostaba por la máxima restricción del ámbito de la garantía hipotecaria —ciñéndolo al valor de la finca—, la «hiperprotección» que se pretende dar a la persona anciana puede volverse en su contra, imposibilitándola para concertar una hipoteca que podría, en muchos casos, no aparecer como un buen negocio para las entidades crediticias. La opción intermedia puede ser, pues, la más acertada.

En este punto, debemos volver al apartado VIII del Preámbulo de la Ley 41/2007, que, definiendo la hipoteca inversa, disponía la posibilidad de que el prestatario dejara de recibir las rentas en el caso de que viviera más de lo calculado y se sobrepasara el importe máximo del crédito concedido. Como ya adelantamos, esta concepción de la hipoteca inversa no parecía acorde con lo preceptuado por la Disposición Adicional Primera interpretada en su conjunto. Y, así, ya en concreto, esta definición genérica de la hipoteca inversa no se compadece bien con las previsiones sobre limitación de la responsabilidad hipotecaria recogidas expresamente en el apartado sexto de la citada Disposición, por cuanto, si queda eliminada la posibilidad de un patrimonio negativo para la entidad crediticia, no sería necesario limitar la responsabilidad del pago de la deuda, pues ésta siempre quedaría circunscrita al montante del préstamo calculado sobre el valor de la finca.

No obstante, queda la posibilidad de pensar que dicha limitación está ideada para el caso de que se generaran cuantiosos intereses una vez superado el límite máximo estipulado, después de dejar de pagarse la renta y hasta el fallecimiento del prestatario. En este supuesto, la posibilidad de existencia de un patrimonio negativo no quedaría totalmente eliminada, aunque sí fuertemente reducida. Aunque debe también tenerse en cuenta, a estos efectos, que, atendiendo a la citada definición, dicho importe máximo viene determinado por un porcentaje del valor de tasación de la finca en el momento de la constitución, por lo que debe pensarse que siempre existirá cierto margen entre el importe calculado sobre dicho porcentaje y el valor de la finca en el momento de la reclamación del préstamo.

2. LA EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA A LOS INTERESES DE LA DEUDA: LA EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 114.2 DE LA LEY HIPOTECARIA

La «solución intermedia» inicialmente prevista —y finalmente adoptada— debía parecerle idónea al Grupo catalán, que aunque propuso una enmienda al apartado sexto de la Disposición Adicional Primera, tan sólo se refería a la necesidad de excluir la aplicación del artículo 114.2 de la Ley Hipotecaria, relativo a la extensión de la hipoteca a los intereses de la deuda, pareciéndole, por tanto, oportuna la limitación de responsabilidad a los bienes de la herencia que preconizaba la norma proyectada. En atención a esa enmienda, se añadió ese segundo inciso del apartado sexto en el texto de la definitiva Ley.

Esta enmienda, relativa al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, también fue formulada por el Grupo Popular con idéntica justificación y los mismos términos esgrimidos por el Grupo catalán. Se sostiene que, dadas las particulares características de la hipoteca inversa, en la que no existe reembolso del capital ni pago de intereses por el deudor hipotecario, y la deuda sólo es exigible al fallecimiento del mismo, no está justificada en este caso la limitación legal de cinco años de cobertura hipotecaria para los intereses.

Según se desprende de la propuesta, parece que vuelve a confundirse aquí el papel que juegan los herederos en el negocio hipotecario. El artículo 114 de la Ley Hipotecaria regula la extensión de la garantía a los intereses del crédito con respecto de terceros, quedando, como se ha aclarado anteriormente, los herederos del deudor excluidos de la consideración de terceros, en tanto sucesores en la posición del causante, deudor hipotecario. Por tanto, en un apartado que se refiere al pago por los herederos de la deuda hipotecaria, una vez fallecido el prestatario, no puede haber una llamada a la exclusión del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, por cuanto este precepto no resulta de aplicación en ningún caso. Verdaderamente, tal como se argumenta en la justificación, los herederos responderán de la totalidad de los intereses de la deuda; pero esto será así, no porque exista pacto al respecto, sino porque en ellos recae la condición de deudores. Si se entendiera aplicable aquí el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, debería interpretarse que, salvo pacto en contrario, los herederos sólo responderían de los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente; por su parte, la enmienda daría lugar a la posibilidad de que el pacto en contrario abarcara a todos los intereses vencidos, sin que existiera el límite de los cinco años que, como máximo, permite el párrafo segundo del artículo 114 de esta Ley.

Otra cosa sería que la finca se hubiese transmitido a un tercero, posibilidad que, como hemos visto, fue descartada expresamente —so pena de cancelación anticipada— mediante la introducción de una enmienda en la norma inicialmente proyectada. Hemos interpretado que el silencio de la norma originaria al respecto respaldaba el principio general de la libre dis-

ponibilidad de la finca por el deudor hipotecario, principio que, en virtud de ciertas enmiendas, debía verse limitado en el sentido de permitir la declaración de vencimiento anticipado del crédito por parte del acreedor. Pues bien, atendiendo al Proyecto, en el caso de que el deudor procediera a la enajenación de la finca hipotecada, el fallecimiento del prestatario daría lugar a la reclamación del crédito a los herederos del deudor, que podrían decidir no reembolsar los débitos vencidos. Es en este caso cuando aparece el tercer poseedor de la finca hipotecada, a quien el acreedor podrá reclamar la deuda con el límite de intereses a que se refiere el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, siguiendo el esquema de la hipoteca convencional.

En el caso de la hipoteca convencional, los sucesivos impagos habrán provocado la ejecución, continuando el crédito devengando intereses hasta que la misma tenga lugar. En cambio, en el supuesto de la hipoteca inversa, el fallecimiento del deudor dará derecho al acreedor a reclamar los débitos vencidos con sus correspondientes intereses, de modo que, al momento de la ejecución, el acreedor tendrá derecho a exigir los débitos e intereses que hasta ese momento se hayan devengado, por cuanto no se ha entregado un capital en préstamo, sino que éste ha consistido en la entrega de cantidades periódicas, con sus respectivos intereses, hasta que ha acaecido la muerte del prestatario.

En definitiva, la limitación a los intereses respecto de terceros tan sólo tendría sentido si consideráramos que, entre el momento del fallecimiento y el de la reclamación, han transcurrido más de las dos anualidades a las que el artículo 114 de la Ley Hipotecaria extiende la garantía hipotecaria en perjuicio de tercero. Se trataría, por tanto, de expandir el significado de este precepto, adaptándolo a las peculiaridades de la hipoteca inversa, en la que no existen, al menos por lo general, los conceptos de capital prestado e intereses devengados. De este modo, el tercero respondería de todos los débitos vencidos, y de sus intereses hasta un máximo de dos anualidades más la parte vencida de la anualidad corriente, salvo en el caso de que se haya pactado que el tercero responda por todos los intereses vencidos. Claro que debe tenerse en cuenta que, desde el momento del fallecimiento del deudor, el acreedor dejará de abonar las prestaciones y, por tanto, debe precisarse sobre qué concepto se devengarán entonces los intereses.

Otra posibilidad de que entrara en juego esta limitación respecto de los intereses sería aceptar la concepción de hipoteca inversa que aparece reflejada en el apartado VIII del Preámbulo de la Ley 41/2007, que, como vimos, permite al acreedor dejar de abonar la renta al deudor si éste vive más tiempo del esperado y se supera el importe máximo del crédito concedido. En este supuesto, entraría de lleno en aplicación esta previsión referente a los intereses devengados, en cuanto, como dispone el Preámbulo, una vez alcanzado el importe máximo previsto, el mayor o dependiente deja de percibir la renta y la deuda sigue generando intereses. Para que todos los intereses devengados

queden cubiertos por la garantía hipotecaria, será necesario haberlo pactado así en el momento de la constitución de la garantía; de lo contrario, entraría en juego la limitación respecto de los intereses exigibles prevista por el primer párrafo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria (últimos dos años más la parte vencida de la anualidad corriente).

Esta enmienda que comentamos resulta, asimismo, curiosa porque los mismos grupos parlamentarios que la formulan, defienden también la que permite al acreedor declarar el vencimiento anticipado de la deuda por la transmisión de la finca hipotecada por el deudor. De modo que, con la Ley Hipotecaria en la mano —aplicación del art. 114 para el caso de existencia de terceros—, la limitación de intereses tan sólo tendría lugar si el acreedor decide renunciar a esta facultad y no declara vencido el préstamo una vez enajenada la finca a un tercero.

A pesar de estas consideraciones, la enmienda fue aceptada y, definitivamente, se excluyó en este precepto la aplicación del apartado segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria. ¿Debe interpretarse, por tanto, que, salvo pacto en contrario, la hipoteca no asegurará, con perjuicio de los herederos —que no terceros—, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente?; ¿y que, en caso de existir pacto, no existe límite temporal alguno en cuanto a la exigencia de los intereses de la deuda, calculados como se haya acordado?

Distintas observaciones pueden realizarse en el caso de que el negocio se haya concertado sobre la entrega al deudor de una prestación única en el momento de constituirse la hipoteca inversa, tal como permite el apartado 1.b) de la Disposición Adicional Primera de la Ley. La entrega inmediata del capital prestado haría reducir, como ya apuntamos, las diferencias entre la hipoteca inversa y la hipoteca convencional. Así, la entrega inicial del capital iría devengando los intereses estipulados, calculados según los correspondientes índices, no sólo hasta la muerte del prestatario, sino en tanto el préstamo no haya sido devuelto por los herederos. Claro que esto tampoco justifica la llamada al artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

## VI. PREVISIONES DE CARÁCTER ECONÓMICO Y FISCAL

La contratación de la hipoteca inversa ha venido a ser contemplada por nuestro ordenamiento con la finalidad de ofrecer a las personas de avanzada edad un nuevo instrumento financiero para atender a sus necesidades. Para ello la regulación de esta figura se orienta a conceder beneficios fiscales a sus beneficiarios, haciéndola de mejor trato que una hipoteca convencional. Esta finalidad fue la única observada por la Proposición de Ley presentada por el Grupo Catalán en el Congreso en noviembre de 2005 —finalmente retira-

da—, que no recogía otra cosa que no fuera estos beneficios fiscales, sin entrar de lleno en la regulación de los requisitos de esta figura.

La Ley que se ha aprobado comienza, sin embargo, por tratar de perfilar una nueva modalidad de hipoteca, para concederle después los beneficios fiscales que deben hacer de esta figura un instrumento jurídico adecuado para el objetivo perseguido. De ello se ocupan los apartados siete, ocho y nueve de la Disposición Adicional Primera de la Ley, que tratan de potenciar la utilización futura de la hipoteca inversa, dado su carácter de vehículo de protección de las personas mayores o dependientes.

En concreto, en virtud del apartado séptimo, «Estarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas que documenten las operaciones de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación».

El apartado octavo reza del siguiente modo: «Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los “Documentos sin cuantía” previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios».

Y el noveno dispone: «Para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, “Inscripciones”, del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por 100».

La Ley prevé, pues, distintos mecanismos de exención o reducción de impuestos para el constituyente de la hipoteca inversa, aunque no realiza previsiones sobre el impuesto de la Renta de las Personas Físicas, tal como hacía la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán y posteriormente retirada, que introducía modificaciones en esa Ley relativas a la reducción de la base imponible por constitución de préstamos o créditos hipotecarios para asistir a las necesidades económicas de la vejez y la dependencia.

No obstante, debe tenerse en cuenta, a los efectos que aquí comentamos, que la hipoteca inversa cuenta con ciertas ventajas en el ámbito tributario de las que carecen otras figuras de perfiles similares. Así, al no constituir transmisión patrimonial alguna, no queda sujeta, al contrario de lo que sucede en el caso del contrato de renta vitalicia, al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Por otra parte, la hipoteca inversa también se beneficia de la reducción de los porcentajes que se pueden cobrar por cancelación anticipada, que la nueva Ley 41/2007 limita al 0,25 por 100 del capital, para amortizaciones totales o parciales, si la cancelación se produce pasados los primeros cinco años de vida del crédito o préstamo.

Finalmente, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley se ocupa del aseguramiento de rentas futuras por la constitución de una hipoteca inversa, para el caso de que se destinen las prestaciones periódicas que pueda obtener el beneficiario, total o parcialmente, a la contratación de un plan de previsión asegurado, realizando modificaciones en el artículo 51.3 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el sentido de asimilar a la contingencia de jubilación prevista en la letra *b*) de dicho precepto, la situación de supervivencia del tomador una vez transcurridos diez años desde el abono de la primera prima de dicho plan de previsión asegurado.

## VII. REFLEXIONES FINALES

Recuerda el Preámbulo de la Ley 41/2007, que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, dispuso, en su Disposición Adicional Séptima, que el Gobierno, en el plazo de seis meses, promovería las modificaciones legislativas que procedan para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia, y que, con el fin de facilitar la cofinanciación por los beneficiarios de los servicios que se establecen en la ley, se instaría la regulación del tratamiento fiscal de los instrumentos privados de cobertura de la dependencia.

A tal fin, siendo consciente el legislador, tal como también dispone el Preámbulo de la Ley 41/2007, de que hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de los países desarrollados —la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida—, se introduce en esta Ley la regulación de la hipoteca inversa.

Indudablemente, el refrendo legal de la hipoteca inversa en nuestro ordenamiento resulta sumamente plausible, máxime cuando, en estos últimos años, este producto había empezado a comercializarse por algunas entidades bancarias (10). El respaldo legal de esta figura se revelaba como altamente recomendable, si no necesario, dado el colectivo especialmente vulnerable al que esta modalidad hipotecaria va dirigida.

Nos queda ahora reflexionar si, realmente, la hipoteca inversa puede ser una solución idónea a los problemas de falta de liquidez de las personas

---

(10) Puede decirse que son pocas las entidades que ofertan este producto, teniendo en cuenta que son más de cuatrocientas las entidades financieras que operan en España. La mayoría de las entidades que ofrecen la contratación de hipotecas inversas o figuras afines son Cajas de Ahorro, como Caixa Terrassa (con el nombre de Pensión Hipotecaria), Caixa Galicia, Ibercaja, Caja Navarra, La Caixa, Caixa Girona, Caixa Sabadell, etc.).

mayores, convirtiéndose en un modelo válido como instrumento para la cobertura privada de las situaciones de dependencia, y si su tratamiento legal ha sido, por medio de esta Ley, el más conveniente.

Tal como se indicaba al inicio de estas páginas, la realidad social española viene mostrando que es elevado el número de personas mayores que llega a un estado de dependencia, situación que requiere de ciertas atenciones que muchas personas ancianas deben afrontar sin disponer de medios económicos suficientes. En estos últimos años, esta realidad se ha visto acompañada de un importante incremento del valor de los bienes inmuebles; y, a pesar de que esta circunstancia ha supuesto un aumento del esfuerzo que debe realizarse para adquirir la vivienda habitual, también ha representado una intensa revalorización de los activos inmobiliarios.

Es también una realidad palpable que muchas personas mayores tienen la mayor parte de su patrimonio en capital inmobiliario —el 81 por 100 de las familias españolas tiene una vivienda en propiedad, de las que el 92 por 100 son mayores de sesenta y cinco años—, en el que han ido invirtiendo la mayoría de los ahorros conseguidos a lo largo de su vida laboral. Y, aunque la propiedad de la vivienda habitual no produce, directamente, rentas que puedan ayudar a subvenir las necesidades económicas de las personas mayores, sí puede convertirse, por medio de los mecanismos jurídicos y económicos adecuados, en un importante activo que alivie los imponderables económicos derivados de la ancianidad o la dependencia.

La reflexión sobre estos datos o circunstancias es lo que llevó a algunas entidades bancarias a lanzar al mercado nuevos productos crediticios dirigidos especialmente a las personas mayores que ostentan la propiedad de un inmueble. Entre estos nuevos productos crediticios se encuentra la hipoteca inversa, figura que intenta trasladarse, como sabemos, a nuestros mercados, importada del ámbito anglosajón.

Según hemos tenido oportunidad de comprobar, la hipoteca inversa ofrece indudables ventajas económicas a las personas de avanzada edad o dependientes, lo que no puede ocultar los inconvenientes que la introducción de una figura de sus características en nuestros mercados supone.

Entre las bondades que se predicen de la hipoteca inversa se ha apuntado el hecho de que, a diferencia de otros productos financieros —como la renta vitalicia o vivienda pensión—, este nuevo instrumento permite, además de aportar liquidez al patrimonio inmobiliario, mantener la propiedad de la vivienda y materializar la revalorización del inmueble, sin perjudicar a la persona en situación de dependencia y sin lesionar tampoco las expectativas de los herederos.

En el ámbito más estrictamente hipotecario, tomando como referencia el modelo de la hipoteca clásica o convencional, la hipoteca inversa ofrece ciertas ventajas sobre aquélla. Así, en el esquema de la hipoteca inversa

no existe la obligación de realizar pagos periódicos a cargo del deudor, ni tiene éste que reembolsar la deuda antes de su muerte; el deudor cuenta con la salvaguardia de una renta periódica segura y la garantía, según la nueva normativa, de que el montante de la deuda exigible a los herederos nunca puede superar el valor de los bienes de la herencia. Claro que, por estas razones, la hipoteca inversa es un producto financiero de más alto coste que una hipoteca ordinaria.

A pesar de todas estas ventajas, puede decirse que la hipoteca inversa no ha alcanzado demasiado éxito, al menos no el éxito esperado, lo que puede desprenderse de las cifras del mercado hipotecario en los países donde nació. Así, según datos extraídos del Informe del Presidente del Grupo Estadístico de la Federación Hipotecaria Europea, aunque las hipotecas vitalicias mostraron un aumento de la popularidad durante 2003, esto fue debido a la combinación de un aumento de los precios de la vivienda y el descenso de los tipos de interés. En términos absolutos, sin embargo, existe un número muy limitado de operaciones. En el Reino Unido se formalizaron 26.000 nuevos préstamos en 2004, mientras que en Estados Unidos no superaron los 35.000. «El aumento del número de garantías —señala el Informe—, consejos de expertos externos, garantías contra un patrimonio negativo y la aplicación de tipos fijos en el caso particular del Reino Unido, han aliviado algunas de las reticencias que surgieron a raíz de las dificultades de los primeros prestatarios. Sin embargo, todavía existen numerosos obstáculos culturales que explican en parte, por qué esta clase de préstamos aún no se ha desarrollado en la Europa Continental».

No contamos con datos oficiales sobre el número de hipotecas inversas que existen en España, pero se calcula que, según fuentes del sector, hay sólo unos pocos miles (11). Sostiene Claude TAFFIN en su citado Informe, que los hogares europeos muestran diferentes grados de propensión al endeudamiento, en su mayoría inferior al de los británicos y estadounidenses, tal vez por razones culturales, aunque no se pueda obviar la importancia del sistema fiscal que, al menos en Estados Unidos, fomenta poderosamente el crédito hipotecario. En Francia, por ejemplo, se considera como una espada de Damocles, una amenaza permanente para el ansiado estatus de propietario de vivienda; el crédito al consumo mediante préstamos hipotecarios no existe en todos los países, mientras resulta habitual en los de habla inglesa, incluso entre las personas de mayor edad. Las diferencias en las actitudes y prácticas, sostiene el Presidente del Grupo Estadístico de la Federación Hipotecaria Europea, parecen constituir un argumento más sólido para explicar la inexistencia de hipotecas vitalicias en Francia que la vinculación a la vivienda y el

---

(11) PASCUAL, R., *Hacia menos herencias y más rentas vitalicias*, cincodias.com, 13 de julio de 2007.

deseo de transmitirla hereditariamente, rasgos que parecen observarse igualmente en los países de habla inglesa.

Sin embargo, parece ser cierto que el peso del deseo de transmisión hereditaria a los hijos es muy fuerte en los españoles, en cuanto se eleva al 90 por 100 el porcentaje de los que piensan dejar su vivienda en herencia a sus hijos o familiares (12). Pero, como apunta Claude TAFFIN, debe tenerse en cuenta que la edad de fallecimiento hoy es tan elevada, que resta considerable valor al beneficio de la transmisión física del inmueble a unos herederos directos que ya poseen una vivienda. Por el contrario, una de las ventajas de la hipoteca vitalicia es que ofrece a los prestatarios la posibilidad de prestar ayuda económica a sus hijos, nietos y otros parientes, siendo éste, precisamente, uno de los destinos de los fondos citado por cada cuatro prestatarios del Reino Unido.

En este sentido, puede decirse, según aseguran J. COSTA FONT, J. GIL-TRAFI y O. MARCARILLA MIRÓ, en el trabajo «Capacidad de la vivienda en propiedad como instrumento de financiación de las personas mayores en España», que la mentalidad española de «fuerte cultura de la herencia» está cambiando. Los autores de este estudio señalan que la mitad de los que ya tienen sesenta y cinco años aseguran que nunca contratarían una hipoteca inversa, mientras que este porcentaje desciende al 38 por 100 en el caso de los que tienen entre cincuenta y sesenta y cuatro años. De esta forma, aunque entre los que están más próximos a la jubilación aumenta la tolerancia a este tipo de instrumentos financieros, la mayoría (37 por 100) sólo suscribiría una hipoteca inversa en caso de necesidad económica y sólo un 2 por 100 lo haría para mejorar su calidad de vida. Por tanto, prácticamente la mitad de la población sí contrataría «si fuera necesario» una hipoteca inversa con un seguro que convirtiera la renta en vitalicia (13).

El nacimiento de la hipoteca inversa se ha visto favorecido por una conjuntura específica, en la que concurren diversos elementos: el aumento de la esperanza de vida, el cambio en las estructuras familiares y sociales de apoyo a la familia, la disminución del poder adquisitivo de los pensionistas y, especialmente en el caso español, el elevado porcentaje de personas mayores propietarias de viviendas en nuestro país. A pesar, sin embargo, de este contexto favorable, este nuevo modelo de financiación no ha obtenido hasta

---

(12) En opinión de PASCUAL, R., *op. cit.*, los españoles podrían constituir la excepción necesaria para confirmar la «teoría del ciclo vital», elaborada por el premio Nobel de Economía, Franco Modigliani, según la cual: las personas racionales no planean dejar herencias y sí pretenden mantener el nivel de consumo a lo largo de toda la vida. Para ello, el ahorro que acumulan durante los años de su vida activa lo dedican a consumir durante los años de jubilación.

(13) J. COSTA FONT, J. GIL-TRAFI y O. MARCARILLA MIRÓ, en el trabajo: *Capacidad de la vivienda en propiedad como instrumento de financiación de las personas mayores en España*, Premio Edad & Vida, 2005. CAEPS, Universidad de Barcelona.

la fecha demasiado éxito, situación a la que contribuyen también diversos ingredientes, entre los que cabe destacar, no sólo la cultura de la herencia, sino el desconocimiento o la falta de información y los elevados costes tributarios, gastos notariales y registrales que la hipoteca inversa supone para el prestatario.

Algunos de estos inconvenientes han ido salvándose en los países anglosajones donde tuvo su origen esta figura, provocando un aumento de la contratación de hipotecas de este tipo en los últimos años. Así, nacida en el Reino Unido en los años sesenta, la hipoteca inversa cayó en desuso a finales de los ochenta, como consecuencia del aumento de los tipos de interés y la caída de los valores inmobiliarios, que dieron lugar a patrimonios negativos, provocando la venta del bien en ausencia de una garantía contra el patrimonio negativo y prácticas que fomentaron una mala reputación del producto. El posterior crecimiento en su comercialización estuvo vinculado al establecimiento por parte de los principales prestamistas de un código de buenas prácticas, como ya indicamos páginas atrás, a lo que hay que sumar el hecho de que la Autoridad de Servicios Financieros tomara responsabilidades respecto de la regulación de las hipotecas inversas. En este contexto, las hipotecas vitalicias aumentaron notablemente entre 2003 y 2005, estimándose en 83.000 los préstamos existentes a finales de 2004. De hecho, según reza el estudio de J. COSTA FONT, J. GIL-TRASFI y O. MARCARILLA MIRÓ, la hipoteca inversa representa un producto con cierta implantación por parte de residentes británicos jubilados que viven en España, en especial en la Costa del Sol.

La evolución del uso de la hipoteca inversa en Estados Unidos ha sido muy similar a la del mercado británico, propiciada por la intervención del Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano y la implantación de los préstamos federales (distribuidos por cualquier entidad de crédito autorizada por la *Federal Housing Administration*), con un seguro contra los riesgos financiados a través de *premiums* pagados por los prestatarios, según ya vimos; posteriormente, la supervisión del Estado Federal y la sujeción a la evaluación de la operación por parte de un experto externo antes de la firma del contrato vinieron también a solucionar las reticencias de muchas entidades para la comercialización de un producto complejo, dirigido a un colectivo tan vulnerable como el de las personas mayores.

En definitiva, de lo que se trata ahora, con la entrada en vigor de la nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa en nuestro país, es de ofrecer el andamiaje jurídico necesario para que esta institución goce en España de buena salud, de cara a cumplir con las expectativas que en torno a la misma se han suscitado, esto es, de convertirse en instrumento apto para ayudar a subvenir las necesidades vitales de la población anciana.

Al margen del ámbito jurídico, los inconvenientes de carácter social que se han señalado a la expansión de la hipoteca inversa deben limarse con el

transcurso de los años. Así, con el paso del tiempo, se irán superando los obstáculos culturales a que se ha hecho referencia, que no favorecen el desarrollo de la hipoteca inversa en España.

No obstante, cierto es que la superación de estas contrariedades será más ágil si viene ayudada de una normativa *ad hoc* que contribuya a incentivar la contratación de la hipoteca inversa por medio de cauces jurídicos oportunos. Así, a nuestro juicio, esta figura podría convertirse en un instrumento válido de autofinanciación de la dependencia, siempre que concurren, de forma especial, dos ingredientes que entendemos básicos: la adopción de unas medidas fiscales favorables a su implantación y la existencia de información específica, clara y segura sobre este producto financiero.

Por medio de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, el legislador español ha comenzado a disponer los medios necesarios para fomentar la utilización futura de esta modalidad de hipoteca, aunque no pueda obviarse que la nueva normativa adolece de algunas deficiencias.

Como datos positivos de la nueva regulación deben señalarse la limitación en cuanto a la responsabilidad de la deuda hipotecaria a los bienes de la herencia, y los beneficios fiscales que concede a su contratación, aunque éstos no hayan tenido el alcance que formulaba la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Catalán. Entre las notas negativas de la normativa cabría destacar la restricción del objeto de la hipoteca a la vivienda habitual del prestatario —a los efectos de serle de aplicación los beneficios previstos por la nueva norma—, la no extensión de su ámbito subjetivo a cualquier situación de dependencia —al ceñirse éste a las situaciones de dependencia severa o gran dependencia— y algunas deficiencias técnicas de la misma que se han puesto de manifiesto a lo largo de estas páginas, que hacen que la regulación resulte, en algunos aspectos, poco clara.

Por lo que respecta al requisito de la vivienda habitual, su eliminación sin condiciones podría haber ayudado, por ejemplo, a limar la ya mencionada «cultura de la herencia», por cuanto el anciano podría constituir hipoteca inversa sobre un inmueble distinto de la vivienda habitual, desapareciendo el efecto negativo que para él supone que la vivienda familiar pueda desaparecer del patrimonio de sus hijos, si éstos no pudieran hacer frente a la deuda.

En cuanto a las deficiencias técnicas de la Ley, nos parece, en concreto, de especial importancia la escasa claridad con la que se ha conceptualizado la figura, sobre todo por lo que afecta a un elemento tan básico para su constitución como es la seguridad con la que ha de contar el prestatario de seguir percibiendo las rentas si, una vez superado el montante máximo del crédito concedido, vive más de lo inicialmente calculado. Como ya expusimos, en virtud del concepto de hipoteca inversa que introduce el párrafo VIII del Preámbulo de la Ley 41/2007, concurriendo tales circunstancias, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta, continuando la deuda generando

intereses. Aunque dicho concepto no se reproduce posteriormente entre los distintos apartados de la Disposición Adicional Primera de la Ley, tampoco se ocupa ésta de clarificar la cuestión de forma incontestable, lo que, desde nuestro punto de vista, hace que la norma resulte poco precisa y, en gran medida, fuente de cierto desasosiego.

Hemos querido interpretar —pues, todo hay que decirlo, bien puede interpretarse lo contrario—, que la intención del legislador no ha sido la de permitir que, a falta de un seguro de renta vitalicia, el anciano deje de percibir una renta que le resulta imprescindible para atender sus necesidades vitales. Sin embargo, lo deseable hubiese sido que este carácter aleatorio del negocio quedara perfectamente identificado y definido por la Ley. El legislador podría haberlo dispuesto así expresamente, conduciendo a las entidades crediticias a concertar el correspondiente seguro para garantizar el pago vitalicio de la renta; o, caso contrario, exponer claramente las consecuencias desfavorables que para el anciano tendría no concertar un seguro de renta vitalicia. Debemos confiar, en cualquier caso, en que las previsiones que establece la Disposición Adicional Primera de la Ley, relativas al régimen de transparencia y protección de la clientela, que imponen a las entidades crediticias la obligación de suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto —teniendo en cuenta su situación financiera y los riesgos económicos derivados de su suscripción—, constituyan instrumentos suficientes para paliar la apuntada deficiencia.

En todo caso, la valoración general sobre la nueva normativa es positiva, por varias razones: primeramente, por lo que supone de paso adelante en la creación de instrumentos jurídicos directamente pensados para las situaciones de ancianidad y dependencia; en segundo lugar, porque ello demuestra la diligencia del legislador español en la atención de estas preocupaciones sociales; en tercer lugar, porque debe considerarse que esta Ley encontrará futuro desarrollo normativo que perfeccione algunos aspectos de la regulación de la hipoteca inversa —como la forma y requisitos del asesoramiento de los prestatarios— que todavía quedan por perfilar.

#### RESUMEN

##### HIPOTECA INVERSA

*Este trabajo tiene por finalidad dar a conocer la nueva normativa española reguladora de la hipoteca inversa, que ha venido a incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que*

#### ABSTRACT

##### REVERSE MORTGAGE

*The object of this paper is to report on the new Spanish legislation regulating reverse mortgages, which was incorporated in our laws by means of Act 41/2007 of 7 December amending Act 2/1981 of 25 March on the Mortgage Mar-*

*se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. El legislador ha tenido a bien regular, por primera vez, la hipoteca inversa en nuestro país, a través de la Disposición Adicional Primera de esta Ley, por lo que este artículo trata de realizar un seguimiento de la tramitación parlamentaria de esta normativa, exponiendo las distintas enmiendas que se han ido formulando a su articulado por los distintos grupos parlamentarios, con la finalidad de explicar no sólo las medidas legales definitivamente adoptadas, sino las distintas opciones sobre las que ha trabajado el legislador. En este contexto, sobre la redacción final del texto se han ido expresando distintas opiniones relacionadas con la oportunidad de la regulación finalmente otorgada a la hipoteca inversa, y sobre la conveniencia o no de haber adoptado otras, especialmente, las propuestas en las distintas enmiendas que han sido rechazadas durante la tramitación parlamentaria de la norma. Se trata de un estudio sistemático, que sigue fielmente el orden de los diez apartados de que consta la Disposición Adicional Primera, con la intención de definir, desde su concepto y caracterización, esta nueva modalidad de hipoteca de la forma más clara posible, ubicándola con perfiles rigurosos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, particularmente por la importancia del papel que está llamada a desempeñar para el colectivo de personas mayores o dependientes al que esta figura va dirigida.*

*ket Regulation and other rules on the mortgage and financial system, regulating reverse mortgages and dependent's insurance and establishing certain tax-related rules. Legislators have seen fit to regulate reverse mortgages for the first time in our country, through additional provision one of this act, and so this article attempts to track the law's journey through parliament, telling of the different amendments that were formulated by the different parliamentary groups, with the purpose of explaining not only the definitive legal measures taken, but also the different options the legislators worked with. In this context, different opinions have been given on the final wording of the text, concerning the advisability of the regulation finally passed on reverse mortgages and the wisdom or otherwise of having taken other measures, especially those proposed in the different amendments that were voted down during parliamentary processing. This is a systematic study that faithfully follows the order of the ten sections of which additional provision one consists, with the intention of defining this new type of mortgage as clearly as possible from the standpoint of its concept and characterisation, situating it with rigorous profiles within our legislation, particularly because of the importance of the role it is fated to play for the collective of the elderly and the dependent, who are the stakeholders the concept is meant to address.*

*(Trabajo recibido el 13-12-07 y aceptado para su publicación el 1-4-08)*



# DICTÁMENES Y NOTAS



# Aplicación de la teoría de las bases gráficas al procedimiento inmatriculador del artículo 206 de la Ley Hipotecaria

por

ÓSCAR VÁZQUEZ ASENJO  
*Registrador de la Propiedad de Tacoronte*

y

MIGUEL GÓMEZ PERALS  
*Profesor Titular de Derecho Civil  
de la Universidad de La Laguna*

## SUMARIO

1. LA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN RELACIÓN A LOS DEMÁS MEDIOS INMATRICULADORES: GARANTÍAS.
2. LA BASE GRÁFICA REGISTRAL Y LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.
3. EFECTOS IDENTIFICATIVOS O DESCRIPTIVOS. EL SUPUESTO ESPECIAL DEL ARTÍCULO 206 LH.
4. REQUISITOS PARA LA CONSECUCCIÓN DEL EFECTO DESCRIPTIVO:
  - 1.º CONSENTIMIENTO EXPRESO DE CADA UNO DE LOS TITULARES COLINDANTES.
  - 2.º SANCIÓN OFICIAL U HOMOLOGACIÓN DEL MATERIAL UTILIZADO EN LA REPRESENTACIÓN DE LA BASE GRÁFICA REGISTRAL.
5. CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA EN LA INSCRIPCIÓN DE BIENES PÚBLICOS.
6. INVENTARIOS ADMINISTRATIVOS, BASES GRÁFICAS REGISTRALES Y SISTEMA INTEGRAL DE INFORMACIÓN GRÁFICA TERRITORIAL.

## 1. LA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN RELACIÓN A LOS DEMÁS MEDIOS INMATRICULADORES: GARANTÍAS

El artículo 199 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) establece que la inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna se practicará:

- c) *mediante el certificado a que se refiere el artículo 206, sólo en los casos que en el mismo se indican.*

En efecto, el artículo 206 LH admite la inmatriculación de fincas en base a un documento diferente del contemplado en los dos primeros casos del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, esto es, a través de una certificación (1).

*«...la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos...»*

La razón por la cual se admite un procedimiento de inmatriculación tan carente de garantías, al menos en apariencia, es porque el artículo 206 LH únicamente se refiere a la posibilidad de inmatricular bienes inmuebles que pertenezcan al «Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones de Derecho Público (2) o servicios organizados que forman parte de la estructura política de aquél y las de la Iglesia Católica (3)». Por supuesto, hoy en día nadie duda

---

(1) Según la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, la inscripción (léase, a nuestros efectos, inmatriculación) de los bienes públicos en el Registro de la Propiedad se practicará de conformidad con lo previsto en la legislación hipotecaria y en dicha Ley (art. 37.1), sin perjuicio de que la resolución aprobatoria del deslinde sea título suficiente para que la Administración proceda también a la inmatriculación de los bienes, siempre que contenga los demás extremos exigidos por el artículo 206 de la Ley Hipotecaria (art. 53.2 LPAP).

(2) De gran bagaje histórico-jurídico es la RDGRN de 8-10-1999 (EDE 1999/32289), que rechaza una certificación expedida por el gerente de la Universidad de Valladolid para inscribir el dominio de una finca que aparece inscrita a favor del Ayuntamiento de la misma ciudad, y en la que se recogen las sucesivas vicisitudes que han afectado a la titularidad de la finca a lo largo de casi dos siglos, observándose la paralela evolución de la normativa hipotecaria.

(3) Aunque ya con mero interés de Derecho Transitorio tras la modificación del artículo 5.4 RH (1947) por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, la DGRN admitía, incluso en la etapa constitucional, la inmatriculación por certificación canónica, bajo el prisma de una interpretación dispensatoria y no prohibitiva del citado precepto que incluía los templos destinados al culto católico entre los bienes exceptuados de inscripción, pues lo contrario suponía un trato discriminatorio por razón de religión (ya que, en cambio, se permite la inscripción de los templos destinados al culto propio de cualquier otra confesión religiosa). Concretamente, la RDGRN de 12-1-2001 (EDE 2001/201) admite la certificación del Arzobispo de Valencia, por la que se declara que determinada parroquia es dueña, en pleno dominio, desde tiempo inmemorial, de cierta finca urbana destinada a templo parroquial.

de que entre dichos entes se encuentran las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, así como a otras confesiones religiosas (4).

Además, la certificación administrativa ha ampliado el ámbito de sus funciones, ya que a través de ella *podrán inscribirse la declaración de obra nueva, mejoras y división horizontal de fincas urbanas, y, siempre que no afecten a terceros, las operaciones de agrupación, división, agregación y segregación de fincas del Estado y de los demás entes públicos certificantes* (5).

A los efectos que aquí nos interesan, examinamos los preceptos de la legislación hipotecaria que regulan los diversos medios de inmatriculación registral de las fincas, en orden a comprobar que el nivel de *exigencia* de estas «garantías» que mencionábamos en el párrafo anterior varía según cual sea el procedimiento legal utilizado en la inmatriculación.

Así, el procedimiento del título traslativo que provoca la inmatriculación con arreglo al artículo 205 LH contiene una serie de exigencias que no son más que garantías que aseguran que la titularidad dominical inmobiliaria del inmatriculante sea pacífica y verdadera. Éstas son:

1. Que se acredite de modo fehaciente el título de propiedad del transferente o causante.
2. Que se publiquen edictos para anunciar la inmatriculación a cuantos se crean con derecho a la finca o a parte de ella.
3. Que se supriman los efectos respecto de terceros hasta el transcurso de dos años contados desde la inmatriculación (art. 207 LH).
4. Que el Registrador realice el control de calificación que le corresponde para procurar que la inmatriculación no se lleve a cabo cuando el derecho figure inscrito a nombre de otra persona.

Por otra parte, el procedimiento que regula la inmatriculación a través del expediente de dominio se establece en el artículo 201 LH y prescinde de todas las garantías de titularidad vistas en el caso anterior (todas, salvo la

---

El fundamento de la anterior redacción estaba claro y es aplicable a los bienes públicos civiles. Son precisamente las características físicas del objeto material en cuestión las que determinan la fácil reconocibilidad social de la titularidad de los bienes y derechos exceptuados de inscripción siendo, además, excepcional su presencia en el tráfico inmobiliario. Y el Registro de la Propiedad no ha de ser un repertorio inerte de titularidades jurídico-reales, sino dar publicidad de éstas en interés de terceros que contratan sobre bienes raíces. Además de estos criterios de interpretación teleológica y sociológica, coadyuvan a esta conclusión los antecedentes históricos del precepto (el Real Decreto de 6-11-1863 alude a la innecesariedad de inscribir los bienes de uso público general, concepto reconocido en el Código de Derecho Canónico, cáns. 1214 y 1221).

(4) Vid., por todos, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo IV, Ed. Bosch, Barcelona, 8.ª ed., enero de 1997, pág. 617 y sigs.

(5) Vid., párrafo segundo del artículo 206 LH, introducido por el artículo 144 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que tanto incidió en esta materia.

calificación del Registrador) (6), pues todas ellas se hallan subsumidas o suplidas mediante la garantía muy superior que ofrece el desarrollo de un expediente de naturaleza judicial (7).

Por último, en el caso del artículo 206 LH no existe garantía judicial alguna que asegure la verdadera titularidad dominical inmobiliaria de la entidad que pretende inmatricular. Tampoco exige que se acredite de modo fehaciente el título de propiedad de dicha entidad inmatriculante (sólo la manifestación, en la certificación, del título de adquisición o el modo en que fueron adquiridos), ni la publicación de edictos. Únicamente se mantienen, como garantías imprescindibles, la supresión de efectos respecto de terceros a que se refiere el artículo 207 LH, y la necesaria calificación de los Registradores respecto a posibles obstáculos del Registro.

Nos hemos referido al diferente nivel de exigencia de estos requisitos, a modo de garantías de titularidad en cada procedimiento de inmatriculación, para comprobar cómo, de la misma manera que aparentemente se relaja el nivel técnico jurídico de exigencia en el caso del artículo 206 LH por razón de la naturaleza del ente inmatriculante (lo cual se manifiesta en una simple declaración unilateral por su parte), igualmente esta circunstancia subjetiva debería repercutir en los aspectos reguladores del acceso al Registro de la Propiedad del «continente o recipiente» inmatriculado.

La descripción de la finca que por primera vez se inscribe no debería, según este razonamiento, someterse a las mismas reglas que las leyes establecen para el resto de procedimientos inmatriculadores. La base gráfica registral que, tras la inmatriculación, debería quedar incorporada al archivo de bases gráficas del Registro de la Propiedad, debería someterse a reglas diferentes en cuanto a su determinación.

Concretamente, la necesidad de aportación de bases gráficas y las condiciones en las que deben levantarse en el procedimiento a que se refiere el artículo 206 LH no encuentran regulación alguna en la actual Ley Hipotecaria. De tenerla, y su reivindicación es el cometido esencial de este trabajo, no podría ser nunca idéntica a la de otros procedimientos de inmatriculación a que se refieren los artículos 201 y 205 de la Ley Hipotecaria.

Al igual que en los otros supuestos de inmatriculación, el artículo 206 LH tampoco hace referencia alguna al aspecto determinativo, ya sea identificativo, ya descriptivo, de la realidad geográfica de las fincas registrales a inmatricular; únicamente habla de:

---

(6) Ello porque a pesar de iniciarse el procedimiento con la certificación negativa por parte del Registro de la Propiedad, es posible que, durante la tramitación del expediente, a través de otro procedimiento de inmatriculación, la finca haya accedido a tablas.

(7) Vid. VÁZQUEZ ASENJO, «Aplicación de la teoría de las bases gráficas registrales al expediente de dominio», en *RCDI*, núm. 693, enero-febrero de 2006, págs. 195 a 219.

*«bienes inmuebles (sin explicar cómo han de describirse o identificarse) que les pertenezcan».*

Cabe entonces preguntarse de qué manera podría afectar al procedimiento inmatriculador del artículo 206 LH la aparición del concepto de bases gráficas registrales, concebidas éstas dentro del más amplio concepto de bases gráficas territoriales.

Si en un primer momento tuviésemos que determinar una regulación normativa para el caso, lo lógico sería pensar que, del mismo modo que las garantías de titularidad se relajan por razón de la naturaleza pública del ente inmatriculador, la necesidad de aportar los datos descriptivos o identificativos de la finca habría de revestir menor nivel de exigencia que en los otros procedimientos de inmatriculación. En consecuencia, podría valer la aportación de cualquier base gráfica por parte del ente administrativo inmatriculante, cualesquiera que fuesen sus características.

Y si analizamos la mínima regulación que el Reglamento Hipotecario da a la materia, la conclusión a la que llegamos es que la legislación hipotecaria se muestra, cuando menos, laxa a la hora de establecer exigencias al respecto.

En general, se califica de medio excepcional y peligroso, en cuanto concede a un participante en el tráfico jurídico el derecho de atribuirse de manera unilateral la propiedad de una finca no inscrita y sobre la que no existe documentación referente al título de adquisición de su dominio, con constancia expresa de tal circunstancia, así como expresión del título o modo de adquisición. Por ese motivo, la propia Ley Hipotecaria establece determinadas cautelas, rigorizadas por la interpretación restrictiva de la DGRN (8).

Efectivamente, el artículo 303 RH, en orden a determinar las circunstancias que deben hacerse constar en la certificación inmatriculadora, establece en su punto primero:

---

(8) En especial, no debe servir la certificación administrativa para obviar el procedimiento de rehabilitación o reinscripción que debiera haberse usado para dos fincas cuyos asientos registrales quedaron destruidos. En el supuesto de la SAP de Madrid, Sección 25.ª, de 9-1-2001 (EDE EDJ 2001/44614), los hechos, convenientemente sistematizados, ponen de manifiesto que la certificación diocesana contenía varias e importantes omisiones y contradicciones con la realidad registral entre las finca(s) que se pretendía inmatricular y los linderos de las fincas inscritas. Para eludir el control de la calificación registral, se pretendió inmatricular como una sola finca lo que en realidad eran dos fincas distintas (para una de las cuales existía título de dominio y por tanto, no era procedente utilizar este procedimiento, pero se expresó genéricamente que el título era su pertenencia inmemorial). La concurrencia de tales defectos convierte en nula la inscripción de la citada finca de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 LH, pues se hizo en virtud de un título esencialmente nulo, la certificación que se emite con fines y requisitos contrarios a los legalmente previstos.

*Expedirá... por duplicado... una certificación en que, con referencia a los inventarios o documentos oficiales que obren en su poder... se haga constar:*

*1.º La naturaleza, situación, medida superficial, linderos, denominación y número, en su caso ... de la finca que se trate de inscribir.*

En línea con la intención manifestada en el texto del artículo 206 LH de facilitar la inmatriculación de las fincas pertenecientes a las entidades públicas, el artículo 303 RH, no exige mayor requisito a la hora de determinar la finca como entidad jurídico-territorial, que la mera declaración literaria, con simple referencia a los inventarios o documentos oficiales en donde se encuentren y sólo para el caso de que obren en poder del funcionario certificador que, por lo demás, tampoco tiene por qué tener noción alguna de la veracidad geográfica del dato identificativo que aporte.

Además, el artículo 303 RH establece que «si no pudiera hacerse constar alguna de estas circunstancias, se expresarán así en la certificación y se indicarán las que sean».

Por lo tanto, la sencillez pretendida por nuestra actual legislación hipotecaria, a la hora de determinar la descripción de las fincas, llamémosle públicas, es máxima; entiendo que incluso excesiva y solo comprensible desde el punto de vista de la situación preexistente a la actual aparición del fenómeno de las bases gráficas registrales (9).

Porque una cosa es entender que el dominio público inmobiliario no está sujeto a las mismas reglas de juego que el resto de fincas registrales (cuestión cada vez más discutible) y otra cosa es que no sea absolutamente necesaria la determinación geográfica de dichas entidades.

La naturaleza pública del ente inmatriculante y, por lo tanto, titular dominical de la finca de que se trata exige, a nuestro juicio, que la determinación y precisión geográfica del inmueble sea la máxima, ya que un procedimiento como el establecido por el artículo 206 LH parte de la imposibilidad de controversia.

El efecto identificativo de la base gráfica registral (regla general de la inmatriculación) genera incertidumbres descriptivas cuya resolución (caso de que la misma sea de interés entre colindantes, queda al criterio precisamente de ambos colindantes) puede ser pacífico o litigioso (y en tal caso se resolvería ante los tribunales).

---

(9) BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Rectificaciones constitucionales a la vigencia actual de la certificación de dominio como medio inmatriculador», en *RCDI*, núm. 563 (1984), pág. 846, lo considera en esencia un medio inspirado en la situación política española de posguerra.

El caso del artículo 206 LH parte de la única declaración de la entidad inmatriculante y, por lo tanto, dicha declaración ha de ser tan absolutamente precisa que cualquier perjudicado por la misma que pudiera querer reclamar ha de poder hacerlo con toda garantía de localización.

No se trata del caso de dos colindantes con bases gráficas registrales meramente identificativas que acuden al juez para deslindar con precisión sus propiedades, sino de un ente público que declara cuál es la localización de su finca y lo hace, perjudique a quien perjudique, porque el procedimiento de inmatriculación a que se refiere el artículo 206 LH no proporciona, en ese momento de la inmatriculación, aunque sí en los dos años siguientes, medio alguno de defensa a los propietarios colindantes.

Para preservar el principio constitucional de tutela judicial efectiva (ex art. 24.1 CE), que durante los dos años siguientes garantiza el artículo 207 LH a cualquier colindante o pretendido titular dominical en el territorio inmatriculado, se hace absolutamente imprescindible que dicha declaración produzca efectos descriptivos precisos y que la base gráfica registral obedezca a una georreferenciación exacta del contorno del predio.

Si dicha declaración de base gráfica no se puede realizar con precisión suficiente y la calidad ortofotográfica y cartográfica adecuadas —tan adecuadas como para producir los efectos descriptivos necesarios— el procedimiento de inmatriculación del artículo 206 LH será también inadecuado y la entidad pública correspondiente no debería tener más remedio que acudir a cualquiera de los otros dos procedimientos de inmatriculación a que se refiere el artículo 199 LH.

## 2. LA BASE GRÁFICA REGISTRAL Y LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

La base gráfica registral que al término de la inmatriculación registral queda incorporada al archivo de bases gráficas no es, en el caso del artículo 206 LH, la configuración gráfica del dominio adoptada por el Registrador, como podría ser el caso de los títulos traslativos del artículo 205 LH (en que lo que ha de acceder a la presentación registral es la propuesta de base gráfica que puede ser modificada en su interpretación configurativa al quedar en el archivo de bases gráficas registrales). Tampoco es la configuración de la base gráfica registral realizada en el propio Registro de la Propiedad como en el caso del expediente de dominio.

En el caso que nos ocupa, se trata de un simple supuesto de incorporación al archivo registral de una base gráfica configurada *ab initio* definitivamente por la entidad administrativa inmatriculante, ya que la misma ha de proceder de un inventario científico. Y tal base gráfica no es interpretable por el Registrador (en el sentido de poder manipularla fuera de razones tecnológicas

para adaptarla al archivo de bases gráficas registrales), porque cualquier alteración interpretativa registral podría afectar al efecto descriptivo del contorno perimetral propuesto. La actuación registral debe limitarse a calificar si la base gráfica aportada es inmatriculable o no.

Se trata de incorporar al Registro una base gráfica que la entidad inmatriculante ha de extraer de su propio inventario (lo cual garantizará la calidad y coherencia adecuadas respecto al resto de bases gráficas territoriales) y adaptarla a la realidad dominical que pretende inmatricular (ya que las bases gráficas inmobiliarias de cada entidad pueden responder a criterios que, en principio, no sean estrictamente dominicales).

De observarse algún defecto que impida la incorporación de la base gráfica al archivo registral (en principio que la base gráfica no sea coincidente con su descripción literaria o que invada el espacio de otra base gráfica registral ya identificada con anterioridad), éste debería ser un defecto que impidiese la inmatriculación prevista por el artículo 206 LH, ya que la sumariedad de los requisitos exigidos por este precepto ha de determinar la absoluta precisión de los presupuestos que entendemos que sí deberían concurrir, entre ellos la base gráfica descriptiva del inmueble a inmatricular (10), sin que además pueda tomarse anotación preventiva como dispone el artículo 305 RH.

No hay en el artículo 206 LH posibilidad de discutir antes de la inmatriculación la determinación de la base gráfica propuesta, por lo tanto al ser indiscutible, ha de ser absolutamente precisa para salvaguardar sus propios derechos y además el del resto de propiedades inmobiliarias de los ciudadanos. La precisión de la base gráfica que acompaña al certificado inmatriculador de que trata el artículo 206 de la LH, se explica porque la misma ha de producir efectos no sólo identificativos, sino también descriptivos de la finca a inmatricular.

Como vimos, esto provoca que la calificación del Registrador haya de abarcar los siguientes aspectos:

Primero, ha de comprobar la coincidencia de la descripción literaria hecha en la certificación con la contenida en la base gráfica que se acompaña (base gráfica con valor de mero dictamen).

Segundo, ha de calificar que la correspondencia de descripciones literaria y gráfica resulte de la declaración expresa de la entidad inmatriculante (base gráfica con valor identificativo de la finca).

En tercer lugar, para que la base gráfica produzca los efectos descriptivos a que nos venimos refiriendo, sería preciso el recono-

---

(10) Respecto de la posibilidad o no de toma de anotación preventiva, véase, para distintos supuestos, los artículos 305 en sentido positivo y 306 en sentido negativo, ambos preceptos del Reglamento Hipotecario.

cimiento expreso de la misma por parte del titular dominical colindante (además de la sanción oficial a la que nos referiremos).

Cuando la finca se halle inmatriculada entre otras y con su respectiva base gráfica registral identificada, este reconocimiento se producirá de manera implícita en el momento de la inmatriculación, pero aunque tal supuesto no se diera, al no exigir el artículo 206 LH contraste alguno de titularidades colindantes, tampoco tal requisito habría de solicitarse para que el contorno gráfico del inmueble quedase descriptivamente georreferenciado.

No quiere decirse con ello que el efecto descriptivo de la base gráfica no pueda ser destruido por la impugnación oportuna. El efecto declarativo o descriptivo de una base gráfica no implica que tenga mayor o menor eficacia respecto a terceros, lo único que significa es una mayor o menor precisión a la hora de declarar el contorno del dominio inmobiliario.

Esto entronca directamente con la idea que consideramos errónea de creer que el artículo 206 LH facilita a la administración correspondiente la inmatriculación de las fincas que por diversas circunstancias encontrarían graves dificultades de acceso registral a través de otros procedimientos de inmatriculación. Todo lo contrario, precisamente desde una óptica garantista, la perspectiva debe invertirse: el artículo 206 LH establece un sencillo procedimiento de inmatriculación, por lo que sólo debe aplicarse a aquellos inmuebles cuya titularidad pública sea absolutamente notoria o indudable y cuya descripción sea igualmente incontrovertible.

Se trata de que el artículo 206 LH facilite el acceso a lo que sin duda (tanto en su descripción física como en su contenido dominical) debe acceder al Registro de la Propiedad. Dicho procedimiento debe aplicarse a los casos claros en lugar de a los difíciles; para éstos quedan los demás procedimientos inmatriculadores.

### 3. EFECTOS IDENTIFICATIVOS O DESCRIPTIVOS. EL SUPUESTO ESPECIAL DEL ARTÍCULO 206 LH

En el caso de las bases gráficas, no se trata de establecer un nivel de exigencia más alto que en el resto de procedimientos de inmatriculación. No se pide declaración de titulares ajenos a la administración inmatriculante, no se exige que demuestre su declaración descriptiva con referencias a otras bases gráficas. Se establece un nivel de exigencia menor a la hora de justificar la declaración; lo único que se debe exigir, a diferencia del resto de procedimientos inmatriculadores, es que dicha declaración descriptiva gráfica sea del todo precisa. No es, por tanto, una cuestión de justificación sino de precisión.

Vimos como la validación (recordemos, la afirmación por parte del Registrador de que la descripción gráfica es coincidente con la determinación literaria de la finca hecha en tablas), puede revestir la eficacia de simple dictamen cuando la afirmación registral referida se basa únicamente en datos de localización y configuración de la base gráfica que figuran en el título presentado.

Vimos como la validación registral produce los clásicos efectos identificativos de nuestra tradicional legislación hipotecaria cuando la misma ha sido consecuencia del consentimiento expreso del titular registral a la base gráfica registral creada.

Y vimos también como la validación produce efectos no sólo identificativos sino también descriptivos de la finca correspondiente (es decir, no sólo lograba individualizar el dominio inmobiliario del resto, haciendo indudable su entidad localizativa, sino que determinaba con precisión el exacto contorno de la finca, atribuyendo a dicha cuestión de hecho los efectos presuntivos propios de la inscripción registral) cuando consta al Registrador no sólo el consentimiento del titular registral, sino también el del titular del predio colindante y además la sanción de la autoridad pública competente (11).

Bien, en todos los supuestos de inmatriculación que veníamos estudiando, es evidente que la validación con simple efecto de opinión o dictamen no tendrá nunca lugar, ya que la necesidad de acompañar certificación catastral descriptiva y gráfica al título inmatriculador produce, aunque distorsionada, la consecuencia de que el inmatriculante titular registral presta su consentimiento expreso a la base gráfica registral resultante, ya que la misma no puede ser distinta (porque en tal caso no se debiera proceder a la inscripción) de la aportada (12).

Es decir, la regla general en la inmatriculación es que la base gráfica registral validada tendrá efectos identificativos de la finca inscrita porque la

---

(11) En esta línea, un sector que podría estimarse mayoritario de la doctrina (ROCA SASTRE, R. M., y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 549; GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario*, tomo I, pág. 711, y últimamente HERRERO OVIEDO, *La inmatriculación por título público*, Dykinson, 2006. GÓMEZ PERALS, *Los datos de hecho y el Registro de la Propiedad*, Centro de Estudios Registrales, 2004, resalta el carácter vacilante de la jurisprudencia y de la doctrina de la DGRN. En sentido positivo, véase la STS de 23 de mayo de 2002, RAJ 6422/2002). Con matices, CURIEL LORENTE, «La calificación registral», en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, que excluye de la presunción la existencia física de la finca, y PAU PEDRÓN, *Elementos de Derecho Hipotecario*, Universidad Pontificia de Comillas, 2003, con menor intensidad que a los datos jurídicos.

(12) Podríamos decir, salvando las matizaciones que después haremos, que generalmente los requisitos exigidos por los diferentes medios de inmatriculación son superiores a los estadios iniciales de la elaboración de bases gráficas. La exigencia de certificación catastral descriptiva y gráfica hace las veces de sustrato básico común, al exigirse para todos esos medios.

misma ha sido expresamente solicitada y por lo tanto consentida por el propio instante de la inmatriculación.

En el expediente de dominio podría llegar a producir la base gráfica de la finca inmatriculada efectos descriptivos, cuando en la tramitación del procedimiento hubiesen intervenido en el mismo los titulares registrales colindantes con la finca a inmatricular (13) y previa constancia de su propia base gráfica registral, consintieren expresamente en los linderos (que serían los suyos propios) de la finca a inmatricular; y siempre que el material cartográfico y ortofotográfico utilizado en la georreferenciación adopte los requisitos de calidad oficialmente sancionados (14).

Hay que reconocer que si bien lo primero podría ser fácilmente alcanzable con una simple reforma normativa que diese cabida a las bases gráficas registrales en todos sus efectos en el expediente de dominio, lo segundo requiere del estudio de una serie de especificaciones técnico-topográficas respecto a las cuales no nos encontramos capacitados para opinar.

Esta posibilidad de efectos descriptivos que podría llegar a producirse en la inmatriculación llevada a cabo con arreglo al expediente de dominio de que trata el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, nunca se dará en las inmatriculaciones derivadas del título traslativo a que se refiere el artículo 205 LH. Ello porque a través de dicho procedimiento no cabe la ratificación expresa de los titulares registrales colindantes. Se podría dar el supuesto de que la finca a inmatricular encajase territorialmente entre la base gráfica de otras que ya gozasen de reconocimiento expreso de su titular registral, y entre todas compusieren un puzzle con efectos descriptivos, pero en tal caso el efecto descriptivo no sería una consecuencia directa e inmediata de la operación registral de inmatriculación. La concurrencia de efectos descriptivos pasa a convertirse en necesidad, cuando tratamos de las inmatriculaciones efectuadas con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 206 LH.

Insistimos en que el efecto descriptivo de la base gráfica de las fincas pertenecientes a entidades públicas es absolutamente necesario cuando las mismas acceden al Registro de la Propiedad a través del procedimiento del que ahora tratamos, por razón de la titularidad especial del caso y de la sumariedad de los requisitos exigidos para inmatricular.

Si el artículo 206 LH exige la sola declaración certificante de la entidad pública inmatriculante, sin exigir el consentimiento de ningún otro sujeto que pudiera pretender ostentar derechos sobre el inmueble en cuestión y por lo tanto sin necesidad de declaración alguna directa o indirecta de los titulares

---

(13) En este mismo sentido, vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario. Tomo II, Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, Centro de Estudios Registrales, 1999 y 2001, pág. 591, nota 6.

(14) Vid. VÁZQUEZ ASENJO, *op. cit.*

de los predios colindantes, es porque dicha declaración ha de imponerse a los mismos cualquiera que sea su pretensión.

En ocasiones, como ocurre con los deslindes administrativos que determinan extensiones completas de dominio público territorial, dicho consentimiento ha sido ya recogido, sino considerado o en su caso, destruido, ignorado llegado el caso, de modo que a la hora de inmatricular la declaración pública se emite tras un elaborado proceso de deslinde, que no es más que una determinación descriptiva, no sólo identificativa del dominio inmobiliario público especial. Y por lo tanto la misma ha de bastar.

Los demás supuestos en los que las distintas administraciones usan el procedimiento del artículo 206 LH han de tener la misma certeza de identidad y descripción de la finca, certeza que no es preciso que se apoye en procedimientos tan reglados como los de los deslindes, sino basarse únicamente en la notoriedad inmemorial, o en otro tipo de circunstancias.

Pero una vez que la declaración certificante para inmatricular se produce, se produce con los mismos efectos para todos los casos por igual. Por ello, desde el punto de vista del principio de titulación pública, el artículo 206 LH parte (y llega pues no precisa de más requisitos) de la declaración de una entidad pública para inmatricular; por lo tanto dicha declaración equivalente a la sentencia del expediente de dominio o al título traslativo del artículo 205 LH (15).

#### 4. REQUISITOS PARA LA CONSECUCCIÓN DEL EFECTO DESCRIPTIVO

Dicha declaración certificante ha de reunir, al menos, los mismos requisitos de seguridad que en dichos procedimientos se alcanzan. Pero es que además, a causa de que en este caso siempre es una entidad pública quien pretende inmatricular y por lo tanto su declaración se impone y no compete con el resto, los requisitos de claridad en cuanto a la determinación gráfica del inmueble han de ser superiores.

Para que la base gráfica registral produzca los efectos meramente identificativos que de ordinario generan las inscripciones en el Registro de la Propiedad es suficiente:

- a) En primer lugar que, a juicio del Registrador, la finca descrita en el certificado inmatriculador coincida con la representada gráficamente en la base correspondiente.

---

(15) También lo resalta HERRERO OVIEDO, *op. cit.*, pág. 352. Esta autora, *op. cit.*, págs. 350 a 352, analiza la casi falta de libertad de elección entre éste y los demás medios de inmatriculación.

- b) Y además, que el propio sujeto inmatriculante, en este caso de naturaleza pública, ratifique o declare su consentimiento expreso a esa exacta correspondencia.

Ahora bien, para que la base gráfica registral alcance efectos descriptivos, es decir, determine la exacta localización del perímetro de la finca a inmatricular y no sólo la situación de su identidad, se hace necesaria la concurrencia de un doble requisito:

- c) Por un lado, el reconocimiento también expreso de cada uno de los titulares colindantes a la base gráfica registral inmatriculada.
- d) Por otro, la sanción oficial o, si se quiere, la oportuna homologación de todo el material utilizado para representar la base gráfica de la finca cuya inmatriculación se pretende.

Estudiemos detenidamente cada uno de estos últimos elementos (16):

#### 1.º CONSENTIMIENTO EXPRESO DE CADA UNO DE LOS TITULARES COLINDANTES

Respecto a lo primero, salvo en el caso del expediente de dominio, donde en sede judicial y aprovechando la necesidad de citación de todos los posibles colindantes, parece lógico que sus manifestaciones al efecto puedan servir a este fin, en el resto de los supuestos, no es probable y de ser exigido difícilmente asumible, que en el acto que origina el título que produce la inmatriculación comparezcan los titulares registrales de fincas colindantes para fijar exactamente la situación del lindero común.

Con relativa frecuencia nos encontramos, en el ámbito de las bases gráficas, fincas colindantes recuperadas. En tales casos, la simple asunción por parte del inmatriculante de ese lindero, ya establecido unilateralmente en un momento anterior, implica un acuerdo (no tácito sino expreso, aunque constituido por consentimientos no prestados simultáneamente), sobre el requisito del recíproco reconocimiento del lindero común para que éste pueda producir no sólo efectos identificativos, sino también descriptivos.

Este modo de obtener el recíproco reconocimiento del lindero común entre colindantes, puede tener lugar en general para todo tipo de operaciones registrales, entre ellas la inmatriculación, que lleven implícita la validación de una finca.

---

(16) Esta graduación de consentimientos de particulares y sanciones oficiales es paralela a la que hace GARCÍA GARCÍA, «La finca como base del sistema inmobiliario», en *RCDI*, núm. 625, 1994, págs. 2478 y 2479, focalizando la importancia descriptiva de la finca desde cuatro puntos de vista: interés del propietario titular, de los colindantes, de la Administración y de los terceros en el tráfico jurídico inmobiliario. Coincidiendo con él, HERRERA OVIEDO, *op. cit.*, pág. 165, nota 308.

Ahora bien, en el caso de la inmatriculación a través de la certificación administrativa de que trata el artículo 206 LH, se produce una circunstancia que únicamente se da en este supuesto. Y es que la declaración de la entidad pública certificante debe bastar por sí misma para implicar el reconocimiento al lindero descrito gráficamente por parte de cualquier colindante.

Se puede argumentar en contra de esta postura que si la legislación administrativa (reguladora de los distintos ámbitos de dominio público que precisan operaciones de deslinde) establece escrupulosos procedimientos (notificaciones, audiencias, impugnaciones, etc.) antes de precisar (ya sea contra, bien al margen o incluso con la aquiescencia del posible colindante conocido o desconocido) la exacta situación georreferenciada de la línea de deslinde, no parece de recibo otorgar los mismos efectos, respecto a los posibles colindantes de la finca a inmatricular, a la mera declaración certificante del funcionario competente.

En primer lugar, habría que estudiar si los efectos que se producen a consecuencia de un deslinde administrativo de costas o montes y los que se producen a través de la inmatriculación del artículo 206 LH son los mismos o no.

Obviamente, no lo son por diversas razones. Quizá la primera y principal sea que la inmatriculación en el Registro de la Propiedad a través del artículo 206 LH, además de carecer de efectos frente a terceros durante los dos primeros años de su vigencia, según el artículo 207 LH, una vez que éstos comienzan a producirse (es decir, transcurrido dicho plazo) los mismos no dejan de ser más que mera presunción *iuris tantum* de la misma naturaleza que a los que se refiere el artículo 32 LH.

En esta cuestión incide la conceptualización del tercero a efectos de inmatriculación, que no es la del tercero hipotecario. Para unos autores es el verdadero titular no inscrito del dominio o de un derecho real sobre la finca inmatriculada y perjudicado por dicha inmatriculación; para otros, es el que deriva su derecho del inmatriculante (17). La adopción de la tesis monista o dualista (es decir, si el tercero del art. 32 es el mismo que el del art. 34, ambos de la LH) incide en el ámbito de los efectos a los que se extiende la suspensión bianual; pero quizá pueda decirse, con la mayoría doctrinal, que el inmatriculante podrá alegar la inoponibilidad de lo no inscrito, y lo que a nosotros más nos interesa, la presunción *iuris tantum* —también sobre los datos descriptivos— desde el mismo momento de la inmatriculación.

Mientras que el espacio de dominio público delimitado a través del deslinde definitivamente aprobado y no contradicho, goza de unos efectos *erga omnes* superiores a los que pueda llegar a proporcionar el Registro de la Propiedad, de ahí que para que pueda gozar de ellos no sea necesaria, aunque sí del todo conveniente, su inscripción registral.

---

(17) HERRERO OVIEDO, *op. cit.*, pág. 489, nota 23.

En definitiva, si la inmatriculación sólo consiste en el acceso al Registro de la Propiedad por primera vez de una finca a través de la primera inscripción de su dominio, cuanto más sencillo es el procedimiento de inmatriculación, es decir, cuantos menos elementos quedan a la calificación del Registrador, mayor ha de ser la certidumbre no sólo de la titularidad jurídica («contenido»), sino también de la descripción de la finca a inmatricular («continente»).

## 2.º SANCIÓN OFICIAL U HOMOLOGACIÓN DEL MATERIAL UTILIZADO EN LA REPRESENTACIÓN DE LA BASE GRÁFICA REGISTRAL

A este respecto parece evidente que toda base gráfica de fincas cuya inscripción en el Registro de la Propiedad pretenda producir efectos descriptivos, ya no solo meramente identificativos, ha de presentarse con unos criterios de localización y representación estandarizados como ya es posible.

No hemos de olvidar que las bases gráficas registrales suponen siempre el tratamiento registral y por lo tanto jurídico inmobiliario de todo el material, tanto gráfico como alfanumérico, determinativo de la finca registral que se inscribe.

Las únicas bases gráficas que producen los efectos identificativos o descriptivos de que venimos hablando, son precisamente las bases gráficas registrales. El resto, independientemente de cuál sea su calidad y claridad técnica, no producen este tipo de efectos, que sólo son propios del ámbito jurídico inmobiliario registral.

Por ello, cuando hablamos de material cartográfico u ortofotográfico (aunque también podría ser sólo literario por relación de coordenadas) homologado, nos estamos refiriendo a aquél que permita al registrador transformarlo (en un proceso que puede ir desde la mera incorporación como en el caso del art. 206 LH, hasta la creación como en el caso del art. 201 LH) en una base gráfica registral con efectos de precisión tales que permitan ser considerados como descriptivos.

Precisamente por ello la certificación administrativa que no pueda ser acompañada de bases gráficas suficientemente adecuadas como para que deriven en bases gráficas registrales con efectos descriptivos, no deberían ser aptas para llegar a producir la inmatriculación a través del procedimiento establecido en el artículo 206 LH, sin perjuicio de poder utilizar los otros procedimientos de inmatriculación previstos en la legislación hipotecaria.

## 5. CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA EN LA INSCRIPCIÓN DE BIENES PÚBLICOS

Es evidente que para ello no es posible acudir a certificaciones catastrales (a pesar de que la ley lo exija) del tipo de las exigidas para inmatricular con arreglo a los dos primeros procedimientos previstos en el artículo 199 LH (títulos públicos traslativos, *ex art.* 205 LH, y expedientes de dominio, *ex art.* 201 LH), ya que el Catastro, en su función de inventariar la riqueza territorial del país, es completamente ajeno en su esencia a la posibilidad de catastrar los bienes pertenecientes a las entidades públicas.

Esta idea de que el dominio público inmobiliario por su apariencia e *imperium*, no precisa ni del Catastro, ni del Registro de la Propiedad, ha sido ya completamente superada en esta última institución, hoy en día.

Efectivamente, con independencia de la distinción entre bienes públicos demaniales y patrimoniales y de la necesidad o posibilidad de su constancia registral, en la actualidad nadie duda de la enorme conveniencia de la inmatriculación en el Registro de la Propiedad de esta categoría de inmuebles, más aun desde que en las Oficinas registrales se dispone del sistema de bases gráficas del que venimos tratando, porque incluso en los bienes demaniales de apariencia tradicionalmente evidente, se hace precisa su constatación registral.

Pensemos, por ejemplo, en las tradicionales vías pecuarias, caminos reales o, sin ir más lejos, las antiguas rutas hoy recuperables como senderos de caminantes. Aunque nadie dude de la imprescriptibilidad del dominio público de tales terrenos, cada vez es más difícil su apariencia como tales, dado el desuso en que con el pasar de los años han ido cayendo y su paulatina pero incesante desaparición de hecho, como tales, por su invasión por los propietarios privados colindantes.

La georreferenciación jurídica del dominio inmobiliario de las propiedades a que nos venimos refiriendo, posible de verificar sólo a través del Registro de la Propiedad como veremos, es el único medio de demostración científico-jurídica de exacta ubicación de las fincas a inmatricular, frente a las posibles agresiones por dominios particulares.

Sin embargo, el Catastro no ofrece ningún tipo de aportación al dominio inmobiliario de estas entidades públicas porque su tradicional función de proporcionar aproximaciones gráficas al dominio inmobiliario (de manera subsidiaria ante la inexistencia de representación gráfica alguna del mismo) no ha sido necesaria, ya que las distintas administraciones han contado tradicionalmente con sus propios servicios de apoyo cartográfico, ya sea de manera directa o indirecta.

Tampoco la constancia catastral de este tipo de inmuebles produce aportación alguna a la finalidad para la que existe el Catastro, ya que al carecer

de rendimiento tributario alguno, hubiera sido un gasto inútil haber dedicado esfuerzos catastrales a la constancia catastral de tales inmuebles públicos.

A pesar de las razones expuestas, la Ley 13/1996, en su artículo 53 establece la necesidad de acompañar al título inmatriculador cualquiera que sea la naturaleza de éste, certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca que se pretende inscribir.

Ya nos hemos referido críticamente con anterioridad a este requisito. Cabe reiterar que la base gráfica catastral es absolutamente inadecuada en la inmatriculación registral, ya que se trata del reflejo gráfico de una entidad, la parcela catastral, de naturaleza y características diferentes a las de la finca registral.

En el caso de la inmatriculación de que trata el artículo 206 LH, además de inadecuada es de imposible aplicación conceptual, ya que como acabamos de ver, el Catastro, tan sólo refleja la realidad gráfica de los inmuebles pertenecientes a las entidades públicas, cuando éstos aparezcan en el inventario de la riqueza territorial del que la institución catastral se ocupa, no cuando únicamente aparezcan en los inventarios particulares de cada ente administrativo. Pues bien, lo que ahora se pretende es la localización geográfica a través del Catastro de bienes de titularidad pública que ya deberían contar con su propia localización territorial gráfica.

Efectivamente, el inventario particular administrativo como instrumento previsto en el artículo 303 RH, al que ha de referirse la certificación inmatriculadora del artículo 206 LH, obedece a la necesidad de satisfacer unos objetivos que nada tienen que ver con la institución catastral ni con la registral. En muchos casos se trata de un inventario gráfico, reflejo de levantamientos topográficos particulares al efecto (pensemos en la demarcación de costas o montes), perfectamente regulados desde el punto de vista legislativo y con efectos jurídicos en ocasiones más potentes incluso que los que pueda ofrecer el Registro de la Propiedad.

La incongruencia de la normativa se pone de manifiesto por una patente contradicción. Por una parte, se prevé que las fincas del Estado sean inmatriculadas con simple referencia a su inventario (y caso de no llevarse a cabo, incluso sin esa simple referencia); por otra, se exige certificación catastral descriptiva y gráfica exactamente coincidente con la finca registral, con efecto suspensivo de la inmatriculación pretendida en caso de falta de acompañamiento (*ex art. 276 RH*), medida legislativa desproporcionada e inútil.

## 6. INVENTARIOS ADMINISTRATIVOS, BASES GRÁFICAS REGISTRALES Y SISTEMA INTEGRAL DE INFORMACIÓN GRÁFICA TERRITORIAL

El artículo 303 RH hace referencia a que la descripción de la finca a inmatricular ha de ser tomada con referencia al inventario o los documentos oficiales de la Administración correspondiente. Cuando hablamos de inventario (18) en este contexto no aludimos al estricto concepto tradicional de relación más o menos literaria de tipo enumerativo de las distintas entidades inmobiliarias que son del objeto o interés del ente administrativo de que se trate, sino la detallada localización territorial de cada uno de ellos unida a la descripción gráfica de los mismos que resulte procedente.

Sin embargo, en la actualidad, no existe disposición normativa alguna que establezca la necesidad de que dichos inventarios hayan de ser gráficos, ni menos aun se establecen las condiciones técnicas a que dicho inventario gráfico de inmuebles ha de sujetarse.

Es cierto que muchas administraciones ya gozan de sus propias bases gráficas y que las mismas se hallan configuradas en base a levantamientos técnico-topográficos de alta calidad, pero también es cierto que existen muchas otras entidades públicas (por ejemplo, Ayuntamientos de pequeña o incluso mediana entidad) cuyos inventarios inmobiliarios carecen de base gráfica alguna o, en el mejor de los casos, se apoyan en bases gráficas ajenas a su objeto, como las catastrales (19).

---

(18) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Inventario patrimonial y régimen registral», en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (coord. CHINCHILLA MARÍN), Ed. Thomson/Civitas, 2004, pág. 314.

(19) Precisamente en el supuesto de la Resolución de 12-12-2006 (EDE 2006/353164), la Dirección General ha rechazado que un Ayuntamiento pretenda inmatricular en el Registro una serie de fincas del patrimonio municipal mediante certificación pública cuando carece de inventario en el que deberían estar incluidas las fincas cuya inmatriculación se solicita (arts. 303 RH y 36 RBEL). En consecuencia, no fue posible emitir la Certificación de Inventario a la que se refiere el artículo 303 RH, declarándose por el propio Ayuntamiento que la elaboración del mismo supondría un coste inasumible. Intentada subsanar dicha certificación haciendo constar *la insuficiencia de los datos necesarios para subsanarla* (reconociendo el Ayuntamiento que carece de inventario de bienes) y remitidas las certificaciones catastrales, se insiste en la suspensión de la inscripción alegando la falta de inventario de los bienes.

Lo cierto es que además del inventario, el Ayuntamiento podría haber certificado en relación a los *documentos oficiales que obren en su poder*, del que resulte de forma fehaciente la titularidad de dichos bienes, si bien estos documentos requerirían una calificación registral de control de la legalidad, al carecer de las garantías que ofrece el inventario, como, por ejemplo, la aprobación por el pleno del Ente Local, pero se limita a la mera declaración de su pertenencia, desde que recuerdan los más antiguos del lugar. Las expresiones en cursiva son las empleadas por los artículos 303 y 305 RH, más relevantes para la decisión del caso.

Por ello sería, a nuestro juicio, necesario que se ordenase legislativamente esta cuestión de las bases gráficas de los inventarios administrativos. Una ordenación que, respetando la necesaria diversidad en cuanto al objeto de la representación gráfica de cada administración, estableciese unos parámetros mínimos comunes que permitieran en todo caso el contraste coherente de las distintas informaciones gráficas territoriales.

En cualquier caso, no se puede pretender que un solo tipo de bases gráficas, como las catastrales (a las que subsidiariamente todas las administraciones y el Registro de la Propiedad también, han acudido tradicionalmente) pueda servir para satisfacer cualquier tipo de interés susceptible de representarse gráficamente.

Así, por ejemplo, la demarcación de costas, cuya planimetría se encamina a determinar con precisión, en este caso con perfecta representación gráfica, cuál es el deslinde del dominio público marítimo-terrestre, nada tiene que ver con la actuación de aquellas entidades cuyo objeto es, por ejemplo, catalogar bienes de interés cultural.

Algo más relacionada está la representación gráfica del planeamiento urbanístico, donde la unidad de referencia territorial se halla constituida por la parcela urbanística, con la representación gráfica de límites administrativos, como lo es el del propio término municipal.

En cada uno de estos aspectos y en otros muchos más, el objeto de la representación gráfica no es la propiedad o titularidad dominical, ni tampoco la aparente riqueza territorial (objeto del Catastro), sino que puede obedecer a los más diferentes intereses (cultural, urbanístico, medioambiental). Por eso, determinadas administraciones cuentan con sus propios servicios técnicos de levantamiento topográfico para configurar el inventario de bases gráficas. Este fenómeno se extiende no sólo a la administración de costas o de montes, sino que llega incluso a ámbitos tan específicos como las juntas de compensación urbanística u otros.

Creemos que si lo que se quiere representar no es el tradicional objeto del catastro, la parcela catastral, hay que configurar, a través de los medios técnicos adecuados, la base gráfica apropiada al fin para el que se precisa inventariar la entidad inmobiliaria correspondiente.

Ahora bien, ese trabajo técnico no sólo (aunque principalmente) sirve para atender esa necesidad, sino también ha de poder encajar las diferentes capas de información respectiva dentro de un sistema general de información gráfica.

Resulta evidente que las distintas representaciones gráficas del ámbito de un término municipal han de coincidir en el caso de municipios colindantes en una línea limítrofe común, porque si cada uno de esos Ayuntamientos representa la línea gráfica, utilizando material cartográfico de distinta calidad, o simplemente diferente, la coincidencia no se va a producir y el sistema

general de información territorial incurrirá en la frecuente incoherencia de solapes o espacios vacíos.

Por esta razón resulta absolutamente esencial que existan unos criterios comunes de representación gráfica para cualquier tipo de inventario administrativo que permitan precisamente el encaje racional de las bases gráficas de los diferentes objetos inmobiliarios a representar por parte de cada una de ellas.

En definitiva, diversidad en la representación porque diverso es el objeto de la representación gráfica correspondiente, pero homogeneidad en cuanto a los criterios técnico-topográficos necesarios para llevarlo a cabo.

En la raíz de toda esta regulación de exigencia de aportación de identificación catastral se encuentra una idea que no por antigua, deja de ser, a mi juicio, absolutamente errónea: la idea más que de coordinación, de forzosa identidad entre el Registro de la Propiedad y el Catastro; entre la finca registral y la parcela catastral.

Idea que, a su vez, esconde otra más ambiciosa y al tiempo aun más equivocada: la necesidad de un único tipo de base gráfica territorial que represente todos los intereses que puedan tener su apoyo sobre el terreno.

Es decir, que sea un único recinto el que represente la finca registral, la parcela catastral, la parcela urbanística, las unidades medioambientales y cuantas unidades territoriales gráficas pudieran existir, es una cuestión imposible, y forzarla no supone más que alterar la realidad natural de las cosas.

La finca registral es, como vimos, la porción de terreno delimitada por el dominio de una persona, esto significa que la finca registral es la representación del dominio inmobiliario, la parcela catastral es la unidad del inventario de la riqueza territorial, esta unidad puede ir asociada al dominio inmobiliario y entonces coincidirá con la finca registral, pero puede ocurrir que la representación de una unidad de riqueza territorial no sea coincidente con el dominio inmobiliario y en tal caso poco tendrán que ver uno y otro concepto.

Pero si tomamos como ejemplo una unidad territorial medioambiental, un espacio natural protegido, un barranco tinerfeño sin ir más lejos, en tal caso, lo que interesa a la Administración competente es recintar la porción de terreno que merezca esa especial atención, con independencia de a quién o a quiénes pertenezca el suelo comprendido en dicha unidad medioambiental y con independencia de si la misma constituye o no unidad en el inventario de la riqueza territorial del país (Catastro).

Y lo mismo podría decirse de las unidades de aprovechamiento urbanístico (que se fijan no en consideración a sus posibles propietarios y menos aun en base a una situación catastral que tan sólo con el devenir de los tiempos se sabrá cuál puede ser) o de los espacios objeto de deslinde administrativo.

En sentido figurado podríamos decir que tratar de encajar la pieza cuadrada en el hueco circular, como desde hace tantos años se viene tratando de lle-

var a cabo por parte del legislador, sólo es posible forzando el encaje, rompiendo las aristas naturales de las piezas, en definitiva: cuadrando círculos.

Sería más lógico intentar, en vez de encajar piezas (no se acaba de entender muy bien que resulten equivalentes, encajables) simplemente superponerlas. Sólo así se podrá apreciar en qué coinciden y cuáles son las diferencias que distinguen o enriquecen la información territorial completa globalizada.

La información territorial no se satisface utilizando una única rígida base gráfica de la que no sea posible obtener más que un solo concepto, sino que se obtiene del contraste de todos los diferentes intereses que se apoyan sobre el terreno.

El catálogo de bases gráficas que para la satisfacción de un interés específico deben tener las distintas administraciones inmatriculantes a que se refiere el artículo 206 LH, bases gráficas que no tienen que ser las parcelas catastrales o bases gráficas registrales, aunque pueden coincidir con ellas; ese catálogo es el inventario a que se refiere el artículo 300 del Reglamento Hipotecario. Y es de ese catálogo de donde el funcionario competente ha de certificar la base gráfica que ha de quedar incorporada al archivo de bases gráficas del Registro de la Propiedad.

La base gráfica que se aporte ha de ser la del dominio inmobiliario de la finca que la entidad inmatriculante pretenda inscribir, lo cual significará que dentro del inventario gráfico de cada Administración habrá de realizar un trabajo previo, el de introducir las modificaciones gráficas necesarias para adaptar la base gráfica exactamente con el dominio que se quiera inscribir.

Dado que no es posible acudir a las certificaciones catastrales para determinar geográficamente los dominios públicos inmobiliarios a que se refiere el artículo 206 LH y por ello con acierto la legislación hipotecaria omite cualquier referencia a las mismas en esta materia, cabría plantearse si la necesidad de determinación geográfica, de que venimos hablando, podría ser suplida a través de certificaciones gráficas emitidas directamente por técnicos profesionales independientes contratados por las distintas administraciones inmatriculantes, es decir, cabe plantearse si es posible asumir un sistema equivalente al que vemos al estudiar el artículo 298 RH.

En el caso de las fincas a inmatricular con arreglo al procedimiento del artículo 206 LH es absolutamente innecesaria o imposible. Por una parte, respecto de los bienes que ya gozan de bases gráficas oficiales, es evidente que se hace innecesaria cualquier aportación externa, porque la supuesta certificación gráfica ya existe. Por otra, en cuanto a los bienes a que se refiere el artículo 206 LH, que no gozan de base gráfica adecuada al efecto, también resulta evidente que no pueden descargar la responsabilidad de la adecuada georreferenciación gráfica de su patrimonio, en profesionales al margen de la propia administración titular.

En todo caso, al ser una declaración de una entidad pública, valdrá por sí misma, pero si la declaración se apoya en la apreciación de un profesional particular, la misma estaría sometida a la necesidad de contraste, y ello sería del todo punto inaceptable con el procedimiento establecido en el artículo 206 LH.

El trabajo pericial en la formación de las bases gráficas de las distintas administraciones es evidentemente necesario, pero siempre lo será para la incorporación de tales bases gráficas al inventario correspondiente y no para ser directamente presentada en el procedimiento de inmatriculación del artículo 206 LH.

Que el inventario se nutra del Catastro o del Registro, es algo que tendrá que decidir la propia Administración. Probablemente habrá de utilizar las bases gráficas generadas por ambas instituciones para llegar al inventario gráfico particular necesario.

¿Y por qué se hace imprescindible que la base gráfica sea aportada por la propia entidad pública inmatriculante en base a su propio inventario patrimonial gráfico?

La respuesta estriba en el hecho de que este vehículo inmatriculador previsto en el artículo 206 LH ha de producir en el Registro de la Propiedad una base gráfica registral con efectos necesariamente descriptivos y no simplemente identificativos, según la diferencia que vimos en un punto anterior de este trabajo.

Además es preciso, para que la plenitud de efectos descriptivos se produzca, que haya sanción oficial que se manifiesta en cada estadio de la elaboración y mantenimiento de la base gráfica, particularmente respecto del material cartográfico empleado para georreferenciar el inmueble, siendo la máxima garantía que la misma sea tomada de un inventario gráfico homologado de calidad.

Es cierto que la georreferenciación o referencia al sistema nacional de coordenadas geodésicas de que habla el artículo 9.1 LH es una operación científica que ofrece desviaciones de error tan mínimas que nunca podrían llegar a suponer alteraciones apreciables en el sistema de bases gráficas del Registro de la Propiedad.

Ahora bien, el posicionamiento en un punto real del territorio físico, ha de ser georreferenciado necesariamente por un tipo de instrumento electrónico que, de no hallarse debidamente homologado, puede dar lugar a coordenadas erróneas. He aquí el primer punto a tener en cuenta para que la autoridad oficial sancione el procedimiento.

Pero lo normal es que la georreferenciación no se haga directamente sobre el terreno, lo que sería del todo inoperativo. Lo usual es que a través de programas informáticos, el cursor desplazado sobre ortofotos o cartografía al uso, determine la georreferenciación de cada punto. He aquí otra necesidad

de intervención por parte de la autoridad oficial, que sancione qué tipos de programas o herramientas informáticos son los adecuados para no distorsionar la pretendida exacta georreferenciación.

Además ese programa ha de utilizar un material ortofotográfico y cartográfico cuyo levantamiento puede llevarse a cabo con procedimientos de adecuada validez científica. Por el cumplimiento de estos mínimos estándares de calidad ha de velar también la autoridad pública de que venimos hablando.

Es más, con el tiempo, la renovación de ese material se hace imprescindible y la superposición de imágenes y nuevas cartografías, de no llevarse a cabo a través del procedimiento legalmente sancionado, puede producir distorsiones que afecten incluso a las bases gráficas registrales.

Por todas estas razones y otras que sería prolijo de explicar, es por lo que sería precisa la existencia de todo un protocolo de especificaciones normativas que garantizaran la correcta ubicación georreferenciada de las bases gráficas de las fincas registrales.

En conclusión, es cierto que el Registrador no tiene capacidad técnica para apreciar cuándo tales especificaciones normativas de tipo técnico cartográfico han sido debidamente cumplidas por la base gráfica aportada en la operación de inmatriculación. Por eso, la misma habría de ser oportunamente visada por la autoridad con conocimientos técnicos suficientes para apreciar dichas cuestiones. Concretamente la sanción oficial consistirá, para el caso del artículo 206 LH, en la incorporación previa de la base gráfica al inventario oficial correspondiente, de tal modo que la falta de aportación de tal homologación se considere como defecto que impide la práctica de la operación de inmatriculación pretendida.

#### RESUMEN

##### BASES GRÁFICAS

*En el supuesto del artículo 206 LH, se regula un procedimiento especial de inmatriculación de fincas registrales en atención a la naturaleza pública de la entidad inmatriculante.*

*Esta circunstancia subjetiva debería repercutir no sólo en los aspectos relativos a la acreditación de la titularidad dominical correspondiente, al «contenido» de la inscripción, sino también a la forma de describir el «contenedor o recipiente» de esa titularidad, a la descripción de la finca registral.*

#### ABSTRACT

##### GRAPHIC BASES

*Article 206 of the Mortgage Act regulates a special procedure of first registration, applied when the entity having the property registered is public, that takes the public nature of said entity into consideration.*

*This subjective circumstance must have repercussions on aspects concerning not only accreditation of the proper title of ownership in fee simple (the «contents» of the entry), but also the form of describing the «container or recipient» of said ownership (the description of the registered property).*

*El caso del artículo 206 LH parte de la única declaración de la entidad inmatriculante y, por lo tanto, dicha declaración ha de ser tan absolutamente precisa que cualquier perjudicado por la misma que pudiera querer reclamar ha de poder hacerlo con toda garantía. Se hace absolutamente imprescindible que dicha declaración produzca efectos descriptivos precisos y que la base gráfica registral obedezca a una georreferenciación exacta del contorno del predio.*

*El Reglamento Hipotecario hace referencia a que la descripción de la finca a inmatricular ha de ser tomada con referencia al inventario o los documentos oficiales de la Administración correspondiente. Sin embargo, en la actualidad, no existe disposición normativa alguna que establezca la necesidad de que dichos inventarios hayan de ser gráficos. Por ello sería, a nuestro juicio, necesario que se ordenase normativamente esta cuestión. Una ordenación que, respetando la necesaria diversidad en cuanto al objeto de la representación gráfica de cada administración, estableciese unos parámetros mínimos comunes que permitieran en todo caso el contraste coherente de las distintas informaciones gráficas territoriales.*

*The case addressed by article 206 of the Mortgage Act is based upon the sole declaration of the registering entity, and therefore said declaration has to be so absolutely precise that any party injured by said declaration who may wish to file a claim can do so with all guarantees. It becomes absolutely vital for said declaration to have precise descriptive effects and for the graphic base of registration to obey an exact georeferencing of the tenement's contours.*

*The Mortgage Regulation refers to the fact that the description of the property to be subjected to first registration must be taken with reference to the inventory or official documents of the corresponding administration. However, at present there is no legislation whatsoever establishing the need for such inventories to be graphic. Therefore it would be, in our opinion, necessary for legislation to address this issue. Legislation that, respecting the necessary diversity in terms of the object of graphic representation by each administration, establishes certain common minimum parameters enabling at all events the different types of graphic information on territory to be compared on a consistent basis.*

*(Trabajo recibido el 25-11-07 y aceptado para su publicación el 1-4-08)*

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL



## **RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE**

por Juan José JURADO JURADO

### **Registro de la Propiedad**

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 31-1-2008

(BOE 5-3-2008)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 7

**HERENCIA: PRUEBA DE LOS HECHOS NEGATIVOS.**

Reitera la doctrina sobre la no necesidad de demostrar los hechos negativos, con lo que la designada en el testamento no tiene obligación de demostrar la inexistencia de otros herederos llamados.

Resolución de 9-2-2008

(BOE 5-3-2008)

Registro de la Propiedad de Majadahonda, número 1

**PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO.**

Para practicar la inscripción de la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, con independencia de las circunstancias de hecho, es imprescindible el consentimiento de los que actualmente sean titulares de los diferentes departamentos del edificio.

Resolución de 11-2-2008

(BOE 1-3-2008)

Registro de la Propiedad de Concentaina

**PRESENTACIÓN TELEMÁTICA: REQUISITOS. ASIEN TO DE PRESENTACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO: INFORME DEL REGISTRADOR. RESOLUCIONES DE LA DGRN: CARÁCTER VINCULANTE.**

Además de reiterar la tradicional doctrina del Centro Directivo sobre el escueto contenido que puede tener el informe que emite el Registrador en la tramitación del recurso, y el carácter vinculante de las Resoluciones de la Dirección General, se confirma que las escrituras presentadas telemáticamente fuera del horario de oficina se presentarán en el momento hábil siguiente por su estricto orden atendiendo al sellado de tiempo. La copia electrónica de la escritura tiene una vigencia de sesenta días, pero para su presentación al Registro no es imprescindible que se remita en el mismo día de su expedición o en el siguiente.

Resolución de 13-2-2008  
(BOE 5-3-2008)

Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, número 4

**REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL. CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN.**

Si el Notario ha hecho el pertinente juicio de suficiencia del ámbito de las facultades representativas de un apoderado de una sociedad, en tanto el mismo goza del mismo valor que el que el Notario emite respecto a la capacidad natural de los comparecientes, no puede el Registrador revisar el citado juicio. El Registrador sólo califica la congruencia del juicio de suficiencia notarial con el contenido de la escritura otorgada, no de ésta con el poder en sí. El Notario, a través de su intervención, no sólo tutela los intereses de las partes, sino que también protege los de los terceros en el tráfico. Los Registradores han de respetar el carácter vinculante de las Resoluciones de la Dirección General en los términos establecidos en la Legislación Hipotecaria.

Resolución de 14-2-2008  
(BOE 10-3-2008)

Registro de la Propiedad de Balaguer

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.**

Es posible la anotación de una querella siempre que del mandamiento resulte el ejercicio simultáneo de la pertinente acción civil de posibles consecuencias jurídico-reales. El Registrador puede calificar los documentos judiciales en todo lo referente a la conexión del proceso con el titular registral, así como a los obstáculos que deriven del propio Registro. No es posible la anotación si la finca figura a nombre de tercera persona y el Juez no se ha acogido a la excepción prevista en el último apartado del artículo 20 de la LH.

Resolución de 16-2-2008  
(BOE 10-3-2008)

Registro de la Propiedad de Les Borges Blanques

**CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 254 Y 255 DE LA LH.**

La calificación del Registrador ha de estar debidamente fundamentada. La calificación ha de ser además íntegra, es decir, ha de contener la totalidad de los eventuales defectos apreciados en el documento. En este sentido, considerando los principios del procedimiento administrativo y las últimas reformas introducidas en la legislación hipotecaria, los artículos 254 y 255 de la LH han de ser interpretados en términos que impliquen que el Registrador haga una nota de calificación incluyendo no sólo el defecto de falta de acreditación de la presentación y pago del impuesto, sino también cualesquiera otros de que pudiera adolecer el documento. Por otro lado, el Registrador se debe limitar a apreciar si el acto está o no sujeto al impuesto, sin entrar en mayores valoraciones fiscales.

Resolución de 18-2-2008

(BOE 10-3-2008)

Registro de la Propiedad de Badajoz, número 1

**HIPOTECA: PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN. HIPOTECA: INTERESES ORDINARIOS Y DE DEMORA.**

El tradicional principio de especialidad o determinación hay que entenderlo exclusivamente aplicable a los aspectos jurídico-reales de la hipoteca. Las cláusulas personales se transcribirán sin ser objeto de calificación. Respecto de los intereses, lo fundamental es que quede bien establecida la cifra de responsabilidad hipotecaria.

Resolución de 19-2-2008

(BOE 10-3-2008)

Registro de la Propiedad de Cartagena, número 1

**EXCESOS DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.**

La inscripción de un exceso de cabida, basado en datos catastrales, tiene como premisa ineludible el que el Registrador no abrigue dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Resolución de 19-2-2008

(BOE 30-4-2008)

Registro de la Propiedad de de Torrelavega

**SENTENCIAS DE JUICIOS VERBALES.**

Publica la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, Sección Cuarta, que confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 6, de Santander, que declaró la nulidad de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de diciembre de 2004 (BCRE, núm. 111, enero de 2005; pág. 184, y BOE 30-4-2008).

Resoluciones de 22, 28, 29-2 y 1,14 y 15-3-2008  
(BOE 15, 18, 29 y 31-3-2008)

Registros de la Propiedad de Marbella, número 4, y Estepona, número 1

#### PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN HIPOTECARIA. INTERESES. ANATOCISMO. CLÁUSULAS OBLIGACIONALES. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO.

Se debe considerar conforme con las exigencias del principio de determinación hipotecaria la fijación de la duración de la obligación asegurada con referencia a hechos futuros, ciertos o inciertos, pero determinados.

En cuanto al pacto sobre imputación de pagos, ha de admitirse un amplio juego del principio de autonomía de la voluntad, considerando la específica naturaleza del negocio.

Los intereses remuneratorios y de demora han de garantizarse separadamente al constituir la hipoteca.

En relación con los pactos sobre el tipo de interés remuneratorio, cabe cualquier opción, siempre que no suponga dejar en manos de una de las partes la determinación del mismo (art. 1.256 del CC).

El pacto de anatocismo no puede ser admitido desde la perspectiva del derecho real de hipoteca, en tanto es contrario a la determinación exigible respecto a las cantidades efectivamente garantizadas por razón de los intereses. No se prejuzga su validez obligacional. No puede el Registrador valorar el cumplimiento de la Ley de Usura.

Es admisible el pacto por el que se limita la responsabilidad del deudor al valor de la finca hipotecada y enajenada con arreglo a mercado.

Respecto de los intereses variables, lo esencial, a efectos del principio de determinación, es la fijación de un máximo.

Es admisible el pacto que obliga a revisar el valor de tasación de la finca hipotecada al alza si ésta aumenta de valor durante la vigencia del préstamo.

La calificación registral no alcanza a las cláusulas meramente obligacionales que no tienen acceso al Registro.

El hecho de que el préstamo no sea exigible hasta el vencimiento final del plazo pactado, no convierte a esta hipoteca en una modalidad de hipoteca de máximo de cuenta corriente.

El ámbito de la calificación no alcanza a la consideración de invalidez de ciertas cláusulas a la luz de la legislación de protección de consumidores y usuarios.

Resolución de 23-2-2008

(BOE 17-3-2008)

Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 3

#### RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

La rectificación de la descripción de una finca en lo relativo a su pertenencia a una determinada urbanización, en tanto esta circunstancia es esencial, dadas las consecuencias civiles y urbanísticas que supone, no puede practicarse sin el consentimiento de la entidad representante de dicha urbanización.

Resolución de 25-2-2008

(BOE 15-3-2008)

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 6

#### PARTICIÓN DE HERENCIA. LEGÍTIMA.

El testamento que se limita a instituir a dos de las tres hijas de la causante por partes iguales no puede ser considerado como particional. En la partición de la herencia es imprescindible la intervención de los legitimarios, dada la naturaleza de la legítima en Derecho Común, como *pars bonorum*.

Resolución de 25-2-2008

(BOE 17-3-2008)

Registro de la Propiedad de Torrelaguna

#### DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD.

La constancia en el texto del asiento de una finca, de un poco definido derecho de uso a favor de diferentes parcelas, no impide que pueda inscribirse la adjudicación de la misma como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad titular registral de la citada finca.

Resolución de 26-2-2008

(BOE 18-3-2008)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 6

#### RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EXTRANJERO: ENAJENACIÓN.

Figurando una finca inscrita a nombre de un ciudadano francés que la adquirió en estado de soltero, para poder enajenarla ahora, y en tanto consta en la escritura de venta que ya está casado, habrá que acreditar su régimen económico para determinar si puede disponer libremente de la misma.

Resolución de 26-2-2008

(BOE 17-3-2008)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 6

#### PROHIBICIÓN DE DISPONER VPO. HIPOTECA.

La prohibición de disponer impuesta por la normativa de VPO en tanto no se reintegren los subsidios y ayudas recibidas, ha de ser interpretada restrictivamente y no alcanzan a impedir la constitución de una hipoteca sobre la finca.

Resolución de 27-2-2008

(BOE 13-3-2008)

Registro de la Propiedad de Arzúa

**ASIENTO DE PRESENTACIÓN. ESCRITURA ELECTRÓNICA. PRINCIPIO DE ROGACIÓN. CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 254 Y 255 DE LA LH.**

La Dirección General realiza una serie de comentarios de interpretación de la normativa vigente, llegando a la conclusión de que debe distinguirse entre el acuse de recibo digital de la presentación de un título telemáticamente (que se realiza automáticamente por el propio sistema electrónico del Registro, siempre con un contenido mínimo que permita determinar el Registro remitente, especificando los datos de identificación del documento, número de entrada y fecha y hora de presentación), y la notificación de haberse practicado el asiento de presentación que habrá de efectuar personalmente el Registrador con su firma electrónica en el mismo día (si se recibe el documento en horas de despacho) o al día siguiente (si se presenta fuera de dichas horas). La calificación del Registrador ha de estar debidamente fundamentada. La calificación ha de ser además íntegra, es decir, ha de contener la totalidad de los eventuales defectos apreciados en el documento. En este sentido, considerando los principios del procedimiento administrativo y las últimas reformas introducidas en la legislación hipotecaria, los artículos 254 y 255 de la LH han de ser interpretados en términos que impliquen que el Registrador haga una nota de calificación incluyendo no sólo el defecto de falta de acreditación de la presentación y pago del impuesto, sino también cualesquiera otros de que pudiera adolecer el documento. Habiéndose realizado la presentación telemática, aunque luego se aporte la copia de la escritura en formato papel, sigue siendo obligatorio que el Registrador notifique al Notario presentante por vía telemática la práctica del asiento y las demás incidencias del procedimiento.

Resolución de 28-2-2008

(BOE 29-3-2008)

Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, número 1

**CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS. CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR SUSTITUTO. HIPOTECA: CLÁUSULAS REALES Y OBLIGACIONALES.**

Se reitera la necesidad de que la calificación sea suficientemente fundamentada, que se notifique por medios que permitan dejar constancia de dicha notificación y que sólo sea notificada a quienes legalmente proceda. El Registrador sustituto no puede limitarse a hacer una mera confirmación de la calificación del sustituido. La calificación registral no alcanza a las cláusulas meramente obligacionales, que no tienen acceso al Registro.

Resolución de 29-2-2008

(BOE 29-3-2008)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

**SUBROGACIÓN HIPOTECARIA: PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS. CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR SUSTITUTO. HIPOTECA: CLÁUSULAS REALES Y OBLIGACIONALES.**

La subrogación prevista en la Ley 2/94, de 30 de marzo, especialmente después de la última reforma es aplicable tanto a préstamos como a créditos. No compete al Registrador calificar la adecuación de la escritura de subrogación a la oferta vinculante. La calificación registral no alcanza a las cláusulas meramente obligacionales, que no tienen acceso al Registro. El Registrador sustituto no puede limitarse a hacer una mera confirmación de la calificación del sustituido.

Resolución de 3-3-2008

(BOE 26-3-2008)

Registro de la Propiedad de Almería, número 2

#### ANOTACIONES DE EMBARGO. COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.

Aunque la reforma del artículo 11 del RH fue anulada por el TS, ello no es óbice para, a la luz de los preceptos generales sobre la materia contenidos en la legislación procesal, de propiedad horizontal e hipotecaria, sostener la posibilidad de que una anotación de embargo ordenada por un mandamiento librado en un procedimiento iniciado por el presidente de una comunidad de propietarios, pueda practicarse a nombre de dicha comunidad.

Resolución de 5-3-2008

(BOE 31-3-2008)

Registro de la Propiedad de Celanova

#### CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR SUSTITUTO.

El Registrador sustituto no puede limitarse a hacer una mera confirmación de la calificación del sustituido. Pero tampoco puede señalar otros defectos no advertidos por el Registrador sustituido.

Resolución de 6-3-2008

(BOE 31-3-2008)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

#### SUBROGACIÓN HIPOTECARIA. CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR SUSTITUTO. HIPOTECA: CLÁUSULAS REALES Y OBLIGACIONALES.

La concordancia entre oferta vinculante y escritura de subrogación no es susceptible de calificación registral. No compete al Registrador calificar la adecuación de la escritura de subrogación a la oferta vinculante. La calificación registral no alcanza a las cláusulas meramente obligacionales, que no tienen acceso al Registro. El Registrador sustituto no puede limitarse a hacer una mera confirmación de la calificación del sustituido.

Resolución de 10-3-2008

(BOE 31-3-2008)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

**PRESENTACIÓN POR FAX. HIPOTECA: CLÁUSULAS REALES Y OBLIGACIONALES.**

La presentación por fax se ha convertido en medio sólo utilizable en caso de imposibilidad de la telemática o de solicitud del interesado, pero sólo desde el punto de vista de la responsabilidad del Notario, no con trascendencia de defecto registral. La calificación registral no alcanza a las cláusulas meramente obligacionales, que tras la reforma del artículo 12 de la LH se transcribirán tal cual se recojan en el título.

Resolución de 11-3-2008

(BOE 2-4-2008)

Registro de la Propiedad de Roses, número 1

**INSCRIPCIÓN DE EXCESOS DE CABIDA. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.**

Se pretende la inscripción de un exceso de cabida declarado en una sentencia recaída en un juicio ordinario, alegando el Registrador, y confirmándolo así la Dirección General, que no se puede acceder a ello porque no se han observado en dicho procedimiento las garantías que se prevén en los expedientes de dominio y que aseguran la posible intervención procesal de los titulares de fincas colindantes. El Registrador puede extender su calificación a los extremos señalados en el artículo 100 del RH.

Resoluciones de 12 y 17-3-2008

(BOE 7-4-2008)

Registro de la Propiedad de Torrijos y Jávea

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: OBJETO.**

No puede practicarse anotación preventiva de una demanda cuyo único objeto es la reclamación de una cantidad de dinero, dado que no lleva aparejada ninguna mutación jurídico real ni registral.

Resolución de 13-3-2008

(BOE 29-3-2008)

Registro de la Propiedad de Navalcarnero, número 2

**PROPIEDAD HORIZONTAL: ARTÍCULO 9.5. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO. CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR SUSTITUTO.**

El cumplimiento de lo establecido en el artículo 9.5 de la LPH no impide la inscripción de la transmisión efectuada. La calificación registral no alcanza a considerar la nulidad formal de la escritura calificada. El Registrador sustituto no puede limitarse a hacer una mera confirmación de la calificación del sustituido.

Resolución de 17-3-2008  
(BOE 31-3-2008)

Registro de la Propiedad de San Javier, número 2

**DERECHO DE RETROVENTA: CANCELACIÓN.**

Para cancelar un derecho de retroventa, a menos que se hubiera establecido un plazo específico de caducidad, habrá de estarse a lo previsto en el artículo 177 del RH. Una vez cancelado éste, se cancelará la anotación de embargo que lo grava.

Resoluciones de 17 y 18-3-2008  
(BOE 2-4-2008)

Registros de la Propiedad de Oviedo, número 1, y Alicante, número 3

**HIPOTECA: EN GARANTÍA DE VARIAS OBLIGACIONES. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. CALIFICACIÓN REGISTRADOR SUSTITUTO.**

El principio de especialidad y la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito asegurado, no impiden que puedan garantizarse con una sola hipoteca varias obligaciones que tengan relación de dependencia o conexión entre ellas. Por lo tanto es posible pactar que una parte del préstamo se someterá al régimen establecido para los préstamos concedidos de acuerdo a los Decretos en materia de vivienda protegida, y el resto no. La calificación del Registrador sustituto no es un recurso, sino una auténtica segunda calificación, aunque limitada a los defectos apreciados por el primer calificador.

Resoluciones de 19, 22, 24, 25 y 27-3-2008  
(BOE 16-4-2008)

Registros de la Propiedad de Jávca y Estepona

**PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN HIPOTECARIA. INTERESES. ANATOCISMO. CLÁUSULAS OBLIGACIONALES. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO.**

Se debe considerar conforme con las exigencias del principio de determinación hipotecaria la fijación de la duración de la obligación asegurada con referencia hechos futuros, ciertos o inciertos, pero determinados.

En cuanto al pacto sobre imputación de pagos, ha de admitirse un amplio juego del principio de autonomía de la voluntad, considerando la específica naturaleza del negocio.

Los intereses remuneratorios y de demora han de garantizarse separadamente al constituir la hipoteca.

En relación con los pactos sobre el tipo de interés remuneratorio, cabe cualquier opción, siempre que no suponga dejar en manos de una de las partes la determinación del mismo (art. 1.256 del CC).

El pacto de anatocismo no puede ser admitido desde la perspectiva del derecho real de hipoteca, en tanto es contrario a la determinación exigible respecto a las cantidades efectivamente garantizadas por razón de los intere-

ses. No se prejuzga su validez obligacional. No puede el Registrador valorar el cumplimiento de la Ley de Usura.

Es admisible el pacto por el que se limita la responsabilidad del deudor al valor de la finca hipotecada y enajenada con arreglo a mercado.

Respecto de los intereses variables, lo esencial, a efectos del principio de determinación, es la fijación de un máximo.

Es admisible el pacto que obliga a revisar el valor de tasación de la finca hipotecada al alza, si ésta aumenta de valor durante la vigencia del préstamo.

La calificación registral no alcanza a las cláusulas meramente obligacionales que no tienen acceso al Registro.

El hecho de que el préstamo no sea exigible hasta el vencimiento final del plazo pactado, no convierte a esta hipoteca en una modalidad de hipoteca de máximo de cuenta corriente.

El ámbito de la calificación no alcanza a la consideración de invalidez de ciertas cláusulas a la luz de la legislación de protección de consumidores y usuarios.

Resolución de 21-3-2008

(BOE 30-4-2008)

Registro de la Propiedad de Puentearreas

#### SENTENCIAS DE JUICIOS VERBALES.

Publica, conforme a lo dispuesto en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, que confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Pontevedra, de 20 de octubre de 2006 (Resolución de 11-3-2006) (BCRE, núm. 123; abril de 2006; pág. 890, y BOE 30-4-2008).

Resolución de 25-3-2008

(BOE 16-4-2008)

Registro de la Propiedad de Cuéllar

#### CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS. BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: ENAJENACIÓN.

La calificación registral de los documentos administrativos abarca la valoración del cumplimiento de los requisitos esenciales del procedimiento, apreciando omisiones que sean ostensibles y referidas a requisitos esenciales. Pero no implica la posibilidad de revisar el criterio administrativo respecto al tipo de procedimiento elegido. La regla general para la enajenación de los bienes patrimoniales de las entidades locales es la subasta. Sólo cabe la adjudicación directa en los estrictos supuestos previstos legalmente.

Resolución de 26-3-2008

(BOE 16-4-2008)

Registro de la Propiedad de Pamplona, número 3

**BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: REVERSIÓN. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.**

La reversión de un bien cedido en su día por un Ayuntamiento bajo determinadas condiciones, no puede llevarse a efecto mediante una actuación unilateral de la Administración, sino que se requiere consentimiento de los titulares registrales afectados, o resolución judicial al efecto. En este caso, la Administración no goza de facultades de autotutela.

Resolución de 26-3-2008  
(BOE 16-4-2008)

Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz, número 2

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: AMPLIACIÓN. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN.**

Antes de la inscripción de una transmisión forzosa pueden consignarse registralmente ampliaciones de embargos anteriores al que se ejecuta en los términos del artículo 613 de la LEC, sin que dichas ampliaciones puedan, en consecuencia, ser canceladas por causa de referida ejecución.

Resolución de 28-3-2008  
(BOE 16-4-2008)

Registro de la Propiedad de Alzira

**DERECHO DE VUELO. PROPIEDAD HORIZONTAL.**

El titular de un derecho de vuelo debidamente inscrito puede, en ejercicio del mismo, declarar una obra nueva y modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal sin necesidad del concurso de los titulares de los restantes departamentos.

Resolución de 31-3-2008  
(BOE 25-4-2008)

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina

**CONVENIO REGULADOR: CONTENIDO. BIENES PRIVATIVOS.**

El convenio regulador del divorcio es directamente inscribible, pero siempre que limite su contenido a las cuestiones propias del caso. En consecuencia, sólo cabe que se recoja en el mismo la liquidación de la sociedad de gananciales, pero no eventuales disoluciones de condominio sobre bienes privativos, ni otros negocios traslativos entre los cónyuges, que tendrán que reconducirse al ámbito de la escritura notarial.

Resolución de 7-4-2008  
(BOE 25-4-2008)

Registro de la Propiedad de Baena

## CALIFICACIÓN REGISTRAL: INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 254 Y 255 DE LA LH. CANCELACIÓN DE HIPOTECA.

La calificación del Registrador ha de estar debidamente fundamentada. La calificación ha de ser además íntegra, es decir, ha de contener la totalidad de los eventuales defectos apreciados en el documento. En este sentido, considerando los principios del procedimiento administrativo y las últimas reformas introducidas en la legislación hipotecaria, los artículos 254 y 255 de la LH han de ser interpretados en términos que impliquen que el Registrador haga una nota de calificación incluyendo no sólo el defecto de falta de acreditación de la presentación y pago del impuesto, sino también cualesquiera otros de que pudiera adolecer el documento. Por otro lado, el Registrador se debe limitar a apreciar si el acto está o no sujeto al impuesto, pero sin exigir la previa presentación a liquidación en el caso de que sea aplicable una exención como lo es en las cancelaciones de hipoteca.

### Registro Mercantil

por Ana M.<sup>a</sup> DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 8-2-2008  
(BOE 1-3-2008)  
Registro Mercantil de Málaga

#### CUENTAS ANUALES. AUDITOR VOLUNTARIO.

Reitera las Resoluciones de 6 y 10 de julio de 2007, en el sentido de que, a pesar de lo resuelto en la Resolución de 25-8-2005 en que, atendiendo al principio de publicidad formal y a un eventual perjuicio para otros socios (especialmente los minoritarios) exigió el informe de auditoría a una sociedad no obligada a verificación contable por tener auditor designado e inscrito con carácter voluntario, en este caso entiende la Dirección General que no es aplicable el mismo criterio, alegando como fundamento que en el otro caso resuelto existían además otros defectos como que no se había presentado informe de gestión ni la certificación del artículo 366.1 2.º y 7.º

No menciona la reciente Resolución de 16-5-2007 que seguía el criterio de la de 25-8-2005.

Resolución de 1-3-2008  
(BOE 17-3-2008)  
Registro Mercantil de Santander

#### SOCIEDAD PROFESIONAL.

El artículo estatutario debatido no especifica la concreta profesión cuyo ejercicio constituye el objeto social. Contiene una enumeración de actividades y competencias insuficiente para caracterizar debidamente a la sociedad, pu-

diendo inducir a error en perjuicio de la propia sociedad, de terceros y del tráfico en general. En este tipo de sociedades, designada la profesión, sobra la descripción.

No es necesario incorporar la certificación del Colegio Profesional correspondiente si el Notario manifiesta que la ha tenido a la vista e indica el número de colegiado.

Es preciso hacer constar en la escritura y en la inscripción la identidad de los socios y el número de participaciones, acciones o cuotas de que son titulares (La escritura en cuestión era de adaptación a la LSP).



ANÁLISIS CRÍTICO  
DE JURISPRUDENCIA



# 1. DERECHO CIVIL

## 1.1. Parte general

### *VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL DOMICILIO POR RUIDOS (1)*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE  
*Profesora contratada doctora  
Derecho Civil UCM*

## I. INTRODUCCIÓN

El ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. La exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tiene consecuencias sobre la salud de las personas (v.gr., deficiencias auditivas, aparición de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia).

El ruido merece la consideración de inmisión, esto es, de injerencia de carácter indirecto, material y positivo en la propiedad ajena. Se trata de un fenómeno incorporal, generado por la actividad humana, susceptible de propagación por medios naturales y de penetración en el ámbito espacial de otra propiedad, con efectos negativos para la salud física y psíquica de las personas y para los bienes.

Frente a las inmisiones dañosas o molestas derivadas del ruido, los perjudicados están asistidos de la acción civil para instar ante los tribunales el cese de la actividad que las ocasiona y el resarcimiento de daños y perjuicios.

Estas inmisiones —gravemente nocivas—, cuando afectan a la persona, en relación con su sede o domicilio, son atentados o agravios inconstitucionales a los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio.

En efecto, el derecho a la intimidad reclama para su ejercicio pacífico, un ámbito inmune frente a las agresiones perturbadoras, procedentes del exterior, que no exijan el deber específico de soportarlas, entre las que se encuentran, a no dudarlo, los ruidos desaforados y persistentes, aunque éstos proce-

---

(1) Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, sentencia de 26 de noviembre de 2007, recurso 1204/2004. Diario *La Ley*, núm. 6878, 7 de febrero de 2008, Editorial LA LEY. Ponente: DÍAZ DELGADO, José.

dan del desarrollo de actividades lícitas que dejan de serlo cuando se traspasan determinados límites.

Y ello supone una vulneración del derecho fundamental previsto en el artículo 18 CE, relativo a la intimidad e inviolabilidad del domicilio, con arreglo a la interpretación mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 8-1 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, sobre «Protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales», que sanciona el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

Es más, una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida.

Y la saturación acústica causa daños y perjuicios a los seres humanos, con posible conculcación del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Asimismo, puede suponer una violación del domicilio, como ámbito reservado para la intimidad personal y familiar, con vulneración del artículo 18-2 CE. El libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), queda afectado por la saturación acústica, que atenta contra la intimidad personal y familiar (art. 18-1 CE), tanto dentro como fuera del domicilio.

Finalmente, el desarrollo de la actividad con observancia de las normas y medidas administrativamente requeridas para su ejercicio no impide el ejercicio de acciones civiles de cesación si se lesionan derechos subjetivos, ni altera el régimen de responsabilidad civil cuando las medidas reglamentarias se revelan insuficientes para evitar la producción de daños.

La *acción de cesación* que los propietarios interpongan contra la intromisión ilegítima en la intimidad personal y familiar por el ruido, conlleva la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo el daño indemnizable el ocasionado a la calidad de la vida privada y familiar, así como a la tranquilidad del domicilio y al bienestar.

## II. INTIMIDAD DEL DOMICILIO

La sentencia recurrida no sólo está conforme con lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales de 1950, sino que es igualmente acorde con los artículos 18.1 y 2 de la Constitución (la sentencia sólo acoge la violación del derecho a la intimidad del domicilio) y con el artículo 45 de esta misma norma fundamental.

El Municipio tiene competencia para la vigilancia de este derecho fundamental establecida por el artículo 25 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (2), todo ello en relación con lo dispuesto en los artículos 6,

---

(2) El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:...

...f) Protección del medio ambiente.

...l) Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales...

36 y 37 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, existiendo, aprobada por el Ayuntamiento de Bilbao, una Ordenanza de Protección del Medio Ambiente.

De las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 21 de febrero de 1990 (caso Poweil y Rainer contra el Reino Unido); 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra contra el Reino de España); 19 de febrero de 1998 (caso Guerra y otros contra Italia); y 16 de noviembre de 2004 (caso Moreno Gómez contra España), y de la doctrina del Tribunal Constitucional, recaída en la sentencia 119/2001, o la jurisprudencia de esta Sala recogida en sentencia 10 de abril de 2003 o 29 de mayo del mismo año y las citadas por la sentencia recurrida, se llega a la conclusión de que se considera infringido el derecho a la intimidad del domicilio.

Por otra parte, sostiene la recurrente que de la doctrina de la sentencia 119/2001 del Tribunal Constitucional se desprende que, para que exista vulneración de los preceptos constitucionales es preciso que exista una exposición continuada, unos niveles intensos de ruido y como resultado, el grave e inmediato peligro para la salud de las personas, manteniendo que no se ha probado el nivel de ruidos dentro de la vivienda.

### III. RUIDO ACREDITADO

En el supuesto de hecho se establece que el Tribunal de instancia considera acreditada la concurrencia de un servicio de limpieza viaria en las inmediaciones del domicilio del actor, todos los domingos, entre 6,30 y 8 horas, realizado mediante máquinas barredoras y baldeadoras que se estiman fuentes productoras de excesos sonoros.

Tribunal que da por buenos los informes del Técnico de Medio Ambiente Municipal y de los Policías Municipales que consideran se superan los decibelios admitidos como máximo, tanto en el exterior como en el interior de las viviendas.

Además, la persistencia durante dos años de estos ruidos periódicos, siguiendo lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 16 de noviembre de 2004, *puede producir al ser humano un estado de crispación, que a todas luces le altera psíquicamente con obvias repercusiones físicas y le ocasiona la imposibilidad del disfrute de su domicilio y la dificultad de mantener unas mínimas condiciones para el desarrollo de la intimidad personal y material*, sin que el Ayuntamiento de Bilbao haya corregido esta situación.

El Informe del Jefe de Negociado de Limpieza Pública sostiene que los vehículos utilizados «porter» o de baldeo, representan un importante ahorro de agua, pero a cambio, generan algo más de ruido que otros sistemas, pues se sirven de la propia transmisión del motor del vehículo. Pues bien, es evidente que escoger la solución más económica por las Administraciones Públicas no sólo es posible, sino aconsejable, pero no cuando dicha elección supone poner en riesgo la salud o la intimidad del domicilio de los ciudadanos, de tal suerte que, es al Ayuntamiento como competente, a quien corresponde compatibilizar el servicio público que presta, con estos derechos fundamentales, y que pese al excesivo tiempo transcurrido, no lo ha hecho. En consecuencia, no procede sino confirmar, con la sentencia recurrida que, efectivamente, se ha producido una violación del derecho a la intimidad de don Germán.

#### IV. EXISTENCIA DEL DAÑO E INDEMNIZACIÓN

La sentencia de este Tribunal, de 10 de julio de 1995, en relación con los artículos 106.2 y 139 de la Constitución, condenó al recurrente *al pago de una indemnización* sin haberse acreditado que la misma era condición necesaria para la reparación del derecho fundamental supuestamente vulnerado y sin que se hubiera justificado la concurrencia de los requisitos legales para que la Administración incurra en responsabilidad patrimonial objetiva.

En el Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia objeto de análisis, se examina de forma escueta, pero acertada y suficientemente, la presencia de los requisitos necesarios para asegurar que nos encontramos ante un servicio público, una actuación ilegal de la Administración y un daño, existiendo una evidente causalidad entre éste y la acción de la Administración. En consecuencia, considera ajustada la indemnización concedida.

#### RESUMEN

##### INTIMIDAD DEL DOMICILIO

*La persistencia periódica de los ruidos, que superan los límites sonoros permitidos, tanto en el interior como en el exterior de las viviendas, puede producir al ser humano un estado de crispación, que le altera psíquicamente con repercusiones físicas y le ocasiona la imposibilidad del disfrute de su domicilio y la dificultad de mantener unas mínimas condiciones para el desarrollo de la intimidad personal y material, sin que el Ayuntamiento haya corregido esta situación. Es obligación del Consistorio compatibilizar el servicio público con los derechos fundamentales.*

#### ABSTRACT

##### THE PRIVACY OF THE HOME

*The periodic persistence of noise at levels above the permitted limits, both inside and outside homes, can put a human being into a irritated state that has both mental effects and physical repercussions. Such noise makes it impossible for a person to enjoy his or her home and difficult for a person to maintain a minimum standard of suitable personal and physical privacy. There are cases where the city authorities do nothing to address such situations. It is the obligation of the city officials to make public service compatible with the fundamental rights.*

## 2. Familia

### LOS DAÑOS MORALES DEL EX MARIDO AL DESCUBRIR QUE NO ERA SUYO UNO DE LOS HIJOS NACIDOS DURANTE SU MATRIMONIO (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora contratada doctora  
Derecho Civil UCM*

La sentencia de Primera Instancia estimó en parte la demanda de juicio ordinario instada en reclamación de cantidad por los daños morales, derivados de la situación de depresión, ansiedad y otras dolencias físicas que el actor sufrió al descubrir que el último hijo que tuvo constante matrimonio con su esposa, no era suyo, con una sensación de pérdida asimilable a la muerte de éste.

El Tribunal Supremo considera probado que los demandados actuaron de forma negligente en la concepción de los hijos y dolosa en su ocultación al actor, y, además, que el posterior conocimiento de la verdad ha sido el desencadenante de *un daño al actor que debe ser resarcido*.

La juez *a quo* mantuvo, por un lado, que también él fue negligente en la procreación de tal hijo por la demandada y, por otro lado, el dolo en la demandada:

- al ocultar al actor y entonces esposo su no paternidad del mismo, lo que conocía, según los citados testimonios;
- al permitir con ese conocimiento y, aún de tener meras dudas y siendo que se le manifestaron por aquél, que le inscribiera como propio en el Registro (2);
- que se le fijaran alimentos en la separación (3) durante su tramitación en primera y segunda instancia y pese a la denuncia de ello por el mismo,
- y que instara un proceso de impugnación de la paternidad que sólo admitió inexistente tras las pertinentes pruebas biológicas.

Por todo ello debe *indemnizarse por daño moral*, si a este concepto responde lo expuesto hasta aquí y, en el sentido jurisprudencial, que también fija nuestra citada Resolución de 2 de noviembre de 2004, al señalar: «...estimamos adecuado realizar un examen sobre la consideración del daño moral, a

---

(1) Audiencia Provincial de Valencia, sentencia de 5 de septiembre de 2007, recurso 245/2006. Diario *La Ley*, núm. 6853, 3 de enero de 2008, Editorial LA LEY.

(2) Que la demandada, casada con el actor, tuvo su tercer hijo el 18 de febrero de 2004 por las relaciones extramatrimoniales que mantuvo con don..., inscribiéndolo en el Registro Civil como del primero.

(3) La sentencia de separación se dictó el 4 de febrero de 2005, y en ese proceso el actor ya mostró dudas sobre su paternidad sobre ese tercer hijo, pese a lo cual se fijaron alimentos a favor del mismo, habiendo instado las pruebas de aquélla el mismo en enero anterior, a raíz de cuyo resultado negativo y de la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2005 en otro proceso de impugnación de la paternidad, al que se allanó la demandada, se le devolvieron aquéllos.

los efectos de determinar si la situación vivida por el demandante puede encuadrarse en dicho concepto».

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sí ha hecho referencia a la existencia de *daño moral*: por ejemplo, en la sentencia de 9 de diciembre de 2003, se indica que: «Nuestro Código Civil no contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1.107 impone el resarcimiento de “todos” y ha sido la jurisprudencia casacional civil, que se invoca infringida en el motivo segundo —que ha de estudiarse conjuntamente con el tercero por infracción de los arts. 1.101 y 1.106 del Código Civil— la que ha ido elaborando doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ya desde las antiguas sentencias de 6 de diciembre de 1912 y de 19 de diciembre de 1949, declarando que si bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido (sentencias de 3 de junio de 1991, 3 de noviembre de 1995, 21 de octubre de 1996 y 19 de octubre de 2000) y a tales efectos han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro.

La sentencia de 22 de febrero de 2001, señala que «el daño moral se sustantiviza para referirlo a dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece» ... 2.º Puede ser también aspecto integrador de ese daño moral, cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito, o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas por las lesiones por la muerte de sus parientes más cercanos, por ejemplo, en el supuesto de una relación parental intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa y demás parientes, o incluso, a veces, por relaciones de propia amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudo-parentales... Noveno: Partiendo de estos dos informes, corroborados por el diagnóstico de doña..., estimamos que ha quedado probado el padecimiento que ha sufrido el demandante como consecuencia del conocimiento de la no-paternidad de los tres menores que creía sus hijos, y la pérdida de su contacto, y de los lazos afectivos que mantenía con ellos, que según todos los facultativos que han depuesto genera un sufrimiento que puede ser superior al de la muerte de los menores al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida...».

La sentencia de 19 de octubre de 1996 señaló que, como toda indemnización, el daño moral ha de ser probado por quien lo reclama por mor del artículo 217 LEC y es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, cuando emane de un daño material, o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la *in re ipsa loquitur*, o cuando se da una situación de notoriedad (sentencias de 15 de febrero de 1994 y 11 de marzo de 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria.

En nuestro supuesto de hecho los trastornos físicos y psíquicos del actor (4) no le produjeron la baja laboral y pudieron obedecer no sólo al duelo de pérdida de un hijo, de lo que nunca se recuperará por el que reclama, sino a los otros factores también dichos (cambio de su cargo político de concejal a profesor de secundaria, su separación, su proceso de divorcio y de nulidad eclesiástica, la asignación de domicilio conyugal a su esposa) y todo ello dentro de sus fuertes creencias religiosas, los sufrió y lógicamente su situación depresiva derivó del dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que todo ello le produjo, lo que constituye un daño moral, además notorio en sí, a resarcir.

En cuanto a la *cuantía de la indemnización del daño moral*, la Sala pondera todas las circunstancias, señalando que «...dado el escaso tiempo de convivencia del actor con el menor y su convicción casi desde su nacimiento de que no era hijo suyo y la no excesiva duración de todo el proceso que tuvo lugar hasta que tuvo la certeza de ello, nació en febrero de 2004 y un año después ya lo supo, la cuantía de la indemnización por ese único concepto reclamado, duelo de pérdida de un hijo, de lo que nunca se recuperará, no se puede fijar en los 100.000 euros que señala la resolución apelada, sino que se ha de ponderar por las primeras circunstancias y por deber excluirse las otras situaciones de crisis que indudablemente han contribuido al incremento del daño, de modo que se rebaja a 12.000 euros en cuyo único sentido se estima el recurso».

#### RESUMEN

##### DAÑOS MORALES

*Daño moral sufrido por quien descubre que no es suyo un hijo nacido durante su matrimonio. Consta negligencia de la esposa en la procreación del hijo y dolo al ocultar a su entonces marido su no paternidad del niño, y al permitir que, conociendo que no era hijo suyo, y pese las dudas que aquél le puso de manifiesto, fuese inscrito como propio en el Registro, se le fijaran alimentos en la separación y se instara un proceso de impugnación de la paternidad.*

#### ABSTRACT

##### MENTAL ANGUISH

*Mental anguish suffered by a man who discovers that a child born during his marriage does not belong to him. There is evidence of the wife's negligence in the procreation of the child and her fraudulent intent in concealing from her then-husband his non-paternity of the child and in permitting the child to be registered as his in the knowledge that it was not his child, despite her husband's stated doubts. Support payments will be established in the separation and a challenge of paternity will be filed.*

---

(4) En esta situación, en diciembre de 2004, el mismo actor acudió a la visita del... y luego siguió tratamiento psicológico (informes, documentos de la demanda), todo ello por ansiedad, depresión, trastorno del sueño, cuadro gástrico con brote ulceroso y prurito en tronco y extremidades que requirieron: Tranquimizán, Atarax y Omeprazol, patologías existentes como tales durante el siguiente año y el inicio del presente, con altibajos de mejoría y empeoramiento y derivadas, según dichos peritos, como también ratificaron en su declaración, con examen del paciente frente al aportado de contrario que no lo hizo y las niega, del duelo de pérdida de un hijo, de lo que nunca se recuperará, por las dudas previas al respecto de su paternidad y por la ruptura matrimonial, aunque por ellas no haya estado de baja laboral.

### 1.3. Derechos reales

#### *LA INSCRIPCIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO TRAS LA LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, SOBRE MODERNIZACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Doctora en Derecho*

*Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija*

## I. INTRODUCCIÓN

La escritura que contiene el contrato de hipoteca, que se presenta a inscripción en el Registro de la Propiedad, contiene una pluralidad de pactos o cláusulas, algunas de trascendencia real, pero otras de mera eficacia personal, lo que obliga al Registrador a examinar detenidamente cuáles de todas ellas deben inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Sobre la posibilidad de inscripción de las cláusulas de la hipoteca han existido criterios divergentes y a veces contradictorios entre los propios registradores, lo que ha obligado a la Dirección General a ir resolviendo, en casos concretos, sobre la inscribibilidad o no de cada pacto. Esto ha supuesto una elaboración, casi artesanal, de un elenco de cláusulas de la hipoteca que se pueden y deben inscribir, y cuáles no deben expresarse en el asiento correspondiente.

Muchas han sido, por tanto, las Resoluciones que han ido fijando los criterios y las aportaciones que ha hecho la doctrina sobre estos extremos, lo que ha generado una pluralidad de listados de criterios sobre la inscribibilidad de las cláusulas de hipoteca, a los que había que acudir para resolver sobre la inscripción o no de un determinado pacto. Creemos que era necesario unificar estos criterios, pues lo contrario podía introducir inseguridad jurídica en el sentido de que una determinada cláusula podía inscribirse a juicio de un registrador, y sin embargo no se inscribiera a juicio de otro.

La entrada en vigor de la Ley 41/2007, de Reforma de Mercado Hipotecario, con la nueva redacción del artículo 12 LH, pone a fin a estas incertidumbres, y deja claro cuáles son los criterios que, a partir de ahora, se han de seguir en la inscripción de las cláusulas de la hipoteca.

Vamos a tratar de analizar en estas líneas, a la luz de la doctrina del Alto Centro Directivo, cuáles son los criterios definitivos de dicha inscripción.

## II. INSCRIPCIÓN DE CLÁUSULAS DE LA HIPOTECA ANTES DE LA LEY 41/2007

Como ya hemos dicho, antes de la Ley 41/2007, se han establecido los criterios de inscripción de las cláusulas de hipoteca a partir de los casos concretos. Pero podemos resumir todos ellos, de forma general, y siempre según mi opinión (1), en los siguientes:

---

(1) Véase, sobre el elenco de cláusulas no inscribibles del préstamo hipotecario, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*, CER, Madrid, 2006.

No deberán inscribirse los siguientes pactos o cláusulas de la hipoteca:

1. Pactos o cláusulas nulas. Nos referimos a aquellas cláusulas que son nulas *per se*, de pleno derecho, y deben quedar fuera del Registro, pues el artículo 18 LH afirma que la calificación registral debe alcanzar a la validez de los actos inscribibles. Entre ellas las que contradicen normas imperativas o cláusulas abusivas.
2. Pactos o cláusulas irrelevantes. Son aquellas cláusulas cuya inscripción no es necesaria, pues repiten literalmente la Ley. Por eso son innecesarias, ya que lo que disponen es exactamente lo mismo que exige la Ley.
3. Prohibiciones de disponer. Según los artículos 26 y 27 LH, sólo podrán inscribirse las prohibiciones de disponer impuestas en un acto de carácter gratuito, luego deberán rechazarse todas aquéllas establecidas en el contrato de hipoteca.
4. Pactos de eficacia obligacional o personal. En virtud de los artículos 9 RH y 51.6 RH deberán rechazarse todas aquellas estipulaciones de carácter personal y que sólo deban producir efectos *inter partes*, y por tanto no deban ser oponibles frente a terceros.
5. Cláusulas contrarias al principio de especialidad. Todos aquellos pactos que no describan suficientemente alguno de los elementos de la situación jurídica inscribible deben rechazarse por contradecir el principio de especialidad.

Por último, merecen una mención especial las cláusulas de vencimiento anticipado. Estas cláusulas han sido generalmente las que más «quebraderos de cabeza» han ocasionado en cuanto a su inscripción en el Registro, debido a que las mismas provocan la realización adelantada de la propia garantía, ocasionándose muchas discusiones acerca de la posibilidad de su inscripción, y la consecuente necesidad de examinar, caso por caso, la misma.

### III. LA INSCRIPCIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE LA HIPOTECA TRAS LA LEY 41/2007

La Ley 41/2007 ha dado una nueva redacción al artículo 12 LH, determinando exactamente qué es lo que debe inscribirse en el asiento de hipoteca. Su tenor literal dice lo siguiente:

«En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

Este nuevo artículo describe qué debe recogerse en el asiento de inscripción de hipoteca, señalando que es necesario que se exprese tanto el importe

de la obligación garantizada como el de los intereses, al igual que decía el anterior artículo 12 LH, y añade la necesidad de que se exprese la responsabilidad hipotecaria y que se identifiquen las obligaciones garantizadas y su duración, novedad que, de hecho, en la práctica, ya se venía exigiendo por la Dirección General.

La verdadera novedad la supone el párrafo segundo del artículo 12 LH, que ordena la inscripción de todas las cláusulas financieras, tal cual se encuentren en la escritura de formalización, a diferencia de antes, que había que ir analizando cuáles debían inscribirse y cuáles no, pues todas las que carecieran de eficacia real, o contrariasen alguno de los criterios antes dichos, no debían acceder.

A raíz de la publicación de esta Ley, nos planteamos, de nuevo, cuáles son entonces las cláusulas o pactos de la hipoteca que deben acceder al Registro. Pero, ¿deben inscribirse todas las cláusulas financieras? ¿También las que carezcan de eficacia real? ¿Cómo deben inscribirse? ¿Qué efectos produce su inscripción?

Vamos a tratar de responder a estas preguntas y establecer los nuevos criterios generales de inscripción de cláusulas de hipoteca, basándonos en las últimas resoluciones del Centro Directivo.

## 1. CRITERIOS PARA LA INSCRIPCIÓN

### a) *La trascendencia real*

El primer criterio que ha de tenerse en cuenta a la hora de inscribir o no determinadas cláusulas, es su eficacia real o personal. Como consecuencia lógica de los artículos 9 RH, 98 LH, deben quedar fuera del Registro todos aquellos pactos que carezcan de eficacia o trascendencia real, es decir, los pactos de carácter obligacional o personal. Este criterio es consecuencia normal del propio objeto del Registro que, en principio, sólo debe publicar los derechos o situaciones jurídicas que deban ser oponibles, y eso es propio de los derechos reales, tal y como confirman los artículos 1 y 2 LH y 4 y siguientes del RH. De esta forma, la calificación del registrador se extiende claramente a estas cláusulas reales, pues deben ser objeto de inscripción.

Este ha sido el criterio general y primero que siempre ha tenido en cuenta el registrador en su calificación, pues como afirma la RDGRN de 19 de abril de 2006, «la calificación que debe efectuar [el registrador], como núcleo de su función pública, tiene una premisa previa y es que la misma se extiende a aquellos pactos que tienen trascendencia jurídico-real inmobiliaria, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad; de ese modo, calificación, como actuación jurídica que, primero ha de depurar lo que tiene tal trascendencia y lo que no y, segundo, como control de legalidad para determinar si lo inscribible puede acceder al Registro, constituyen el marco y límites a que debe sujetarse la actuación del funcionario calificador». De igual forma, la RDGRN de 15 de marzo de 2007, recogiendo lo establecido en esta resolución citada, y ante la inscripción de unas determinadas cláusulas financieras de una hipoteca, confirma esta idea señalando que «por imperativo del artículo 18 LH, el registrador sólo podía calificar las cláusulas de trascendencia jurídico-real inmobiliaria, debiendo comenzar su examen como *prius* lógico de su actuación, determinando qué cláusulas tienen tal carácter y deben ser

calificadas y, en su caso inscritas, y cuáles son de carácter financiero y quedan vedadas a su calificación». Por lo tanto, y como primer criterio a tener en cuenta, el Registrador deberá rechazar los pactos que no tengan trascendencia real, pues como bien dice esta misma resolución, «siendo el objeto de inscripción el derecho real de hipoteca, aquél debe limitarse a lo imprescindible para dar a conocer la extensión del derecho inscrito».

Si seguimos estrictamente lo que se acaba de exponer, sólo deberían inscribirse las cláusulas del contrato de hipoteca que definan el derecho real o tengan por sí mismas trascendencia real, es decir: las relativas a la responsabilidad hipotecaria, extensión objetiva de la hipoteca, pactos sobre el rango, y aquellas relativas a la identificación de la obligación garantizada en cuanto que la hipoteca no puede separarse de aquélla, además de las cláusulas —financieras— que determinen el importe del principal de la deuda, de los intereses pactados y la duración de la misma.

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, de Reforma del Mercado Hipotecario, subraya esta idea al afirmar, cuando justifica la nueva redacción del artículo 12 LH que: «a tal fin se establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración», de donde «las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real». Es decir, la Exposición de Motivos de la propia Ley sigue como primer criterio para la calificación, la trascendencia real o no de las cláusulas de la hipoteca, incluso, parece que da a entender que esto afecta a las cláusulas financieras, de forma que sólo podrán inscribirse aquéllas de trascendencia real (2), quedando fuera aquellas financieras que no tengan tal carácter.

Sin embargo, y como recoge, entre otras varias, la RDGRN de 15 de marzo de 2008, «como excepción y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007 en la modificación del artículo 12 de la LH ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación». Luego, aunque el primer criterio para la calificación y consecuente inscripción deba ser la trascendencia real, como excepción, y para favorecer las demandas sociales y unificar los criterios de calificación, evitando calificaciones discordantes, la Ley 41/2007 matiza sus propias palabras de la Exposición de Motivos, abogando por la inscripción de todas las cláusulas financieras, tengan o no trascendencia real. Se modifica parcialmente el primer criterio establecido en aras de la seguridad del tráfico.

---

(2) Tienen trascendencia real las cláusulas financieras relativas a la determinación de la obligación garantizada, su importe, plazo, intereses, forma de amortización, etc., por cuanto configuran el derecho inscribible, por lo que hemos explicado.

## 2. Cláusulas financieras

Acabamos de decir que las cláusulas financieras deben inscribirse siempre, aunque carezcan de eficacia real, matizando de esta forma el criterio general de calificación e inscripción, que se altera ligeramente, pero siempre, claro está, que los pactos de trascendencia real inmobiliaria hayan sido calificados favorablemente. Como afirma la DGRN (3), de esta forma se hace compatible el principio de legalidad y la seguridad jurídica requerida para la contratación en masa típica en las hipotecas a favor de entidades financieras.

No obstante, podemos introducir, de nuevo, matices a esta afirmación, pues no deberán inscribirse aquellas cláusulas financieras que:

- a) sean contrarias a una norma imperativa o
- b) que hayan sido declaradas nulas por abusivas, por los Tribunales, e inscritas como tales en el Registro de Condiciones Generales.

Estos criterios son la aplicación concreta a este supuesto de los generales que ya existían y ya habían sido previamente confirmados por la DGRN con respecto a cualquier tipo de cláusula. En este sentido, la DGRN ha insistido en que no pueden inscribirse pactos que contraríen normas imperativas, por ejemplo, en la RDRGN de 10 de abril de 2000, cuando se pretendía inscribir el pacto de sumisión a un Tribunal distinto del lugar donde radique el inmueble, o los pactos que establezcan un número distinto de subastas en la ejecución hipotecaria, o que contradigan la normativa del Banco de España o del Ministerio de Economía. En cuanto a la no inscripción de cláusulas declaradas nulas por abusivas, la RDGRN de 19 de abril de 2006, confirma esta idea al decir que: «el Registrador no puede erigirse en una suerte de Juez que declare la nulidad de determinadas cláusulas por contravenir dicha normativa sin que previamente exista la pertinente declaración judicial de tal nulidad...». Por lo tanto, el Registrador sólo podrá rechazar esas cláusulas previamente declaradas nulas que estén inscritas como tales en el Registro, pero no las que no cumplan estos requisitos, aunque a su juicio fueran nulas.

Se restringe, de este modo, al mínimo, la posibilidad de rechazar la inscripción de las cláusulas financieras, que, por regla general, hemos de concluir que deben inscribirse siempre. En este sentido, todas las cláusulas de vencimiento anticipado deberán reproducirse en todo caso en el asiento, salvo que contravengan los dos criterios señalados.

Se nos plantea, entonces, que esta situación puede originar alguna contradicción, pues como deben inscribirse todos los pactos financieros, puede «colarse» alguna cláusula que a lo mejor no debería estar. Por ejemplo, la cláusula de vencimiento anticipado por insolvencia del deudor no contradice ninguna ley imperativa, y aunque el TS la ha declarado nula, no está inscrita como tal en el Registro de Condiciones Generales. ¿Deberá inscribirse a pesar de ser nula? Parece que sí, según lo que acabamos de explicar, puesto que es una cláusula financiera y no está dentro de las excepciones. En este caso corresponderá al deudor oponer como excepción la no viabilidad de la ejecución, si ésta se llevara a cabo; en definitiva, el Juez será quien deba apreciar o no, la posibilidad del vencimiento anticipado, produciéndose, entonces, cierta judicialización en la decisión de la viabilidad de estas cláusulas.

---

(3) Véase, en este sentido, las RRDGRN de 19 de abril de 2006 y 15 de marzo de 2008.

Como conclusión: deberán inscribirse en el asiento de hipoteca las cláusulas de trascendencia real y todas las financieras. Todas las demás cláusulas o pactos que contenga la escritura pública deben quedar fuera del Registro, por no necesitar publicidad registral.

## 2. FORMA DE INSCRIPCIÓN Y EFICACIA DE LA MISMA

Debemos puntualizar, no obstante, que si bien las cláusulas de trascendencia real deben ser calificadas e inscritas (si la calificación fuera favorable) en el asiento, formando parte del mismo y gozando de la publicidad registral, no ocurre lo mismo con respecto a las cláusulas financieras.

Estas cláusulas deben reproducirse en el asiento de inscripción de hipoteca, tal cual se encuentren redactadas en el título —escritura— que las recoja. Se dudó si debían recogerse mediante una nota marginal, pero se ha acordado que deben aparecer en el propio asiento de inscripción y de forma literal, ya que el registrador debe limitarse a transcribirlas. Así se desprende de las siguientes Resoluciones: RDGRN de 15 de marzo de 2008: «respecto de estas cláusulas financieras el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es, a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico-real inmobiliaria —las enumeradas en el párrafo primero del art. 12 de la LH— hubieran sido calificadas favorablemente»; o como corrobora la RDGRN de 6 de marzo de 2008, diciendo que las cláusulas financieras «no son objeto de calificación, sino de mera transcripción en los términos pactados y que resulten del título» (4).

Una vez que aparecen recogidas en el asiento de inscripción, debemos plantearnos cuál es su eficacia; es decir, si esas cláusulas inscritas gozan de los efectos de la fe pública registral, o no. Tal y como ha señalado el Centro Directivo, estas cláusulas transcritas, que no tienen trascendencia real, sólo gozan de una publicidad con efectos de mera noticia. Es decir, no gozan de publicidad registral, y por lo tanto carecen de oponibilidad, limitándose a tener una eficacia personal *inter partes*, como mera noticia.

Es necesario que se inscriban, tal y como recoge la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, pues la posibilidad de su conocimiento a través del asiento registral con publicidad con efectos de mera noticia, es aconsejable para el tráfico jurídico, pero no pueden predicarse otros efectos de su inscripción en el asiento de hipoteca. Esta eficacia de publicidad-noticia ha sido confirmada por la DGRN en una pluralidad de Resoluciones, por ejemplo: RRDGRN de 21 de diciembre de 2007, 14 de enero de 2008, 1, 8 y 28 de febrero de 2008, 10, 14, 15 y 19 de marzo de 2008.

Podríamos concluir que nos encontramos ante una situación jurídica inscribible nueva, pero que no goza de oponibilidad; estos pactos no son oponibles frente a terceros a pesar de estar inscritos en el Registro, y por tanto, no cabría alegar mala fe de un tercero hipotecario, por el hecho de estar recogidos en el asiento registral. Su eficacia es, en definitiva, la misma que tendrían en la escritura, sólo que el Registro le otorga una mayor posibilidad de conocimiento, de difusión a todos los que necesitaran conocerlo.

---

(4) Repiten estas afirmaciones las RRDGRN de 21 de diciembre de 2007, 14 de enero de 2008, 1, 8 y 28 de febrero de 2008, 10, 14 de marzo de 2008.

RESUMEN

CLÁUSULAS PRÉSTAMO HIPOTECARIO

*La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, sobre Modernización del Mercado Hipotecario, ha modificado el artículo 12 LH, clarificando, por fin, qué cláusulas de la hipoteca deben inscribirse en el Registro. En este trabajo se hace un repaso a los criterios existentes hasta entonces y a las novedades que ha supuesto este artículo, tal y como lo han interpretado las últimas Resoluciones de la DGRN.*

ABSTRACT

MORTGAGE LOAN CLAUSES

*Act 41/2007 of 7 December on the modernisation of the mortgage market amended article 12 of the Mortgage Act, clarifying at last which clauses of a mortgage must be registered. This paper reviews the criteria existing hitherto and the new features ensuing from the amendment of article 12, as interpreted by the latest decisions of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs.*

#### 1.4. Sucesiones

*LA LEGÍTIMA. LOS CONCEPTOS DE COMPUTACIÓN, ATRIBUCIÓN, IMPUTACIÓN Y COLACIÓN. LA ACCIÓN DE SUPLEMENTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO*

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL  
*Profesora Titular de Derecho Civil. UNED*

Dentro de la sucesión hereditaria, hay sistemas, como el nuestro, en los que la ley reserva una porción de bienes, las legítimas, para determinados herederos que, precisamente por esto, reciben el nombre de herederos forzosos (art. 806 del Código Civil). Suponen un límite a la libertad de testar.

Se queja el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 29/2008, de 24 de enero, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de que al tratar de las legítimas, con frecuencia se confunden conceptos como el cómputo de la legítima, la atribución del pago de la misma, la imputación y la colación, conceptos que deben estar perfectamente claros. Esta observación del Supremo nos ha llevado a considerar que sería apropiado ofrecer en esta sección dedicada al análisis crítico de la Jurisprudencia en materia de sucesiones las definiciones que ha dado el alto Tribunal en diversas sentencias de estos conceptos para contribuir a la evitación de dichos errores.

#### 1. CÓMPUTO DE LA LEGÍTIMA

Es la fijación cuantitativa de la legítima, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina

sumando el *relictum* con el *donatum* (1), siguiendo los postulados del artículo 818 del Código Civil.

Señala la STS de 17 de noviembre de 1925 que, según lo establecido en los artículos 619 y 818, párrafo 2.º del Código Civil, el caudal relicto lo constituyen todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, y al valor líquido que los bienes hereditarios tuvieran se agregará el que tenían todas las donaciones colacionables del mismo testador en el tiempo en que las hubiera hecho.

Para calcular la legítima deben computarse las donaciones no exceptuadas, de ello se ocupa la STS de 21 de abril de 1990, al decir que para el cálculo de la legítima, mejora y tercio de libre disposición de la herencia deben sumarse a lo relicto líquido todas las donaciones no exceptuadas de computación por razón de sus circunstancias (como pueden ser, entre otras, las remuneratorias, las onerosas y modales, usuales, las de frutos...) y que así se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 808 y 818 del Código, preceptos de los cuales el primero determina las cuotas que constituyen la legítima, señalando la proporción, mientras que el segundo indica el modo de determinar el montante de una de esas cuotas ideales, estableciendo la base a la que debe aplicarse aquélla.

## 2. ATRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA

Es el pago de la legítima por cualquier título, ya sea como herencia o como donación (2), tal como establecen los artículos 815 y 819 del Código Civil. El artículo 819 complementa al 815 al disponer que las donaciones hechas a los herederos forzosos deben imputarse a la legítima, salvo que el testador disponga expresamente lo contrario. En cuanto a las donaciones hechas a hijos o descendientes, si se hacen en concepto de mejora, deberán incluirse en el tercio correspondiente.

Las donaciones hechas a los hijos que no tengan el concepto de mejora se consideran anticipo de la legítima, por tanto en caso de recibir bienes por cuantía inferior a la que por legítima le debía corresponder al legitimario le asiste únicamente el derecho de pedir el complemento de la misma, al amparo del artículo 851 del Código Civil, según la STS de 20 de febrero de 1981.

## 3. IMPUTACIÓN DE LA LEGÍTIMA

La imputación de la legítima supone colocar a cuenta de la misma lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario (3), artículo 819 del Código Civil, que se refiere a la imputación de las donaciones. Mediante la imputación se adjudican las donaciones a las diversas partes en las que idealmente se divide la herencia con la finalidad de determi-

---

(1) Así lo dicen expresamente las sentencias de 17 de marzo de 1989, 28 de septiembre de 2005 y 24 de enero de 2008. Hacen referencia las de 21 de abril de 1990 y 21 de abril de 1997.

(2) STS de 24 de enero de 2008.

(3) STS de 31 de abril de 1990, de 28 de septiembre de 2005 y de 24 de enero de 2008.

nar si fueron o no inoficiosas, es decir, si excedían o no del margen de libertad atribuido al causante para disponer a título gratuito de sus bienes.

#### 4. LA COLACIÓN

Dice el Supremo (4) que «la colación es un tema de cálculo de legítima, cuando hay varios legitimarios». Según la sentencia de 17 de diciembre de 1992, es la adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado; o, más precisamente, la agregación intelectual que deben hacer al activo hereditario los legitimarios que concurran en una sucesión con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante en vida de éste, a título gratuito, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de participación, como dice el artículo 1.035 del Código Civil.

La STS de 19 de julio de 1978 recalca que la colación de bienes es una operación previa a la partición de la herencia y por ella hay que entender «la agregación numérica que haya de hacer a la herencia del valor de todas las donaciones hechas por el causante a los efectos de señalar las legítimas y para averiguar si son inoficiosas».

«El causante puede dispensar la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código Civil. La colación lleva simplemente a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que recibió en vida del causante, pero no evita las operaciones de computación e imputación» (5).

##### 4.1. FINALIDAD DE LA COLACIÓN

A la finalidad de la colación se refiere la STS de 19 de junio de 1978, al decir que: «tiende a defender la intangibilidad de la legítima y, por ello, a la igualdad entre los herederos forzosos, en el supuesto de alteración de esa igualdad, por las causas establecidas en el artículo 1.035 del Código Civil, ya que en principio... la voluntad del causante es que haya igualdad entre los legitimarios».

La STS de 19 de julio de 1982 pone de manifiesto que el cálculo de la legítima lleva como consecuencia la posible reducción de legados y donaciones y que implica una ordenación típica basada en criterios de equidad tendentes a evitar las desigualdades en la distribución de la herencia, en tanto el causante no dispense de ellas, siempre dejando a salvo el régimen de legítimas, lo que lleva consigo que la imputación, precisa para determinar las legítimas, se impone, incluso sobre la voluntad del testador como se deduce del artículo 1.036.

#### 5. LA ACCIÓN DE SUPLEMENTO DE LEGÍTIMA

Dado que el heredero forzoso tiene derecho a su legítima, si el testador le ha, por cualquier título, dejado menos de lo que le corresponde, puede pedir el complemento de la misma (art. 815 del Código Civil).

---

(4) STS de 24 de enero de 2008.

(5) STS de 24 de enero de 2008.

El heredero forzoso, por tanto, tiene derecho a percibir en la herencia la cuantía que le correspondiere y podrá recibirla «por cualquier título», por medio de un legado, una donación...

El suplemento de la legítima tiene como finalidad el poner remedio a la lesión sufrida en la legítima. Curiosa es la solución dada por el Supremo, en la sentencia de 30 de marzo de 1968, que admitía el suplemento de la legítima en la lesión realizada por el testador y, sin embargo, no la admitió cuando era consecuencia de las operaciones llevadas a cabo por el contador partidor testamentario, basándose en una interpretación absolutamente literal del artículo 815 del Código Civil, señalando que este precepto es «claro, preciso y terminante y... no admite otra interpretación que la gramatical: sólo confiere la acción de complemento de legítima al heredero forzoso frente al acto del testador que le haya dejado menos de lo que legítimamente le corresponde».

LACRUZ BERDEJO (6) no está de acuerdo con la interpretación que hace el Supremo del artículo 815 en esta sentencia, considerando más exacta la de la recurrente, según la cual debe admitirse la acción de suplemento de legítima para las operaciones particionales realizadas por el contador testamentario, subrogándose en lugar del testador, de modo que si éste no puede hacer algo también debe estarle prohibido a aquél. En definitiva, debería corresponder a los legitimarios la acción de complemento de legítima tanto en el supuesto de que vean menguada su parte por el testador como por el contador testamentario al realizar la partición.

La acción de suplemento debe dirigirse contra la comunidad hereditaria si se ejercita antes de la partición, o contra cada uno de los herederos si la acción se entabla una vez realizada la partición, debiéndose hacer cargo del suplemento de la legítima aquellos herederos que hubiesen sido instituidos en una porción mayor que la que por ley les correspondiere y, en caso de que no fuese suficiente, se procederá a la reducción de los legados y las donaciones.

#### RESUMEN

##### LA LEGÍTIMA

*Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la legítima. Se estudian los conceptos de computación, atribución, imputación y colación porque, según el Supremo, a menudo se producen confusiones entre los mismos. Asimismo se analiza la acción de suplemento de legítima en la jurisprudencia.*

#### ABSTRACT

##### THE RESERVED PORTION

*Critical analysis of Supreme Court jurisprudence concerning the portion of a decedent's estate that is reserved for the heir or heirs. The concepts of calculation, assignment, credit and collation are studied, because, according to the Supreme Court, they are often confused with one another. Moreover, case law on action to supplement the reserved portion is analysed.*

---

(6) LACRUZ BERDEJO, J. L. y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1973, pág. 144.

## 1.5. Obligaciones y Contratos

### NO TODA OBLIGACIÓN SE EXTINGUE CUANDO EN EL OBLIGADO RECAE EL DERECHO A EXIGIR EL CUMPLIMIENTO

por

ISABEL MORATILLA GALÁN  
*Licenciada en Derecho*

Al tratar el Código Civil de la extinción de las obligaciones, señala como una de sus causas, la confusión de derechos de acreedor y deudor. La sección 4.<sup>a</sup>, del capítulo IV, del Título I del Libro IV del Código dedica a este modo de extinción los artículos 1.192, 1.193 y 1.194; la rúbrica que lleva la sección es ésta: «De la confusión de derechos». La palabra «confusión» en cuanto acción y efecto de confundir viene a ser algo que indica alteración en la individualidad de las cosas y de las relaciones, y entendemos por tal, el medio extintivo de la obligación al reunirse en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor. El efecto de esta reunión es la extinción *ipso iure* del derecho real menos amplio y cuya explicación, según la doctrina unánime, se encuentra bien en la consideración práctica de la total inutilidad del derecho real (usufructo, servidumbre, etc.) o en la motivación dogmática de la elasticidad del derecho de propiedad que se comprime cuando está gravada con algún derecho real y su automática expansión a la situación originaria y libre, tan pronto como el gravamen cesa, o finalmente, por la propia naturaleza de los *iure in re aliena* que, por definición, no pueden subsistir cuando la propiedad no pertenece a otro titular. Al reunirse en una sola persona ambas titularidades, habría dejado de ser un *ius in re aliena*, para transformarse en un *iur in re propria*, lo que por definición no es posible. Así pues, tal y como dispone el artículo 1.192, en su primer párrafo, y así se obtiene el fin de la relación obligatoria por medio distinto de la realización de la prestación por el deudor.

A continuación pasamos a enumerar los requisitos o condiciones que se han de dar para que se efectúe la confusión con efectos extintivos:

1. Que el deudor y acreedor lo sean con carácter principal. Por ello, según el artículo 1.193: «la confusión que recae en la persona del deudor o del acreedor principal aprovecha a los fiadores», y, en cambio, la que se realiza en cualquiera de éstos no extingue la obligación (1). El fundamento de la norma es una aplicación de las reglas generales y, en consecuencia, de acuerdo con el principio de accesoriadad, la extinción de las obligaciones principales acarrea también la de las accesorias y no al contrario, y es que la primera parte del artículo nos habla de la extinción de la fianza como consecuencia de la confusión entre acreedor y deudor principal, pero la verdad es que la garantía personal de la fianza se extingue como consecuencia de la extinción del crédito garantizado, cualquiera que sea su causa y no exclusivamente por confusión.

---

(1) Este precepto lo explica GARCÍA GOYENA diciendo que: «las dos partes del artículo se fundan: la primera en que, extinguida la obligación principal o la del deudor, no puede subsistir la accesoria de la fianza u otra cualquiera especie... y la segunda en la razón inversa de que la extinción de la accesoria no envuelve la de la principal».

2. Que la reunión de los dos conceptos de acreedor y deudor no afecte a patrimonios separados. Por ello no opera la confusión de derechos cuando el heredero acepta la herencia a beneficio de inventario; por lo tanto podrá, en ese caso, ejercitar los créditos que tenga contra la herencia así aceptada, así se deduce del artículo 1.192, párrafo 2.

Y un supuesto particular de confusión de derechos contempla el Código Civil en el artículo 1.194 al determinar que «la confusión de derechos no extingue la deuda mancomunada, sino en la porción correspondiente al acreedor o deudor en quien concurren los dos conceptos», pues se trata de una norma debida a la naturaleza jurídica de las obligaciones mancomunadas (2). En cambio, la doctrina observa, en el caso de obligación solidaria, la confusión nacida en uno de los deudores extinguirá completamente la obligación.

El Tribunal Supremo ha corroborado estas normas en reiteradas sentencias, siendo necesario, para la confusión de obligaciones, que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor, como hemos comenzado diciendo en el párrafo anterior, y la confusión y consiguiente extinción de obligaciones establecidas en el citado artículo 1.192 no puede afectar a los derechos independientes de los actos y herencia de la persona en quien se hayan reunido los caracteres de acreedor y deudor, así lo manifiesta la sentencia de 21 de noviembre de 1902, pero, si bien este artículo sienta la regla general de que la obligación queda extinguida desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor, el supuesto al que alude este precepto no se da cuando no se trata de una sola obligación sino de dos independientes: *una*, la asumida por la deudora respecto de la acreedora, y *otra*, la contraída por esta última a favor de la caja de ahorros, y aún en la hipótesis de que la citada caja de ahorros se hubiera subrogado en la deuda real y personal de aquella deudora y pudiera discutirse la procedencia de la compensación, existirían dos créditos y dos deudas entre las mismas personas, no una sola persona que fuera acreedora y deudora en la única relación obligatoria existente; sin embargo, el artículo 1.194 declara que tal confusión no extingue la deuda mancomunada, sino en la porción correspondiente al acreedor o deudor en quien concurren los dos conceptos, citamos a este respecto la sentencia de 7 de noviembre de 1906. La confusión es igualmente tomada en consideración por el Tribunal Supremo como típico modo de extinción de las obligaciones a consecuencia de esa sobrevenida coincidencia en un único sujeto de las dos cualidades de acreedor y deudor, ya sea porque el originario deudor viene a ser acreedor o viceversa, en las siguientes sentencias: 5 de marzo de 1924, al resolver sobre una cuestión de giro de una letra de cambio, entendió que no había lugar a la confusión, ya que «...no llegaron a reunirse en la misma persona los conceptos de acreedor y deudor»; igual criterio en la sentencia de 6 de mayo de 1927. Y en la de 22 de enero de 1963, con iguales fundamentos se recoge un supuesto de confusión parcial en la sexta parte correspondiente al heredero administrador (3).

---

(2) Sin embargo, la doctrina, cabiendo citar entre los autores a CASTÁN, PUIG BRUTAU, RUIZ GALLARDÓN, observa que en el caso de obligación solidaria, la confusión recaída en uno de los deudores dejará extinguida completamente la obligación.

(3) En la STS, de 16 de mayo de 1978, el fundamento de la confusión como modo de extinción de las obligaciones es el tradicional, pues se trata de un caso de compraventa de la vivienda por el arrendatario, el arrendatario adquirió por compra la vivienda

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado es igual y unánime, citando, entre otras, las Resoluciones de 7 de noviembre de 1906, 29 de octubre de 1912, 14 de enero de 1914, 14 de septiembre de 1927 y 19 de noviembre de 1947.

En la doctrina, autores como DÍEZ-PICAZO no incluyen a la confusión como figura equivalente al pago. Tampoco la estudia dentro de las formas especiales de pago. La confusión aparece dentro de las causas de extinción de la relación obligatoria, no de la obligación, desentendiéndose del efecto satisfactorio; de la extinción del crédito o de la liberación del deudor y viendo en esta figura «la desaparición de la relación obligatoria al haber perdido vigencia el sistema de organización que se encontraba instaurado entre las partes». Este interesante punto de vista se acerca a la tesis que diferencia la confusión de los demás mecanismos extintivos, pues en tanto que el pago, la condonación, la compensación, etc., producen la extinción de la obligación desatando el «vínculo jurídico», la confusión no parece que afecte a la obligación misma y más bien determina su extinción por causa de imposibilidad sobrevenida.

De la confusión como causa de extinción de las obligaciones se habla repetidamente en el Derecho romano, y observamos que son muy pocas las variaciones experimentadas en las normas que disciplinan la figura de la confusión. Los romanistas suelen remitirse a un texto de Gayo en las Instituciones —IV, 78—, en el que se habla de que si el siervo, tras cometer un delito contra Ticio, persona distinta de su dueño, luego pasaba a poder de aquél, la acción que correspondía a Ticio, no tenía ya lugar, demostrando que la confusión tenía lugar, incluso, fuera de la sucesión. El fundamento estaba en esa reunión, en una misma persona, de las cualidades de demandante y demandado. Ya desde el Derecho romano parece que la razón estaba en esa sobrevenida falta de pluralidad de «partes» que impide hablar de relación jurídica. En el Derecho romano se plantearon y discutieron vivamente casi todos los problemas que hoy sigue discutiendo la doctrina. En distintos pasajes se plantea, y con opiniones contrarias, el punto de si la confusión produce o no los mismos efectos extintivos que la *solutio*. De igual forma los jurisconsultos romanos trataron todas las incidencias que presenta la confusión en relación con la garantía de fianza. Se determinan las posibles relaciones entre acreedor y fiador; acreedor y deudor y fiador, así como sus posibles efectos jurídicos. En el supuesto de confusión entre acreedor y fiador, la obligación quedaba extinguida en virtud del tan repetido principio de que nadie puede ser acreedor y deudor de sí mismo. Si se trataba de relación entre acreedor y deudor principal, no era tampoco la confusión la que extinguiría la obligación, sino el principio de que lo accesorio sigue a lo principal. Finalmente, cuando se estaba ante una relación entre deudor y fiador, al producirse confusión entre ambos, hay diversidad de opiniones en los textos.

De esta brevísima consideración histórica, lo que parece evidente entre otras cosas es que en las fuentes con la denominación de *confusio* se están

---

arrendada, y posteriormente esa compraventa quedó resuelta por incumplimiento del pago del precio por parte del comprador, se acordó que la resolución del contrato no puede hacer que el comprador vuelva a ser arrendatario al desaparecer *ipso iure* con la compraventa uno de los elementos personales del arrendamiento y advenir el arrendatario al dominio, y, puesto que la resolución del contrato de compraventa obliga a la recíproca restitución de las prestaciones, por lo tanto, en este supuesto de confusión transitoria quedó sin efecto por resolución de contrato de compraventa.

tratando situaciones jurídicas diversas. Unas veces referidas a la confusión de cosas muebles dentro de la accesión; en otras ocasiones a la consolidación, que se atribuyó, en especial, a la reunión en la misma persona del usufructo y de la nuda propiedad, y, finalmente, a la confusión como modo de extinguirse las obligaciones.

Son casos de confusión de derechos todos aquellos en que una misma persona reúne las cualidades de acreedor y de deudor: por ejemplo, la cesión de créditos al deudor siempre que los créditos sean susceptibles de transmisión; la herencia del acreedor por el deudor cuando éste no aceptó la herencia a beneficio de inventario. En caso de aceptación con dicho beneficio, al no haber comunicación de patrimonios entre los heredados y los bienes del heredero, ambos patrimonios conservan su individualidad y no responderá el heredero con sus propios bienes. Además, no implica confusión de derechos ni personalidades el contrato por el cual una persona se obliga a liquidar las deudas de otra, para lo cual recibe todo su activo, con la obligación de pagar el pasivo, y puede el liquidador incluir en el cargo el pago de sus créditos. Por último, la STS de 17 de marzo de 2000, al tratar la confusión de derechos, sostiene que el hecho extintivo de la pretensión actora necesita ser alegado por la demandada en sus escritos esenciales.

La confusión, en cuanto modo extintivo de la obligación, puede ser total o parcial. En el primer supuesto quedan plenamente extinguidas las relaciones jurídicas. En segundo supuesto recae sobre una parte de la obligación o bien cuando estamos ante una obligación mancomunada, como hemos visto al tratar el artículo 1.194, ya que entonces la deuda no se extingue, sino en la porción correspondiente al acreedor o al deudor en quien concurran los dos conceptos.

La confusión que se verifica en la persona del deudor y en la del fiador cuando uno de ellos hereda al otro, no extingue la obligación de subfiador, tal y como dispone el artículo 1.848 del Código Civil. Nos encontramos ante una concentración, en un solo sujeto, de dos titularidades pasivas: la del fiador y la del subfiador cuya consecuencia es que éste queda en la posición de aquél: el subfiador queda como fiador. La fianza queda extinguida, pero no la obligación del subfiador. Sin embargo, la doctrina apunta que esta extinción de la garantía personal de fianza, no de subfianza, si la hubiere, en el supuesto de confusión que se verifica en la persona del deudor y del fiador, no tiene por qué ser indiscriminada y general, sino que puede subsistir, pese a la confusión, si en ello tiene interés el acreedor (4). Es posible que la confusión tenga lugar por la reunión de las situaciones de fiador y acreedor en una sola persona. La relación de la garantía personal de fianza queda extinguida y subsiste la relación obligacional garantizada.

También podemos considerar como supuestos particulares de confusión de derechos aunque con efectos principales en el aspecto jurídico real los previstos en los artículos 514, número 3, que trata de la extinción del usufructo por su reunión con la propiedad en una misma persona, y 546, número 1, que se ocupa de la extinción de las servidumbres por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente.

---

(4) En este sentido, ALBALADEJO ha dicho que tal cosa sería posible cuando la subsistencia de la fianza ofrezca beneficios al acreedor, como sería el caso de que en garantía de la fianza, no de la obligación principal, se hubiera otorgado un derecho real.

## CONCLUSIONES

Los planteamientos y posibles soluciones deben partir del efecto extintivo definitivo que se produce por la confusión de derechos y hemos comenzado diciendo que quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor, pero puede suceder que el deudor adquiera la titularidad del crédito o que el acreedor adquiera la posición de deudor, en virtud de una sucesión a título particular o a título universal, ya se trate de actos *inter vivos* o *mortis causa*, doble y contradictoria situación que produce la automática extinción de la obligación. Esta regla general tiene, sin embargo, una salvedad que recoge el párrafo 2.º del artículo 1.192, puesto que exceptúa el caso en que esta confusión tenga lugar en virtud de título de herencia, si ésta hubiese sido aceptada a beneficio de inventario, pues esta forma de aceptación produce la confusión entre el patrimonio del aceptante y los bienes hereditarios, de ahí que puedan seguir separándose la deuda correspondiente a uno con el crédito referente a otro. Y es que la extinción de la obligación principal produce la de las obligaciones accesorias, tal y como hemos visto en el artículo 1.193. Y, por su parte, el artículo 1.194 se refiere a las obligaciones mancomunadas divisible o a prorata, que son las únicas que se pueden reducir proporcionalmente. En cuanto a las obligaciones solidarias, se determina la extinción de la obligación por confusión hecha por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, por el contrario, la obligación mancomunada indivisible o en mano común subsistiría en su integridad, pese a la confusión en una de las partes. Por lo tanto, la confusión opera cuando, siguiendo las huellas del Derecho romano, hay reunión en la misma persona de las cualidades de acreedor y deudor.

### RESUMEN

#### CONFUSIÓN DE DERECHOS

*La confusión, y consiguiente extinción de obligaciones establecidas, no puede afectar a los derechos independientes de los actos de la persona en quien se hayan reunido los caracteres de acreedor y deudor. La aludida circunstancia se da en la cesión de créditos al deudor, siempre que los créditos sean susceptibles de transmisión y en la herencia del acreedor por el deudor cuando éste no acepta la herencia a beneficio de inventario.*

### ABSTRACT

#### MERGER OF RIGHTS

*When a single person is at once the lender and the borrower, the merger (and resulting extinction) of established obligations cannot affect rights that are independent of the acts of the person in question. The circumstance alluded to appears in the assignment of debt to the borrower where the debt cannot be subjected to transfer, and it also appears in inheritance by the borrower from the lender where the borrower uses his/her benefit of inventory to refuse acceptance of the lender's estate.*

NO CABE RETRACTO ARRENDATICIO URBANO EN LA DACIÓN  
EN PAGO DE DEUDA: REFLEXIONES ACERCA DE LA RDGRN  
DE 10 DE DICIEMBRE DE 2007

por

ROSANA PÉREZ GURREA  
*Licenciada en Derecho*

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

Los derechos de tanteo y retracto han sido tradicionalmente, en nuestra legislación, dos figuras jurídicas a través de las cuales el arrendatario podía acceder a la propiedad de la vivienda arrendada cuando el arrendador decidiera venderla. En la actualidad se encuentran regulados en el artículo 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, bajo la rúbrica «Derecho de adquisición preferente».

El artículo 25.1 dice: «En caso de venta de vivienda arrendada, tendrá el arrendatario derecho de adquisición preferente sobre la misma, en las condiciones previstas en los apartados siguientes».

Por lo que se refiere al titular del derecho lo será el arrendatario tanto de vivienda como de local destinado a uso distinto de la vivienda, dada la remisión del artículo 31 de la LAU, y dejando a salvo el pacto en contrario que permite el artículo 4.3 de la misma Ley. Este derecho lo ostenta tanto el arrendatario, que tiene esta condición *ab initio* como derivativamente, ya sea por cesión del contrato (art. 8 LAU), ya sea por subrogación en caso de muerte del arrendatario (art. 16 LAU); el derecho de adquisición preferente no es un derecho que pueda integrarse en el caudal hereditario del arrendatario, sino que discurre por un cauce especial y *ex lege* que lo lleva al subrogado.

Quedan excluidos del derecho de adquisición preferente:

- Salvo pacto en contrario, los arrendatarios de vivienda cuya superficie sea superior a 300 metros cuadrados o en los que la renta inicial anual exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional, *ex* artículo 4.2 de la LAU.
- Lógicamente los titulares de arrendamientos excluidos del ámbito de aplicación de la LAU según su artículo 5.
- Los subarrendatarios a quienes no se refiere el artículo 25 de la LAU.

Supuestos en que tiene lugar el derecho de adquisición preferente:

1. Venta, ya sea voluntaria o forzosa, derivada de procedimientos judiciales o administrativos, como se desprende de las Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987 y de 5 de noviembre de 1993.

2. También nace el derecho de adquisición preferente cuando el optante ejercite el derecho de opción de compra que le concedió el arrendador, no por la simple concesión del mismo, sino por su ejercicio y también cuando se ejercita el retracto convencional por su titular.

3. La RDGRN, de 11 de diciembre de 1986, reconoció este derecho en caso de adjudicación de una vivienda hecha por una cooperativa a los cooperativistas.

4. La RDGRN, de 15 de marzo de 2006, considera que la transmisión por negocio oneroso *inter vivos* de la mitad indivisa de finca urbana está sujeta a retracto arrendaticio conforme al artículo 25 de la LAU (sin que la aplicación del mismo pueda soslayarse por el hecho de ser objeto de transmisión la mitad indivisa de la finca y no la totalidad del dominio).

## II. REFLEXIONES ACERCA DE LA RDGRN, DE 10 DE DICIEMBRE DE 2007

El Registrador de la Propiedad suspende la inscripción de la transmisión de inmuebles urbanos arrendados porque el negocio traslativo formalizado en la escritura, dación en pago de deuda, conlleva la posibilidad de que el arrendatario ejercite el derecho de adquisición preferente conforme a los artículos 1.521 del Código Civil y 25 de la LAU, por tanto sería necesaria la justificación de que ha tenido lugar la notificación fehaciente al arrendatario.

La primera cuestión que tenemos que analizar es si en base al tenor literal del artículo 25.1 de la LAU, el derecho de adquisición preferente surge sólo en el caso de venta o si también puede entenderse comprendida la dación en pago o cesión solutoria.

El artículo 47 del TR de 1964 reconocía los derechos de tanteo y retracto en los casos de compraventa, cesión solutoria y adjudicación por división de cosa común, mientras que el artículo 25 de la actual Ley se refiere sólo a la compraventa.

La jurisprudencia del TS se ha movido entre una inicial interpretación extensiva de estos derechos, fruto de la tendencia social y proteccionista que caracteriza la legislación arrendaticia, y otra postura más limitativa y restrictiva de los mismos representada por la sentencia de 6 de febrero de 1991 y la RDGRN de 17 de enero de 1989.

La doctrina, prácticamente con unanimidad, excluye del ámbito de los derechos de adquisición preferente la permuta, la donación y demás negocios de mera liberalidad, las transmisiones a cambio de renta vitalicia, las operaciones societarias que impliquen transmisión de un bien del socio a la sociedad o viceversa, así como los casos de venta de una sola finca registral compuesta de varias viviendas o locales.

La duda surge con relación a la dación en pago o cesión solutoria. Para algunos autores no se da en la actualidad el derecho de adquisición preferente en este caso ya que el artículo 25 de la LAU no lo incluye y tal derecho implica una limitación del dominio que, como tal, es susceptible de interpretación restrictiva, y así lo ha entendido reiterada jurisprudencia de la DGRN; otros autores como Federico RODRÍGUEZ ROSETA estiman que aunque la LAU habla de venta a secas, debe entenderse incluida la dación en pago porque tanto el artículo 1.521 del Código Civil como las sentencias del TS, de 13 de mayo de 1983 y 28 de junio de 1993 equiparan ambas instituciones.

Además hay que decir que el derecho de adquisición preferente se dará atendiendo a la verdadera naturaleza jurídica del negocio celebrado, independientemente de la denominación que le den las partes, precisamente por ello, la DGRN, en Resolución de 20 de febrero de 1992, declaró que la resolución de la compraventa por mutuo disenso requiere la notificación al arrendatario, ya que se trataría de una nueva compraventa entre los mismos sujetos aunque en posiciones contrarias.

Mi opinión es que en base al actual artículo 25 de la LAU, el único negocio traslativo que determina el nacimiento del derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario es la venta de la vivienda, idea refrendada por el hecho de que el retracto implica una limitación dominical que como tal debe interpretarse restrictivamente, por lo tanto entiendo que la dación en pago no es causa de nacimiento del derecho de adquisición preferente.

Para una mayor claridad de esta cuestión debemos diferenciar ambas figuras jurídicas: la compraventa y la dación en pago. Distinguiamos dos orientaciones:

La concepción clásica entendía la dación en pago como un negocio jurídico similar a la compraventa y consideraba el crédito como precio del bien dado en pago. En este sentido destacamos las sentencias del TS de 13 de febrero de 1989 y de 8 de febrero de 1996.

La doctrina más reciente considera la dación en pago como:

- A) Negocio atípico y convencional, en el que la intención de las partes no es celebrar un contrato de compraventa generador de obligaciones recíprocas, sino extinguir una obligación previa.
- B) Novación de la obligación por cambio de objeto, en base a la cual la antigua obligación es sustituida por otra nueva.
- C) Una forma especial de pago que, aunque tiene analogías con la compraventa y con la novación, presenta caracteres propios por su finalidad extintiva de las obligaciones que la diferencian de las dos figuras jurídicas citadas. Así destacamos las sentencias de TS de 27 de septiembre de 2002 y de 21 de octubre de 2005.

Mi opinión es considerar la dación en pago como una forma especial de pago que aunque podemos aplicar por analogía algunas de las normas reguladoras de la compraventa, no nos puede llevar a identificar ambos negocios jurídicos.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, la DGRN llega a las siguientes conclusiones:

1. La dación en pago es un contrato por el cual se transmiten al acreedor determinados bienes o derechos distintos de los debidos y que éste voluntariamente acepta como pago de su crédito; se trata, por tanto, de una forma especial de pago por el que el deudor o un tercero, con el consentimiento del acreedor, realiza con finalidad solutoria una prestación distinta de la debida. Es el criterio que siguen también las RRDGRN de 18 de enero de 1999 y de 9, 10, 11 y 12 de julio de 2007.

2. Las normas que regulan el derecho de adquisición preferente del arrendatario en sede de arrendamientos urbanos han de ser objeto de interpretación estricta, ya que limitan las facultades dispositivas inherentes al dominio de los bienes arrendados. La literalidad del artículo 25.1 de la LAU establece el derecho de adquisición preferente únicamente para el caso de venta de la vivienda arrendada, sin extenderlo a supuestos distintos, como hace, por el contrario, el artículo 22 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, por lo que no procede ampliarlo por voluntad del intérprete.

3. Otra cuestión es que a pesar de la literalidad de la norma del artículo 25 de la LAU, hay que reconocer al arrendatario el derecho de adquisición preferente en los casos en que la adjudicación en pago constituya un negocio simulado o se trate de un negocio indirecto con propósito de aparentar exter-

namente una realidad jurídica distinta a la venta realmente perseguida por las partes, pero dichas circunstancias quedan fuera del ámbito competencial del Registrador en el ejercicio de su función calificadora.

Por todas estas razones revoca la calificación del Registrador, entendiendo que la dación en pago no es causa de nacimiento del derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario, ya que es una forma especial de pago distinta de la compraventa (sin perjuicio de que se puedan aplicar analógicamente algunas normas de ésta), y por tanto no está incluida dentro del tenor literal del artículo 25 de la LAU.

*RESUMEN*

*DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE*

*En este trabajo hemos analizado el artículo 25.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a propósito de la RDGRN de 10 de diciembre de 2007, la cual establece que el derecho de adquisición preferente en favor del arrendatario únicamente se da en el caso de venta de vivienda arrendada, no siendo extrapolable a los casos de dación en pago, ya que se trata de una limitación legal del dominio que debe ser interpretada restrictivamente.*

*ABSTRACT*

*RIGHT OF FIRST REFUSAL*

*This paper analyses article 25.1 of the Urban Leasing Act in regard to the Decision of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 10 December 2007. The Decision establishes that the tenant has the right of first refusal only where the sale of the leased housing is concerned, and that said right cannot be extrapolated to cases of gift in payment, whereas the point at issue is a legal limitation of ownership that must be interpreted restrictively.*

## 1.6. Responsabilidad Civil

*LA DIVULGACIÓN DE UNA INFORMACIÓN INVERAZ COMO CAUSA DEL DAÑO RESARCIBLE. UNA APROXIMACIÓN A LOS DISTINTOS TIPOS DE DAÑOS (La golosina inocente)*

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ  
LOURDES TEJEDOR MUÑOZ  
*Profesoras Titulares de Derecho Civil. UNED*

### I. PLANTEAMIENTO

La noticia tuvo gran repercusión, y se difundió por diversos medios de comunicación como consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 2002, pero fue un conocido programa de televisión en el que se

relataba el triste suceso, «muerte de menor por ingestión de una golosina», el que emitió una información no veraz, al utilizar, para ilustrar las imágenes, una golosina en forma de fresa, con unas características y tamaño que la hacían fácilmente distinguible de otras del mercado, pero diferente de la que causó el fatal desenlace. En el curso del reportaje emitido el 22 de agosto de 1994, se anunció incluso, que el fresón que aparecía en las imágenes había sido retirado del mercado por las autoridades sanitarias cuando lo cierto es que era totalmente inocuo y diferente del ingerido por el menor que falleció. Precisamente, la sentencia de 31 de octubre de 2007 del Tribunal Supremo, pone punto final a la indemnización por los daños causados a la empresa perjudicada por esta información inexacta, difundida por televisión, y nos sirve como punto de arranque para realizar un pequeño análisis de los tipos de daños resarcibles. Se pudo demostrar que el nivel de consumo de la golosina disminuyó como consecuencia de la emisión del programa de televisión, y quedó patente el perjuicio económico causado a la empresa. La cadena de televisión fue requerida notarialmente para que emitiese una rectificación, y así lo hizo el 29 de noviembre de 1994.

Hace ya algunos años que quedamos impresionados porque un acto tan cotidiano e intrascendente aparentemente, como consumir una golosina, produjera la muerte de un niño de tres años. Los padres del niño interpusieron una demanda de responsabilidad civil, que dio lugar a la conocida sentencia de 10 de junio de 2002 (*RJ* 2002/6198), en la que se abordaba el interesante tema de responsabilidad por productos. Los padres, en 1994, reclamaron contra la vendedora y la distribuidora de los caramelos. Se condenó a la empresa distribuidora de la golosina, por considerar que no se adoptaron «los demás cuidados y diligencias que exigía la naturaleza del producto» (art. 26 de la LGDCU), y se apreció concurrencia de culpa por parte del padre de la víctima, por considerarse que debió advertir que una golosina de gran tamaño podía ser peligrosa para un niño de corta edad. Se absolvió a la vendedora que vendió la golosina al padre. Y no se demandó al fabricante, que era italiano.

Se prohibió la comercialización del producto que causó la asfixia del menor, y se retiró del mercado. El Instituto Nacional de Consumo calificó la golosina (1) «como de riesgo para la salud y la seguridad de la población infantil».

---

(1) Se parte de la premisa que la gominola en forma de «fresón» cumplía las prescripciones reglamentarias. Es necesario resaltar que los productos cuando se ponen en el mercado deben ser seguros, es decir, que en condiciones normales o razonablemente previsibles de utilización, no presenten riesgos para la salud o la seguridad de las personas. Tal vez, el empresario productor podía haber hecho alguna advertencia en el etiquetado sobre su consumo, o sobre los riesgos que podía entrañar si era ingerida por niños pequeños. Además, los productos deben pasar un control que asegure la calidad de los mismos. Tal y como señala, acertadamente, SAN SEGUNDO, se entiende por calidad de un producto o servicio el conjunto de características que ha de reunir. La aptitud para la función que ha de desempeñar... por ello, como dice la autora: «la gestión de la calidad ha tenido un gran impulso en la industria, entre otras cosas, porque los consumidores están mucho más sensibilizados y no aceptan las deficiencias que hasta hace unos años se consideraban normales y casi inevitables sobre el tema del control de calidad», si bien, en un ámbito diferente puede verse el interesante artículo de SAN SEGUNDO MANUEL, T., «El control de calidad en la edificación», en el *Consultor Inmobiliario*, núm. 3, junio de 2001, págs. 41 a 51.

La sentencia de 10 de junio de 2002 ha sido objeto de diversos comentarios (2) y alguna que otra crítica por parte de la doctrina, incluso un prestigioso autor (3) encabezó un interesante artículo con el epígrafe de «La golosina asesina», pues bien, aquí analizaremos el caso contrario, el de «la golosina inocente». En suma, estas consideraciones generales nos sirven para introducirnos en el tema objeto de este breve comentario que se centra en qué daños deben ser indemnizados.

El caso juzgado por la sentencia de 31 de octubre de 2007, resuelve el recurso de casación contra la sentencia de 23 de mayo de 2000, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.<sup>a</sup>), (AC 2001/1357), que acordó reducir la indemnización concedida por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Alcobendas, por los daños y perjuicios ocasionados a la entidad que comercializaba la tan citada golosina.

La empresa demandante consideraba que la fijación del monto de la indemnización no se hizo razonablemente, al no valorarse adecuadamente, tanto el daño emergente como el lucro cesante. Pues bien, como es sobradamente conocido y ha reiterado en múltiples ocasiones el Tribunal Supremo, la fijación de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tienen acceso a casación, pues corresponde a la función de los tribunales de instancia la apreciación de la prueba, la propia sentencia de 31 de octubre de 2007, cita una nutrida jurisprudencia que a continuación recogemos:

*«Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7982], 18 de julio de 1996 [RJ 1996, 5893], 14 de julio de 2000 [RJ 2000, 6884], 15 de marzo de 2001 [RJ 2001, 5979]], sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción (SSTS de 20 de octubre de 1988 [RJ 1988, 7592], 19 de febrero de 1990 [RJ 1990, 700], 19 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9409], 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, 24 de marzo de 1998, 23 de noviembre de 1999, 5 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001, 25 de enero de 2002, 10 de junio de 2002, 3 de febrero de 2004, 28 de marzo de 2005, recurso de casación número 4185/989 de junio de 2005, 21 de abril de 2005, 17 de enero de 2006, 27 de febrero de 2006, 5 de abril de 2006, 9 de junio de 2006, 13 de junio de 2006 [RJ 2006, 4607], 16 de noviembre de 2006 [RJ 2006, 8130]) o se comete una infracción del Ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del quantum, SSTS de 15 de febrero de 1994 [RJ 1994, 1316], 18 de mayo de 1994 [RJ 1994, 4091], 21 de diciembre de 2006 [RJ 2007, 50]».*

Antes de examinar qué ocurrió en el caso analizado, debemos recordar que la indemnización de daños y perjuicios intenta la reparación íntegra del daño causado al perjudicado, siendo común por la doctrina admitir que en nuestro Derecho rige el principio de «resarcimiento integral», es decir, el

---

(2) CILERO DE CABO, P., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 2002 (RJ 2002, 5115): Responsabilidad del distribuidor por daños causados con defectos de fabricación» (BIB 2003/50)», en *Aranzadi Civil*, núm. 21/2002.

RUBI PUIG, A., y PIÑEIRO SALGUERO, J., *Muerte de un niño asfixiado con un caramelo. Comentario a la sentencia de 10 de junio de 2002*, enero de 2003, [www.indret.com](http://www.indret.com).

(3) YZQUIERDO TOLSADA, M., *Productos defectuosos (y frente a los daños que los mismos causan), Leyes defectuosas y sentencias defectuosas*, [www.asociaciondeabogados.srscs.org](http://www.asociaciondeabogados.srscs.org)

responsable del daño, habrá de indemnizar todos los daños imputables a su conducta o actividad, para intentar reparar o compensar cualquier menoscabo material o moral que haya sufrido el perjudicado.

Conforme establece el artículo 1.106 del Código Civil: «la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor», hace pues referencia a dos de los pilares fundamentales de la indemnización y que la doctrina conoce con la denominación de «daño emergente» y «lucro cesante».

Como bien dice el profesor LASARTE (4), la traducción a dinero de la indemnización debe valorar dos componentes que, si bien son fácilmente teorizables, plantean en la práctica dificultades de concreción, el daño o pérdida sufrida por el acreedor (daño emergente) y la ganancia dejada de obtener por el acreedor a consecuencia del sufrimiento de la acción u omisión generadora de la responsabilidad extracontractual (lucro cesante).

## II. DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE

Si hay algo que queda claro y demostrado es que tras la difusión de la noticia en una cadena de máxima audiencia, se originó el descenso en las ventas de la empresa demandante y como consecuencia de ello, el perjuicio económico. Sufrió un menoscabo patrimonial, un daño. En este punto la cuestión se ha centrado en la valoración de los mismos, según se desprende tras el análisis de la documental aportada.

Sin embargo, por la dificultad que entraña su cálculo, el problema se ha centrado en el denominado lucro cesante, es decir, la ganancia que se ha dejado de obtener por la conducta de un tercero. Como afirma Díez-Picazo, el problema de la valoración del lucro cesante es fácil si hay elementos de juicio previos para poder analizar los factores que pueden determinar la ganancia en un futuro (5). Esto es, si se trata de una empresa consolidada y con una larga trayectoria, tras un análisis de los distintos mecanismos del mercado y de las fluctuaciones del mismo, se estaría en condiciones de determinar una cantidad correspondiente al lucro cesante (6).

---

(4) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, 11.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2007 pág. 190 y sigs.

(5) Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1996, pág. 687.

(6) La STS de 22 de junio de 1967 sintetizó los criterios doctrinales sobre lucro cesante en los siguientes términos: «El lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su delimitación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, y nuestra jurisprudencia se oriente en un prudente criterio restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes, y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos inseguros y desprovistos de certidumbre, por lo que estas pretendidas ganancias han de ser acreditadas y probadas mediante la justificación de la realidad de tal lucro cesante».

Al examinar los hechos producidos, creemos que la Sala, con un criterio coherente, pone de manifiesto que no se dan esos elementos, pues la empresa en cuestión fue constituida en el año 1992, por lo que el periodo que habría de servir de base para hallar una estimación real no sería suficiente y estaríamos ante simples esperanzas de ganancia. Es más, la propia demandante interpuso la demanda en verano de 1995 y no aportó documentación, según se deduce de los hechos probados, sobre los dos primeros trimestres de ese año. Podía, por ejemplo, haber aportado la propia contabilidad de la empresa.

En suma, lo que se trata de excluir del lucro cesante son hipotéticas o imaginativas ganancias o beneficios futuros, basados en meras hipótesis o suposiciones incluyéndose, exclusivamente, las ganancias que se pueden esperar con verosimilitud, en atención a las circunstancias del caso concreto, y que se han dejado de obtener como consecuencia del acto ilícito del tercero.

La jurisprudencia ha ido evolucionando en el reconocimiento del lucro cesante, ha pasado de tener un criterio rigorista en su cuantificación, y así lo declaran entre otras, la sentencia de 30 de junio de 1993 (*RJ* 1993/5340), que señala que: «el lucro cesante deber ser acreditado con rigor al menos razonable», 21 de octubre de 1996 (*RJ* 1996/7235) o incluso un criterio restrictivo para apreciarlo como establece la sentencia de 30 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993/922), hasta llegar a considerarse que basta que existe una «alta probabilidad». Así, en la sentencia de 15 de junio de 1998 (*RJ* 1998/5550), habla de: «ganancias frustradas o lucro cesante que, con cierta probabilidad, fuera de esperar en el desarrollo normal de las circunstancias del caso», doctrina que también recogen las sentencias de 17 de julio de 2002 (*RJ* 2002/6552), de 26 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002/8094), 14 de julio de 2003 (*RJ* 2003/4629). La mayoría de las sentencias de la esta Sala ponen el énfasis en la dificultad de la prueba, así las sentencias de 5 de noviembre de 1998 (*RJ* 1998, 8404), 8 de junio de 1996 (*RJ* 1996/4831), 24 de abril de 1997 (*RJ* 1997/3396), 5 de noviembre de 1998 (*RJ* 1998/8404), 29 de diciembre de 2001 (*RJ* 2001/1474) y 26 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002/8094).

#### IV. ANÁLISIS SOBRE LA POSIBILIDAD DE DAÑOS MORALES

En primer lugar hemos de manifestar que una de las cuestiones que se suscitan en esta sentencia es la falta de seriedad de los medios de comunicación cuando emiten una información. No fueron lo suficientemente rigurosos antes de la divulgación de la noticia y de la imagen plasmada en el instante en que se facilitaba la información. El derecho a la información al que hace referencia el artículo 20.1.d) de la Constitución ha de contener una información veraz. La falta de diligencia, al contrastar la información produjo una confusión, debieron de cerciorarse que el producto mostrado era idéntico al que causó el daño. Es cierto que el fallecimiento del niño se produjo por la ingesta de una golosina denominada «fresón», sin embargo la que aparecía en pantalla no fue la causante del daño, sino otra diferente. Como se ha apuntado, en líneas anteriores, se dictó sentencia en su momento por la reclamación de los padres prohibiendo la distribución del producto que verdaderamente había causado el daño, retirándolo del mercado, pero no se correspondía con el que se había hecho referencia en el medio de comunicación, dicha golosina había sido fabricada por otra empresa y era de características diferentes e incluso de menor tamaño.

¿Es posible que el efecto de la incorrecta información produjese un daño moral a la empresa? ¿Es posible la identificación del prestigio comercial dañado con la existencia de daño moral? La Sala no entra a valorar la cuestión, aduciendo que: «La referencia al daño moral a la marca que se introduce en el motivo de casación no fue formulada en la instancia, por lo que es un concepto ajeno a los que pueden ser discutidos en este recurso de casación». Sin embargo, si declara que cuando el medio de comunicación emite la noticia no dice expresamente el nombre comercial de la empresa, por lo que no está claro que el consumidor medio identifique el producto con la entidad empresarial.

Empezaremos analizando, en primer lugar, la afirmación que hace la Sala respecto de la posible identificación del producto por el consumidor medio, con la empresa que lo fabrica. Si la golosina que fabricaba la empresa demandante tenía, como así parece, a tenor de los hechos probados, unas características específicas que no se daban en ninguna otra golosina parecida, no es necesario que se emita el nombre de la empresa que la fabrica, ni que los consumidores medios puedan identificar la golosina con su marca, pues los intermediarios o distribuidores concedores del mercado pueden identificar el producto con la empresa productora. De hecho los distribuidores son los que dejan de comprar el producto en su condición de concedores del mercado en ese ámbito.

La posibilidad de reparar los daños no patrimoniales en relación con las personas se materializa en la conocida sentencia de 6 de diciembre de 1912, pues hasta entonces se habían negado. Si nos trasladamos al momento actual, la posibilidad de que las empresas puedan sufrir daño moral, no es unánimemente acogida por la doctrina, aunque como se verá posteriormente sí por la jurisprudencia.

Considera GÓMEZ POMAR (7), que si el daño moral en las personas se puede manifestar en angustia, sufrimiento, preocupación, el daño moral en las personas jurídicas, como manifiesta la jurisprudencia del TS (8), hace referencia al prestigio y estima moral en el concepto pública. Considera el autor que es una vía que el Tribunal Supremo utiliza cuando hay un impacto negativo en una empresa que es difícil de probar, pero que realmente no se puede identificar con el daño moral tal y como está concebido para una persona (9).

---

(7) GÓMEZ POMAR, F., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, de 20 de febrero de 2002: el daño moral de las personas jurídicas», en *Working Paper*, núm. 105, octubre de 2002.

(8) Está haciendo referencia a la STS (Sala Primera) de 20 de febrero de 2002.

(9) Se compartan o no sus planteamientos es interesante la reflexión que el citado autor hace del tema, expresando que «...económicamente, la existencia de un daño no patrimonial de una empresa es una contradicción en los términos. Las empresas y, en general, las organizaciones, no son entidades capaces de experimentar utilidad o bienestar. Sólo los individuos tienen preferencias sobre el mundo que se traducen en funciones de utilidad. Las empresas, desde el punto de vista económico, se analizan como entes que disponen, más modestamente en términos conceptuales, nada más que de funciones de producción y de ingresos. De esta forma, la diferencia entre unos y otras en cuanto al efecto negativo de una noticia o información falsa es muy notable. Una pérdida de reputación o estima en un individuo puede causar no sólo pérdida de ingresos y oportunidades de relación en el futuro, sino también dolor, angustia, ansiedad, pena, desesperación, esto es, algo que no se puede compensar en dinero o en bienes que se cambian por dinero. Una pérdida de reputación o estima de una empresa no puede causar más que aumento de costes o pérdida de ingresos en el futuro, todo lo cual es, por definición, compensable por dinero. GÓMEZ POMAR, *loc. cit.*, pág. 4.

Sin embargo, como adelantábamos, la jurisprudencia ha sido menos exigente y en múltiples ocasiones ha concedido el daño moral, tanto a las personas físicas como a las jurídicas, tal y como establece la sentencia de 31 de mayo de 2007, que recoge la jurisprudencia constitucional, así: «el reconocimiento de derechos fundamentales de titularidad de las personas jurídicas necesita ser delimitado y concretado a la vista de cada derecho fundamental en atención a los fines de la persona jurídica, a la naturaleza del derecho considerado y a su ejercicio por aquella (SSTC 223/1992 [RTC 1992, 223] y 76/1995 [RTC 1995, 76]). Aunque el honor es un valor referible a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste no es patrimonio exclusivo de las mismas (STC 214/1991 [RTC 1991, 214]). A través de los fines de la persona jurídico-privada puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad en el sentido de protegerla para el desarrollo de sus fines y proteger las condiciones de ejercicio de la misma. La persona jurídica puede así ver lesionado su derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la infame o la haga desmerecer en la consideración ajena. En este caso, la persona jurídica afectada, aunque se trate de una entidad mercantil, no viene obligada a probar la existencia del daño patrimonial en sus intereses, sino que basta constatar que existe una intromisión en el honor o prestigio profesional de la entidad y que ésta no sea legítima (STC 139/1995 [RTC 1995, 139])».

Según el análisis realizado por ERDOZAÍN (10) sobre el tema, el Tribunal Constitucional: «ha ido evolucionando desde posiciones en las que no reconocía un derecho al honor de las personas jurídicas (véanse SSTC 107/1988 [RTC 1988, 107] y 121/1989 [RTC 1989, 121]) hasta enfoques más abiertos y flexibles que equiparan el honor de la persona jurídica con la “fama” comercial de una empresa o su prestigio. Incluso ha llegado a reconocer el Alto Tribunal el derecho al honor a una asociación que representaba intereses de un grupo religioso determinado frente a opiniones que negaban la existencia del holocausto (véase STC 214/1991 [RTC 1991, 214])».

En el presente caso, como hemos dicho, no se puede entrar a valorar si hubo o no daño moral, tal vez se hubiera podido plantear en la demanda que hubo una pérdida de oportunidades y que quedaron frustradas algunas de las expectativas de la empresa, lo que al ser un daño hipotético, exigiría ser demostrado.

## V. CONCLUSIÓN

Observamos que existe una gran dificultad para cuantificar el lucro cesante aún en los supuestos en los que se den los requisitos para su reclamación, pues determinar una ganancia futura no es tarea fácil.

Nos parece acertada la tendencia del Tribunal Supremo en considerar que las empresas pueden sufrir daño moral cuando se está deteriorando su nombre con afirmaciones erróneas que dan lugar a un menoscabo de su imagen, aunque se extienda simplemente en el ámbito de actuación concreto en la que lleve a cabo su actividad profesional. No debemos olvidar que el daño moral no es resarcible, sólo se puede compensar.

---

(10) ERDOZAÍN LÓPEZ, J. C., «La protección de los datos de carácter personal en las telecomunicaciones», en *Aranzadi Civil*, núm. 1/2007, Pamplona.

BIBLIOGRAFÍA

- CILERO DE CABO, P., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 2002 (RJ 2002, 5115): Responsabilidad del distribuidor por daños causados con defectos de fabricación» (BIB 2003/50), en *Aranzadi Civil*, núm. 21/2002.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1996, pág. 687.
- ERDOZAIN LÓPEZ, J. C., «La protección de los datos de carácter personal en las telecomunicaciones», en *Aranzadi Civil*, núm. 1/2007.
- GÓMEZ POMAR, F., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, de 20 de febrero de 2002: el daño moral de las personas jurídicas», en *Working Paper*, núm. 105, octubre de 2002.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, 11.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2007, pág. 190 y sigs.
- RUBI PUIG, A., y PIÑEIRO SALGUERO, J., *Muerte de un niño asfixiado con un caramelo. Comentario a la sentencia de 10 de junio de 2002*, enero de 2003, [www.indret.com](http://www.indret.com).
- SAN SEGUNDO MANUEL, T., «El control de calidad en la edificación», en el *Consultor Inmobiliario*, núm. 3, junio de 2001, págs. 41 a 51.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Productos defectuosos (y frente a los daños que los mismos causan), Leyes defectuosas y sentencias defectuosas*, [www.asociaciondeabogados.srcs.org](http://www.asociaciondeabogados.srcs.org)

RESUMEN

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

*La información inveraz que emitió una cadena de televisión sobre los riesgos derivados de la ingestión de una golosina a la que de forma inexacta se le atribuyó la muerte de un menor y que ha dado lugar a una indemnización de daños y perjuicios, nos sirve como punto de partida para analizar la dificultad de indemnizar algunos daños. En concreto, nos centraremos en el problema que plantea la valoración del daño emergente y el lucro cesante.*

ABSTRACT

PAYMENT FOR DAMAGES

*Certain untrue information was broadcast by a television station about the risks of eating a type of candy inaccurately cited by the station as being responsible for the death of a child. This gave rise to a payment for damages. On the basis of this case, the paper analyses the difficulty of making payment for some types of damage. The paper specifically focuses on the problem of assessing indirect damage and loss of profits.*

## 2. MERCANTIL

### LAS SOCIEDADES PROFESIONALES Y SU OBJETO SOCIAL EN LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Doctor en Derecho*

*Abogado*

*«Rerum inhonestarum nulla est societas»*

*(Ulpiano, Digesto 17.2.57)*

#### I. BREVE EXCURSO SOBRE LA TIPOLOGÍA EN EL ASOCIACIONISMO PROFESIONAL

La propia Exposición de Motivos de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, nos ofrece las diferentes clases o tipos en que, en principio, pueden organizarse libremente los profesionales, según los fines perseguidos por los mismos.

De esta forma, la referida Exposición de Motivos califica a las sociedades profesionales *stricto sensu*, como «...sociedades externas para el ejercicio de las actividades profesionales a las que se imputa tal ejercicio realizado por su cuenta y bajo su razón o denominación social. En definitiva, la sociedad profesional, objeto de esta Ley, es aquella que se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, y además, los actos propios de la actividad profesional de que se trate son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social».

Continúa la Exposición de Motivos explicando el resto de tipos asociativos, para excluirlos del ámbito de aplicación de la Ley 2/2007, de la siguiente forma: «Quedan, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la Ley las sociedades de medios, que tiene por objeto compartir infraestructura y distribuir sus costes; las sociedades de comunicación de ganancias; y las sociedades de intermediación, que sirven de canalización o comunicación entre el cliente, con quien mantienen la titularidad de la relación jurídica, y el profesional, persona física que, vinculado a la sociedad por cualquier título (socio, asalariado, etc.), desarrolla efectivamente la actividad profesional. Se trata, en este último caso, de sociedades cuya finalidad es la de proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual de la profesión, en el sentido no de proporcionar directamente al solicitante la prestación que desarrollará el profesional, persona física, sino de servir no sólo de intermediaria para que sea este último quien la realice, y también coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas» (1).

---

(1) Para una mayor extensión sobre el tema, vid. PAZ-ARES y CAMPINS VARGAS, *Sociedades Profesionales (Borrador de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales y*

Para atender al resultado al que llega la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de diciembre de 2007 (BOE núm. 13, martes 15 de enero de 2008), conviene entender que las genuinas sociedades de intermediación (calificación que realizará el Centro Directivo, como posteriormente expondremos) son aquéllas cuyo objeto sería el actuar como agente o mediador de servicios profesionales y cuya única responsabilidad consistiría en la elección del profesional y en estructurar la concreta agrupación de los profesionales que ejercitan dicha actividad en cuestión.

No nos extraña el apego que el Centro Directivo tiene al recurso a dicha calificación, ya que tradicionalmente y en sede de su clásica negación de la sociedad profesional *stricto sensu* —a nuestro juicio errónea— (vid. Resoluciones de 1 de agosto de 1922, 2 de junio de 1986, 23 de abril de 1993 y 26 de junio de 1995), contribuyó al desarrollo por cierto sector doctrinal de la referida categoría de las sociedades de intermediación.

De esta forma, en la citada Resolución de 23 de abril de 1993, donde se deniega la inscripción de una entidad denominada «Estudio de Arquitectura Martín Artajo, Sociedad Limitada», se afirmó que: «*Las agrupaciones profesionales acuden con frecuencia al ámbito societario. En esta materia se han de distinguir, en primer lugar, las Sociedades Mercantiles que adoptan como objeto social una actividad que por imperativo legal está reservada en exclusiva a una determinada categoría de profesionales y en las que el carácter estrictamente profesional de la actividad profesional prohíbe que ésta pueda ser atribuida a un ente abstracto creado a tal efecto, en lugar de al profesional, al que la ley confiere tal actuación, y aquellas otras sociedades que más bien son mediadoras en el sentido de no proporcionar al solicitante la prestación que está reservada al profesional, sino servir no sólo de intermediaria para que sea este último quien la realice, sino también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas... Respecto de las del primer tipo, siempre que se requiera la exigencia de una titulación profesional o requisitos similares para el ejercicio profesional, es claro que no cabe admitirlas, ya que la persona jurídica per se, y como ente abstracto, no puede realizar directamente esta clase de prestaciones, pero no sucede así respecto de las del segundo tipo, en donde si bien hay que examinar cada caso concreto y por eso no puede establecerse una formulación de carácter general sobre su admisión o no, es indudable que en la mayor parte de los casos, y siempre que no exista una prohibición legal, junto al contrato base suscrito entre cliente y sociedad, se encuentra el sucesivo contrato, ejecución del primero en el que la intervención del profesional, con su consiguiente responsabilidad, no anula o deja sin efecto la que pudiera contraer la sociedad al contratar con el cliente...».*

Sin embargo, la doctrina mercantilista ha tenido la oportunidad de demostrar su recelo hacia estas sociedades de intermediación, así PAZ-ARES y CAMPINS VARGAS (2) se refieren a ellas del siguiente modo: «*No parece, en efecto,*

*Memoria correspondiente*), Madrid, 1997, inédito (archivo de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia); PAZ-ARES, «Las Sociedades Profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653 (julio de 1999); AURORA CAMPINS VARGAS, «El Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales: un paso adelante en su reconocimiento y regulación», en *La Ley*, núm. 5, 2005, págs. 1035-1040; FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS, «Problemas y soluciones de las Sociedades Profesionales cara a una futura ley», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 669.

(2) Vid. PAZ-ARES y CAMPINS VARGAS, *op. cit.*

que proliferen en la práctica y, aunque así fuera, no serían propiamente sociedades profesionales; serían sociedades de mediación. En realidad, la figura de la sociedad de intermediación es un artificio constructivo ideado por la jurisprudencia registral y por un sector de la doctrina al objeto de ahorrar la sociedad profesional propiamente tal a las exigencias del ordenamiento societario y profesional. Como no se considera jurídicamente viable la sociedad profesional *stricto sensu*, se ha inventado un subrogado que pueda tener cabida en el sistema. Pero como veremos enseguida, el invento ni se compadece con la voluntad de las partes que constituyen la sociedad ni —y esto es lo verdaderamente importante— resulta necesario desde el punto de vista jurídico para hacer viables las sociedades profesionales».

No obstante lo anterior, conviene ser rigurosos y observar cómo el actual artículo 132 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (introducido como consecuencia del reconocimiento de la Sociedad Limitada Nueva Empresa —sobre la que volveremos—, operado por la Ley 7/2003, de 1 de abril) ha recogido positivamente el concepto de «sociedad de intermediación», al prever lo siguiente: «1. La sociedad Nueva Empresa tendrá como objeto social todas o alguna de las siguientes actividades, que se transcribirán literalmente en los estatutos: la actividad agrícola; ganadera; forestal; pesquera; industrial; de construcción; comercial; turística; de transportes; de comunicaciones; de intermediación; de profesionales o de servicios en general», a la misma vez que ha flexibilizado (en relación con los requisitos de determinación del objeto social que más adelante trataremos) el rigor de los artículos 117 y 178 del Reglamento del Registro Mercantil que continúan prescribiendo que: «En ningún caso podrá incluirse como parte del objeto social la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio ni emplearse expresiones genéricas de análogo significado».

Pero junto a las sociedades de medios, sociedades de intermediación y a las sociedades profesionales *stricto sensu*, es justo recordar que se ha venido también reconociendo —con razón— en la doctrina un *quartum genus*, como son las sociedades de servicios profesionales, configuradas como aquellas sociedades cuyo objeto no es el ejercicio colectivo de la actividad profesional, sino la prestación propia de servicios profesionales. En este sentido, y por ejemplo, ORTEGA REINOSO (3) engloba, dentro de las mismas, a las conocidas sociedades de *engineering* o *consulting* y a aquellas sociedades que ofrecen servicios jurídicos al público en general o sus clientes con carácter accesorio.

De acuerdo con la citada autora (4), las referidas sociedades de *engineering* «realizan complejas prestaciones calificadas como industriales, pero que precisan de actividades profesionales en sentido estricto (realización de proyectos por ingenieros o arquitectos, dirección de obra, asesoría contable, jurídica, estudios de mercado, etc.)... Por tanto, no son sociedades de intermediación profesional porque los servicios los presta directamente la sociedad, que asume los resultados de la actividad profesional y la responsabilidad directa de los mismos, y tampoco son sociedades profesionales porque: a) Su objeto social no es el ejercicio en común de una o varias profesiones liberales, sino la prestación de un servicio o producto

---

(3) Gloria ORTEGA REINOSO, «El abogado y las sociedades de servicios jurídicos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 688. Vid. también, Gloria ORTEGA REINOSO, *Las sociedades de servicios jurídicos*. Comunicación a la Ponencia I. VIII Congreso de la Abogacía Española.

(4) Vid., *op. cit.*

integral en el que participan distintos profesionales, con o sin carácter accesorio, y cualquiera que sea su vinculación jurídica con la sociedad; y b) Los socios de estas sociedades generalmente no coinciden con los prestadores de la actividad profesional. La sociedad suele pertenecer a socios capitalistas que utilizan el trabajo intelectual de los profesionales contratados. Se trata, en definitiva, de sociedades mercantiles de producción de servicios». De especial interés resulta la reflexión final que sobre las mismas realiza, a continuación, dicha autora al afirmar que: «...Ahora bien, no cabe duda que la proliferación de estos supuestos puede llevar a situaciones límites, en las que lo verdaderamente perseguido por los abogados sea la constitución de una sociedad profesional en la que desarrollar su actividad profesional, pero que aparezca en el mercado bajo la etiqueta de “asesoría”, consulting, o similares, con el fin de escapar de la disciplina colegial de las sociedades de abogados (y de la legal, cuando la haya)», evidentemente, disciplina legal que a día de hoy viene configurada por la Ley 2/2007.

CAMPINS VARGAS (5) también se hizo eco de la existencia de esta tipología de las sociedades de *engineering* (fundamentadas principalmente en la doctrina y jurisprudencia italianas) al configurarlas también del siguiente modo: «Las sociedades de *engineering* son sociedades de estructura compleja que ofrecen servicios relacionados con la ingeniería —tales como la puesta a punto de instalaciones industriales, elaboraciones de proyectos, asistencia técnica, control y supervisión de trabajos de construcción, estudios de materias primas utilizadas, control de calidad, cálculo de estructuras, resistencia de materiales, etc.—, para cuya realización contratan, entre otros, a profesionales individuales —fundamentalmente ingenieros—, sea mediante un contrato de trabajo, arrendamiento de servicios o de obra.

Es evidente que no se trata de sociedades profesionales en sentido estricto, por dos razones fundamentales. En primer lugar, desde el punto de vista de su composición subjetiva, porque la figura de los socios no coincide con la de los prestadores de la actividad profesional. En efecto, la propiedad de la sociedad se ostenta generalmente por socios de capital, que utilizan el trabajo intelectual de los profesionales contratados, diferenciándose así claramente el capital del trabajo. Y en segundo lugar y desde el punto de vista de su objeto social, porque el mismo no consiste en la prestación de un servicio profesional, sino en la prestación de un servicio complejo para cuya realización es necesario, sólo alguno de sus aspectos, la participación de profesionales, adquiriendo de esta forma la actividad profesional un mero carácter instrumental respecto al objeto social dentro del cual se inserta».

Por otro lado, y en relación con las sociedades que ofrecen servicios jurídicos, ORTEGA REINOSO (6) las trata del siguiente modo: «...se trata de aquellas sociedades que ponen a disposición de sus clientes el servicio de asesoramiento jurídico que llevarán a cabo abogados por ella contratados, en un intento más de consolidar el “negocio del derecho”, y de convertir la profesión de abogado en una actividad netamente mercantil. La sociedad asume la prestación del servicio profesional, por lo que no puede calificarse de sociedad de intermediación profesional, ni, por supuesto, como modalidad de ejercicio de la profesión liberal. Por lo que, ni la sociedad ni su departamento jurídico podrá aparecer como asesoría jurídica, ni minutar honorarios de abogados. Se trata de una sociedad que, dedicada a cualquier actividad comercial o industrial, tiene un departamen-

(5) CAMPINS VARGAS, *La sociedad profesional*. Civitas, 2000, págs. 49 y 50.

(6) Vid., *op. cit.*

to formado por abogados que prestan asesoramiento jurídico, no al empresario (o no sólo a él) que es la otra parte contractual (como ocurre en las sociedades de consulting), sino a terceros; esto es, a los clientes de su empleador, que son los verdaderos receptores de los servicios jurídicos».

Pues bien, a la luz de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de diciembre de 2007, y pese a la entrada en vigor de la Ley 2/2007, puede afirmarse *ab initio* como el Centro Directivo continúa apegado a la categoría de la sociedad de intermediación impulsada por él mismo, mediante una interpretación *sui generis* de una cláusula estatutaria de objeto social objeto del recurso resuelto por la citada Resolución.

No se trata, evidentemente, de confeccionar, mediante estas líneas introductorias, un panegírico cuyo «sujeto» frontalmente la propia Ley 2/2007, pese a las voces que demandaban una positivización del concepto de sociedad profesional *stricto sensu*, ya que no se nos escapan los múltiples aspectos, digamos confusos o no regulados por la misma que implican la práctica de una importante labor interpretativa en su aplicación —aunque, en nuestra opinión una regulación de la propiamente conocida sociedad profesional sí que resultaba necesaria—, lo que no empece a que debido al carácter imperativo de la Ley 2/2007, nos suscite interés realizar unas reflexiones sobre la meritada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como de las posibles consecuencias y alcance de la misma.

## II. LA DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007

El objeto social interpretado en esta Resolución, que por su importancia para el presente análisis transcribimos a continuación, era del siguiente tenor literal: «la sociedad tendrá por objeto:

a) *La compraventa de acciones y participaciones por cuenta propia, con exclusión de aquellas actividades reguladas en la Ley del Mercado de Valores y en la de Instituciones de Inversión Colectiva para cuya ejecución y ejercicio se rigen [sic] requisitos especiales que no cumple la presente sociedad, así como la dirección empresarial, la gestión administrativa, y los servicios de asesoramiento técnico financiero, contable, comercial, fiscal, jurídico e industrial.*

b) *La promoción, construcción, conservación, reparación y compraventa de edificaciones en general, así como el arrendamiento y explotación de fincas rústicas y urbanas, con exclusión de arrendamientos financieros.*

*Las actividades integrantes del objeto social podrán ser desarrolladas, total o parcialmente, de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo.*

*En todo caso: A) Quedan excluidas del objeto social aquellas actividades que por Ley tienen una regulación especial. B) Si la Ley exige para el ejercicio de las actividades incluidas en el objeto social algún título profesional, éstas deberán realizarse por medio de persona que ostente la titulación requerida».*

Después de admitir la existencia de sociedades de profesionales diferentes a las sociedades profesionales *stricto sensu*, así como de afirmar que la interpretación de la cláusula estatutaria ha de realizarse no sólo en su sentido literal, sino también, conforme a la intención de las partes de acuerdo con una valoración global de las cláusulas y del modo más adecuado para que produz-

can efectos (arts. 1.281, 1.284 y 1.285 del Código Civil), la Dirección General de los Registros y del Notariado emite su juicio interpretativo del mencionado objeto social del siguiente modo:

*«Interpretada dicha disposición estatutaria conforme a tales criterios, resulta indudable que, al referirse a la gestión administrativa, así como a los servicios de asesoramiento contable, fiscal y jurídico, debe entenderse que con ella no se trata propiamente de la fundación de una sociedad profesional sino de constituir una sociedad cuya finalidad sea, como admite la Ley especial “la de proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual de la profesión, en el sentido no de proporcionar directamente al solicitante la prestación que desarrollará el profesional persona física, sino de servir no sólo de intermediaria para que sea este último quien la realice, y también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas” (párrafo primero i.f., del apartado II de la Exposición de Motivos. Cfr., también, la Resolución de esta Dirección General de 2 de junio de 1986).*

*A tal efecto, no pueden soslayarse tanto el hecho de que se disponga en los estatutos sociales que: “Si la Ley exige para el ejercicio de las actividades incluidas en el objeto social algún título profesional, éstas deberán realizarse por medio de persona que ostente la titulación requerida” (aunque, justo es reconocerlo, también las sociedades profesionales habrán de ejercer materialmente las actividades profesionales constitutivas de su objeto a través de personas habilitadas y colegiadas debidamente para ello —cfr. art. 5.1 de la Ley 2/2007—), como la previsión según la cual: “Quedan excluidas del objeto social aquellas actividades que por Ley tienen una regulación especial”, lo que debe entenderse en el sentido de excluir que las actividades cuestionadas por el Registrador en su calificación sean desarrolladas por la propia sociedad como verdadero profesional (más bien mediante la ejecución de actos por los profesionales bajo la denominación social) con imputación a aquella —directamente— de los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de dicha actividad como titular de la relación jurídica con el cliente; exclusión que vendría determinada por la falta de cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para el desenvolvimiento de tal actividad en esta precisa forma».*

Así pues, los dos argumentos más importantes para llegar a la calificación de sociedad de intermediación por el Centro Directivo, son: (i) la cláusula de estilo por la cual se excluye del objeto social cualquier actividad reservada por Ley a otro tipo social; y (ii) la voluntad de los otorgantes de manifestar que si se requiere una titulación profesional para el ejercicio de cualquiera de las actividades, la actividad en cuestión será llevada a cabo por el profesional colegiado debidamente. Ello supone pues, a juicio del Centro Directivo, que la actividad profesional y la imputación de los derechos y obligaciones derivadas de la misma no se realizarán a la sociedad.

Posteriormente a la resolución, que es objeto de comentario, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido también oportunidad de pronunciarse sobre el objeto social de las sociedades profesionales en la Resolución de 1 de marzo de 2008 (BOE núm. 66, de 17 de marzo de 2008) (7),

---

(7) El objeto social analizado en esta última resolución era el siguiente: *«Objeto social.—La sociedad tiene por objeto la realización de las actividades profesionales siguientes:*

al tratar un recurso sobre la calificación de una escritura de adaptación a la Ley 2/2007.

Sin entrar en los numerosos pormenores de esta última Resolución, al exceder del objetivo de este trabajo, en cuanto a interpretación de la cláusula de objeto social en el ámbito de las sociedades profesionales, conviene señalar que, en aras de la determinación del mismo, el Centro Directivo dice lo siguiente: *«En el presente caso, la propia disposición estatutaria no especifica la concreta profesión cuyo ejercicio constituye el objeto de la sociedad. Si a ello se añade la exigencia legal y reglamentaria de claridad y precisión en la determinación del objeto social, debe concluirse que una enumeración de actividades, como la que ahora es cuestionada, no puede ser admitida... lo cierto es que esa enumeración, relación, descripción o reseña de actividades y competencias que constituye objeto de debate no sólo es insuficiente por, per se, caracterizar debidamente a la sociedad, sino que puede inducir a error acerca de la naturaleza de su objeto social en perjuicio de la propia sociedad, de los terceros y del tráfico en general. Porque, o bien estas actividades serán en muchos supuestos compartidas con otros profesionales o auxiliares del comercio, lo que podrá dar lugar a cuestiones de competencia o compatibilidad, o es tan difícil que lleguen a enumerarse de modo completo que pudiera pensarse que la persona jurídica no es un verdadero profesional por no contemplar en el artículo estatutario relativo al objeto social una actividad que en realidad sí es específica de su profesión (así, esta Dirección General ha reiterado que la determinación de las actividades que integren el objeto social, por el género incluye todas sus especies, de modo que la enumeración de estas últimas tan sólo tiene sentido cuando tenga por objeto excluirlas, y no a la inversa, ante la práctica imposibilidad de hacerlo de forma exhaustiva y el consiguiente riesgo de que esa enumeración se entienda en el sentido de que tan sólo las incluidas en ella quedan integradas en el objeto y no las restantes —cfr., por todas, las Resoluciones de 11 de octubre*

a) *El asesoramiento en materia contable, la confección de libros de contabilidad y demás libros obligatorios y la elaboración de las cuentas anuales y de los informes de gestión.*

b) *La planificación y dirección de la organización contable, de la contabilidad y de la administración.*

c) *La revisión, análisis y verificación de la contabilidad, de las cuentas anuales y de los informes de gestión de las empresas.*

d) *La mecanización, proceso de datos y tratamiento de la información empresarial.*

e) *La emisión de informes sobre la situación económica, financiera, comercial, contable y administrativa de las empresas.*

f) *Revisiones, diagnósticos, valoraciones y estudios económicos de empresas.*

g) *El análisis, estudio y planificación de inversiones y su financiación.*

h) *La constitución, disolución, liquidación y administración de empresas.*

i) *El asesoramiento fiscal, la confección de todo tipo de declaraciones y la realización de gestiones y actuaciones tributarias en general.*

j) *El asesoramiento y gestiones laborales y de Seguridad Social.*

k) *La organización, administración y asesoramiento en general a empresas.*

*El objeto social podrá desarrollarse directamente por la propia Sociedad, o bien a través de la participación en sociedades profesionales.*

*Si las disposiciones legales exigiesen para el ejercicio de alguna de las actividades comprendidas en el objeto social particularmente algún título profesional, autorización administrativa o inscripción en Registros Públicos, dichas actividades deberán realizarse por medio de persona que ostente dicha titularidad profesional, y en su caso no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos administrativos exigidos».*

y 15 de noviembre de 1993, 22 de mayo y 7 de noviembre de 1997 y 18 de noviembre de 1999—)...».

Es decir, el Centro Directivo se decanta como requisito de claridad y precisión del objeto social de una sociedad profesional por el mero reflejo en el mismo de la actividad profesional que constituya el objeto de la sociedad, debiendo prescindirse de una enumeración de actividades según la fórmula de que «el género comprende la especie», teniendo sólo razón la enumeración de aquellas especies que se pretendan excluir del género profesional. Por tanto, se valora de nuevo, a efectos interpretativos, la manifestación de la voluntad social en cuanto a exclusión de actividades del correspondiente objeto social.

En relación con lo anterior, resulta interesante señalar que en los Fundamentos de Derecho de la calificación se dice al respecto, con bastante claridad, lo siguiente: «...Es decir, debe procurarse que el objeto exprese con claridad y precisión la actividad profesional de que se trate, para lo que bastaría configurar el objeto social expresando simplemente la clase de profesional de que se trate (por ejemplo, la actividad propia del ejercicio de los economistas y titulados mercantiles y empresariales, refiriéndonos al caso que nos ocupa)...».

En cuanto al requisito de ejecución de la actividad profesional «...por medio de persona que ostente dicha titularidad profesional...», vuelve la Dirección General a valorar favorablemente su inclusión en el objeto social al afirmar, en relación con la calificación negativa de la Registradora, que: «...No puede confirmarse, en cambio, la objeción que opone la Registradora a la fórmula empleada en el párrafo final del artículo 3 de los estatutos sociales, consistente aquélla en que, a su juicio, “posibilitaría que el objeto social fuera realizado por profesionales no socios, llegándose incluso a que ningún socio ostentara el correspondiente título profesional, lo que nos situaría fuera del ámbito de la sociedad profesional regulada en la nueva ley, conforme a los artículos 2 y 3 de la misma”. Precisamente, lo que el artículo 5 de la Ley especial establece es que las sociedades profesionales únicamente podrán ejercer las actividades profesionales constitutivas de su objeto social a través de personas colegiadas en el Colegio Profesional correspondiente para el ejercicio de las mismas; pero esas personas colegiadas podrán ser, y de hecho muchas veces serán, los propios socios profesionales, o podrán ser profesionales ligados con la sociedad por un vínculo no societario mediante el correspondiente contrato laboral o mediante una relación no laboral sujeta a normas de Derecho Privado. La alarma de la Registradora ante la posibilidad de que se llegara a una situación en que “ningún socio ostentara el correspondiente título profesional”, es injustificada, ya que por algo el artículo 4 de la Ley 2/2007 exige que: “Las tres cuartas partes del capital y de los derechos de voto, o las tres cuartas partes del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas, habrán de pertenecer a socios profesionales”, y establece las consecuencias del incumplimiento de esta exigencia».

### III. LOS ESTATUTOS SOCIALES Y SU INTERPRETACIÓN

Como puede apreciarse de lo expuesto hasta ahora, estamos avocados también a ofrecer una solución interpretativa al objeto social descrito, con el fin de poder atender al significado y alcance de la doctrina registral expresada en la antedicha Resolución.

Para este resultado lógico, conviene pues comenzar con la premisa mayor de este debate, a saber, los métodos interpretativos a utilizar en la labor hermenéutica del objeto de una sociedad.

Con carácter general, en materia de interpretación contractual mercantil, y por ende en sede de contrato de sociedad, ha de partirse del artículo 57 del Código de Comercio que expresamente prevé lo siguiente: «*Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones*».

De esta forma, GARRIGUES (8) exponía las bases de la interpretación contractual mercantil: «*Para la interpretación de los contratos, el artículo 57 establece una regla positiva y dos prohibitivas, que limitan la actividad del intérprete y son consecuencia del principio de buena fe que preside todo el contenido normativo de ese precepto legal:*

a) *Hay que atender, en primer lugar, a los términos en que el contrato fue hecho y redactado. Esta forma de interpretación literal debe ser completada con la del artículo 1.281 del Código Civil (sentido literal cuando los términos son claros; predominio de la intención sobre las palabras cuando parezcan contrarias a la intención).*

b) *Prohíbe el artículo 57: primero, tergiversar el sentido recto, propio y usual de las palabras; segundo, restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubiesen explicado su voluntad. Toda interpretación que vulnere estas reglas se califica en la misma ley de interpretación arbitraria.*

*¿Qué se entiende por ejecución de buena fe? Buena fe significa confianza. Tener fe o confianza quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra. Fía y se confía en que ésta no le engañará. Según la doctrina, el principio de buena fe actúa tanto a favor como en contra del acreedor: el acreedor debe conformarse cuando el deudor realice lo que la buena fe exige; y puede exigir que esa prestación no quede por debajo de lo que la buena fe reclama. El principio de la buena fe, cuya aplicación a los contratos mercantiles es de Derecho coactivo, servirá para decidir el juicio a favor del contratante que pactó o cumplió el pacto de buena fe».*

En análogo sentido, URÍA, MENÉNDEZ y VÉRGEZ (9) afirman, en relación con el citado artículo 57 del Código de Comercio, lo siguiente: «*Esto quiere decir que hemos de dar a las cláusulas contractuales el sentido que tienen en la vida del tráfico, atendiendo además a la finalidad económica que las partes han perseguido. En materia mercantil hay que huir de interpretaciones que, aun siendo aparentemente lógicas, conduzcan a resultados contrarios a las exigencias y necesidades del propio comercio*».

Ello supone, a nuestro juicio, que aunque el primer recurso interpretativo pueda ser el literal, no ha de olvidarse que el mismo ha de ser realizado atendiendo a la voluntad de las partes, como equilibrio que siempre ha de

---

(8) GARRIGUES, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1953, págs. 368 y 369.

(9) Rodrigo URÍA, Aupelio MENÉNDEZ y Mercedes VÉRGEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, II. 1.ª ed., 2001, pág. 42.

pretenderse en todo negocio jurídico entre lo declarado y lo querido por los intervinientes del mismo, o si se prefiere, entre la voluntad real y la voluntad declarada. No es el momento ni el lugar de entrar en las tradicionales discusiones escolásticas al respecto, por lo que, basta en este lugar con proponer una interpretación que atienda a ambos caracteres volitivos.

Para comprender la función y naturaleza de los estatutos sociales, ya la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 21 de enero de 1946, configuró a los mismos como auténticas reglas del funcionamiento de la sociedad, al decir que: *«Por Estatutos sociales, cuando se contraponen esta frase a la escritura constitutiva de una compañía anónima, suele entenderse el documento comprensivo del conjunto de normas articuladas que organizan y desenvuelven tanto el régimen interno de la sociedad y los derechos de los accionistas como las relaciones con las terceras personas y que, por regla general, no incluye los nombres de los promotores, las particularidades del momento fundacional, la distribución de acciones ni la reseña de las aportaciones respectivas, y está dotado de una cierta sustantividad e independencia que permite separarlo de los otros pactos sociales y unirlo como complemento a la indicada escritura, de la cual recibe su fuerza jurídica».*

De igual forma, la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 1984 (RJ 1984/2548), dispuso que: *«los estatutos establecen las reglas imprescindibles del funcionamiento corporativo de la sociedad y deben ser observados por todos los socios por haberlos aceptado por unanimidad en el momento constitutivo o por la mayoría establecida por la Ley en un momento posterior, y su finalidad es regular la vida interna de la sociedad con preferencia de las normas legales no coactivas o imperativas».*

En función a la importancia de los mismos al regir la vida social, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de febrero de 1991 (RJ 1991/1690), 20 de marzo de 1991 (RJ 1991/2626) y 25 de marzo de 1991 (RJ 1991/2628) afirman que entre los requisitos de los mismos se encuentra *«la exigencia de plenitud y especificación en sus determinaciones»*, y en cuanto a su redacción, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9864) requiere que *«estén redactados con la claridad y precisión necesarias que huyan de cualquier tipo de confusiónismo (...) debiendo ser lo suficientemente completos para cumplir la función que les corresponde».*

Es decir, los estatutos sociales son la piedra angular de la vida social y han de redactarse con la suficiente claridad para evitar cualquier tipo de confusión.

En relación con la naturaleza contractual de los mismos, la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1995 (RJ 1995/4208), estableció que: *«ha de entenderse que el Estatuto Societario no es una norma jurídica como tal, de las previstas en el artículo 1.1.6 del Código Civil, cuyo quebranto dé acceso al recurso de casación. Su estructura, de carácter convencional o contractual, sirve de regla de conducta a la sociedad y a sus integrantes».*

Sentada su naturaleza contractual, los criterios interpretativos para su correcto entendimiento también han sido expuestos por la jurisprudencia. De esta forma y a título ejemplificativo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 2001 (RJ 2001/514), estableció como criterio rector interpretativo el de la buena fe mercantil al decir que: *«Aunque, según reiterada jurisprudencia, los Estatutos constituyen la reglamentación necesaria para el funcionamiento corporativo de la sociedad y sus normas habrán de ser observadas por todos los socios, pues regulan preceptivamente la vida interna de la compañía en tanto*

no se opongan a disposiciones legales con valor de ius cogens, no cabe olvidar que deben interpretarse según las normas de la buena fe mercantil». Igualmente, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de julio de 1984 (RJ 1984/3854), dispuso que: «Considerando, no obstante, que no hay que olvidar la singular importancia que, en el ámbito del Derecho Mercantil, y en materia de interpretación de contratos y cláusulas contractuales reviste el principio de buena fe sancionado en el artículo 57 del Código de Comercio, en cuanto al modo en que los contratantes han explicado su voluntad y contraído sus obligaciones».

Otras Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que pueden citarse, a título meramente enunciativo, en materia de interpretación de los estatutos sociales, son las siguientes: La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 8 de junio de 1992 (RJ 1992, 5730), dispuso en cuanto a las cláusulas estatutarias: «la valoración de las unas por las otras (vid. art. 1.285 del Código Civil), así como la inteligencia de éstas en el sentido más adecuado para que produzcan efecto (vid. art. 1.284 del Código Civil)».

Dicha interpretación sistemática ya había sido puesta de manifiesto por la anterior Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de marzo de 1990 (RJ 1990/2302), al establecer que: «El negocio no puede dividirse en compartimentos estancos, de modo que las contradicciones entre sus diversas estipulaciones (...) deben resolverse en beneficio de la más específica (...) decretando el percimiento de las demás (...) El principio de la conservación del negocio exige otra interpretación (art. 1.284 CC). Las cláusulas del contrato, por lo demás, deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el conjunto que resulte de todas (art. 1.285 CC)». Por último, tanto la referida Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 8 de junio de 1992 (RJ 1992, 5730), como las de 12 de junio de 1992 (RJ 1992, 5738), 20 de agosto de 1993 (RJ 1993, 7210) y de 26 de marzo de 2002 (RJ 2002, 6190), manifiestan que las cláusulas estatutarias han de interpretarse en el sentido más favorable para su eficacia, según el artículo 1.284 del Código Civil, disponiendo que: «la necesaria interpretación de dichas cláusulas en el sentido más favorable para su eficacia (vid. art. 1.284 del Código Civil)» (10).

Propiamente y en relación con la interpretación específica de la cláusula de objeto de una sociedad, GARCÍA DE ALBIZU (11) (de acuerdo con GIRÓN y DE LA CÁMARA) (12) perfiló los criterios interpretativos a utilizar del siguiente modo: «...Desde esta perspectiva, siguiendo las pautas de la opinión dominante, los criterios de interpretación deberán adquirir mayor grado de objetivación cuanto más lejana al establecimiento del contrato sea la relación a la que el mismo deba ser aplicado y, por consiguiente, interpretado. En consecuencia, salvo que la interpretación deba afectar a quienes intervinieron en el contrato

---

(10) Citando, entre otras, esta jurisprudencia y resoluciones del Centro Directivo, vid., para mayor extensión, Benjamín PEÑAS MOYANO, «Tratamiento de la función, naturaleza, interpretación y límites de los estatutos de la sociedad anónima española en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Thomson-Aranzadi. Año 2003-2, núm. 21, págs. 247-259.

(11) Juan Carlos SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, *El objeto social en la Sociedad Anónima*, Editorial Civitas, 1990, pág. 58 y sigs.

(12) Vid. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, pág. 99; y Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, pág. 526.

*fundacional, supuesto que acaecerá con mayor frecuencia cuando se trate de sociedades cerradas y en el que no parece existir obstáculo alguno que impida la utilización armonizada de los distintos criterios de interpretación contractual contemplados por nuestro Derecho, en los demás casos y, a la luz del artículo 1.286 del Código Civil, deberá darse preferencia a los criterios objetivos de interpretación. Esto, que aparecía ya con cierta claridad respecto a quienes se incorporan a la sociedad en un momento posterior al de su fundación, a los cuales algunos autores entendían aplicables los criterios interpretativos propios de los contratos de adhesión, es decir, criterios fundamentalmente objetivos, resulta todavía más claro en relación con los terceros respecto a quienes estos criterios objetivos deberán además ponderarse junto a los principios de la publicidad registral y al principio general de la buena fe. Éstas son, por lo tanto, las líneas maestras a tener en cuenta en la interpretación del contrato de sociedad y que, en consecuencia, pueden trasladarse al objeto social».*

Llegados a este punto, coincidimos con GARCÍA DE ALBIZU en utilizar como primera pauta hermenéutica, aparte del ya citado artículo 57 del Código de Comercio, los criterios interpretativos subjetivos preconizados en los artículos 1.281, 1.282 y 1.283 del Código Civil, cuando se trata de interpretar el objeto social fundacional de una sociedad típicamente cerrada, como es una sociedad de responsabilidad limitada, partiendo de los principios rectores que han de presidir toda tarea interpretativa, a saber: el principio de búsqueda de la voluntad real, el principio de conservación del contrato y el principio de la buena fe (13).

Antes de continuar avanzando en esta labor interpretativa, conviene recordar, en relación con el objeto social analizado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de diciembre de 2007, que las actividades sociales, como ya hemos expuesto, son las siguientes:

a) *La compraventa de acciones y participaciones por cuenta propia, con exclusión de aquellas actividades reguladas en la Ley del Mercado de Valores y en la de Instituciones de Inversión Colectiva para cuya ejecución y ejercicio se rigen [sic] requisitos especiales que no cumple la presente sociedad, así como la dirección empresarial, la gestión administrativa, y los servicios de asesoramiento técnico financiero, contable, comercial, fiscal, jurídico e industrial.*

b) *La promoción, construcción, conservación, reparación y compraventa de edificaciones en general, así como el arrendamiento y explotación de fincas rústicas y urbanas, con exclusión de arrendamientos financieros.*

Dentro de dichas actividades y en relación con el tema que nos ocupa, la relativa a la compraventa de acciones y participaciones por cuenta propia es una cuestión ya resuelta con creces por el Centro Directivo. Así la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 8 de enero de 2000 (RJ 2000/144), admitió la validez de una cláusula estatutaria similar sobre la siguiente base: «No obstante, respecto del presente caso, es indudable que el hecho de que entre las actividades comprendidas en el objeto social se halle la compraventa y administración de valores no implica que la sociedad haya de cumplir en todo caso las características, requisitos y autorizaciones exigidos en la legislación especial, toda vez que dichas actividades se limitan a valores —o a determinadas operaciones sobre ellos— que no queden compendi-

(13) Vid. Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, 1986, pág. 261.

dos en el ámbito de la misma (cfr., v. gr., arts. 2, 26 bis, 36, 37, 62 y sigs. de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores), habida cuenta que para especificar las actividades lícitas y posibles, dentro del género determinado, se recurre, como ha admitido este centro directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 15 de diciembre de 1993 y 30 de abril de 1999), a una exclusión referida a todas aquéllas que no se ajusten a los requisitos establecidos en dicha legislación especial, de modo que el objeto social queda suficientemente concretado».

O sea, el criterio reiterado del Centro Directivo en admitir la validez de las cláusulas que delimiten el objeto social por el género y no por la especie, así como por la exclusión que los propios fundadores de la sociedad realizan de las actividades reservadas legalmente a otros tipos sociales, ha venido suponiendo la tradicional admisión de sociedades con objeto social integrado por actividades de compraventa de acciones y participaciones, sin caer dentro de las prohibiciones de la Ley del Mercado de Valores.

En materia inmobiliaria (otro de los bloques de actividad del objeto social analizado), también la Dirección General de los Registros y del Notariado vuelve a utilizar los criterios antes apuntados para señalarlos como requisitos de validez de un objeto social, como se desprende de la Resolución del Centro Directivo de 30 de abril de 1999 (RJ 1999/2763), que estableció, a estos efectos, lo siguiente: «...En tales casos, resultará que el ejercicio de la actividad que se define como objeto social, que ha de entenderse extensiva a todas las especies incluidas en su enunciado al no excluirse ninguna, no será posible ni lícita, dos de los requisitos que para todo objeto de contrato imponen los artículos 1.271 y 1.272 del Código Civil. No cabe, frente a ello, ampararse en el principio de presunción de buena fe y acatamiento de la legalidad como límite en el ejercicio de una actividad que estatutariamente no aparece limitada pues, ha de reiterarse, el objeto social ha de ser definido en los Estatutos sin que quepa admitir que esa delimitación convencional haya de ser suplida por las disposiciones vigentes, siendo tal definición la que ha de valorarse jurídicamente desde el punto de vista de su determinación, posibilidad y licitud. Y si bien es cierto que en casos como el presente la especificación de actividades lícitas y posibles dentro del género contemplado puede ser engorrosa, siempre cabe el recurso de una exclusión referida a todas aquéllas que, por una u otra razón, no lo sean, sin que ello suponga una expresión vacía y antijurídica, sino que, por el contrario, contribuye a la concreción del objeto social por vía de excepción, la cual ante la constante mutación de la normativa legal en este punto, no podrá, ciertamente, ser objeto de mayor precisión (cfr. Resolución de 15 de diciembre de 1993)».

En este campo inmobiliario, resulta de gran interés la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 1995 (RJ 1995/6982), que enjuició la improcedencia de la nulidad de una sociedad afirmando que no es imprescindible tener la condición de Agente de la Propiedad Inmobiliaria para intervenir ocasionalmente en la mediación de venta de inmuebles, debido a la inexistencia de exclusividad en sus funciones; de esta forma, entre otros argumentos y con recurso al principio de libertad de empresa recogido en el artículo 38 de la Constitución Española, prescribió lo siguiente: «La interpretación precedente, contraria a la declaración de “nulidad radical y de pleno derecho” de la compañía mercantil recurrente, acogida en las instancias, viene avalada, además por los siguientes elementos: a) las limitaciones de origen reglamentario y preconstitucional en perjuicio de algunas formas jurídicas de sociedad (que suelen ser, por otra parte, las más utilizadas), entran en pugna con la “libertad de empresa” reconocida “en el marco de la economía de mercado” por el artículo 38

de la vigente Constitución Española (RCL 1978/2836 y ApNDL 2875), en tanto en cuanto esta libertad no sólo tiene contenido económico, sino también jurídico, pues permite a los ciudadanos la elección del modelo jurídico de empresas, individual o social, y dentro de estas categorías, el tipo de sociedad de las admitidas, que se adopta para el desarrollo de la actividad económica...».

Por lo tanto, resulta ser la actividad de «...dirección empresarial, la gestión administrativa, y los servicios de asesoramiento técnico financiero, contable, comercial, fiscal, jurídico e industrial...», la que, a nuestro juicio, debe centrar el presente análisis del objeto social propuesto, en sede de sociedades profesionales.

Con ánimo de realizar dicha misión interpretativa, el artículo 1.281 del Código Civil prevé lo siguiente: «Si los términos de un contrato son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas». Es pues, la búsqueda de la voluntad real de los contratantes la que subyace como primera misión del intérprete, sin que a ello obste el referido aforismo *in claris non fit interpretatio*, ya que este aforismo debe ser entendido en el sentido propuesto a continuación, porque afirmar la claridad de una cláusula negocial sin más, sin indagar la voluntad real de las partes, ya implica una primera labor interpretativa, tratándose de impedir únicamente que sea tergiversada una declaración de voluntad realmente clara (vid. art. 57 del Código de Comercio). Como es conocido, el recurso al referido aforismo se ha venido realizando para evitar las denominadas «cavilaciones de los abogados» que impidan la tergiversación de un texto claro (14) (15).

Pues bien, «el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas» (vid. art. 57 del Código de Comercio y art. 1281.1 del Código Civil), de acuerdo con una interpretación literal de la referida cláusula estatutaria, nos lleva necesariamente a mantener que la actividad de «asesoramiento» la presta directamente la sociedad, por lo que no ha de ser calificada como sociedad de intermediación. No obstante, y según lo expuesto con anterioridad, hemos de preguntarnos cuál fue la voluntad de las partes para poder calificar el tipo social elegido.

Por tanto, hemos de acudir, en primer lugar, al artículo 1281.2 del Código Civil para conocer primeramente su alcance cuando manifiesta: «...si las palabras parecieran abiertamente contrarias a la intención de los contratantes se dará preferencia a ésta sobre aquéllas», regla interpretativa que, según LÓPEZ Y LÓPEZ (16), debe entenderse del siguiente modo: «...establecer que las palabras

(14) Vid. Federico de Castro y Bravo, *El Negocio Jurídico*, Civitas, pág. 83.

(15) No obstante, la posición de la Jurisprudencia en este punto ha sido tradicionalmente vacilante (vid. DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 84 y 85). Una línea afirmando como indiscutible la preferencia del sentido literal, siendo los términos claros, viene dada por las sentencias del Tribunal Supremo, de 19 de enero de 1925, 18 de abril de 1931, 30 de marzo de 1953, 8 de febrero de 1954, 30 de enero de 1957, 4 de diciembre de 1963, 8 de febrero de 1964, 30 de junio de 1965, 26 de marzo de 1974, 1 de abril de 1976, entre otras. Una segunda línea, con mayor acierto, afirman que pese a todo ha de estarse a la conducta de las partes contratantes, como la sentencia de 20 de abril de 1931, 20 de abril de 1944, 28 de abril de 1964, 30 de abril de 1966 y 27 de octubre de 1966.

(16) Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVII, vol. 2.º, artículos 1.281 a 1.314 del Código Civil. Editorial Revista de Derecho Privado, 1981, pág. 30.

son abiertamente contrarias a la intención de los contratantes es igual que determinar que contradicen su evidente intención. Y para hacerlo hay que conectar con puntos de referencia hermenéutico distintos a la literalidad de las cláusulas. La pequeña digresión viene a cuento para fijar que el adjetivo “evidente”, que emplea el párrafo 2.º del actual artículo 1.281, no quiere decir otra cosa que “deducida racionalmente” de todos los elementos de juicio que tenga el intérprete, y principalmente de los actos de los contratantes, coetáneos y posteriores al contrato, que consten suficientemente probados, con respecto a los cuales y para desvelar su significado el protagonista de la tarea interpretativa, debe utilizar las reglas de interpretación que el propio Código suministra...».

Así pues, dicho artículo 1281.2 del Código Civil debe ser íntimamente conectado con lo dispuesto en el artículo 1.282 del Código Civil, que prescribe lo siguiente: «Para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato». Respecto del cual, LÓPEZ Y LÓPEZ (17) afirma que: «...Posiblemente el Código piensa que lo más significativo son los actos de los contratantes coetáneos y posteriores, y a ellos subordinado, el tenor literal (casi el 100 por 100 de las veces, la escritura), pero no impide utilizar datos que ni sean actos, en su sentido más estricto (vgr., un borrador no es un acto) ni que esos actos sean anteriores al contrato».

En suma, como ya habrá podido observar el lector, para llevar a cabo la indagación de la voluntad de los fundadores de esta sociedad en la expresión del objeto social de la misma, sólo contamos con el texto de la resolución comentada; tarea harto difícil pues, aunque intentaremos continuar con el desarrollo de la misma.

De esta forma, entendemos que la voluntad «deducida racionalmente» de las partes contratantes no fue la de constituir una sociedad profesional *stricto sensu*, como se puede deducir del propio objeto social, que tiene la categoría de objeto social complejo (18) donde —a nuestro juicio— puede vislumbrarse la intención de las partes de desarrollar lo que podríamos denominar «actividades principales» y otras «actividades secundarias». En este sentido, dichas actividades principales consistirían en la realización de compraventas de acciones y participaciones por cuenta propia y en la práctica de las actividades inmobiliarias expuestas en el mismo. Nótese, a estos efectos, que la actividad de «asesoramiento» sólo se recoge a continuación de las actividades de compraventa de acciones y participaciones y no en relación de las funciones inmobiliarias previstas, por lo que podría entenderse dicha actividad de asesoramiento, con carácter secundario en el referido objeto social.

Dicha opinión cobra fuerza si se acude al artículo 2 de la Ley 2/2007, que trata la exclusividad del objeto social de la sociedad profesional del siguiente modo: «Las sociedades profesionales únicamente podrán tener por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales...».

Aclarado previamente por el artículo 1 de la Ley 2/2007, que «el ejercicio en común de una actividad profesional» lo hay cuando «...los actos propios de

---

(17) Vid., *op. cit.*, pág. 32.

(18) Vid. GARCÍA DE ALBIZU, *op. cit.*, pág. 84, quien afirma que: «...En este sentido, el objeto social puede ser único o complejo. Las actividades podrán ser así de la más variada índole, no siendo requisito necesario la homogeneidad de las mismas y estando permitida también la existencia de una actividad principal y de otras secundarias. Ahora bien, la pluralidad de actividades no supone renuncia a la determinación, por lo que todas ellas deberán establecerse estatutariamente de forma suficientemente precisa...».

la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente», la referida exclusividad del objeto social de la sociedad profesional ha de entenderse —a nuestro juicio—, como explica VÉRGEZ SÁNCHEZ (19), cuando afirma que: «...El carácter exclusivo del objeto social debe, por otra parte, conectarse con el deber impuesto en la Ley, y previsto en el artículo anterior, de que se constituyan en sociedad profesional aquellas sociedades cuyo objeto social sea el ejercicio en común de una actividad profesional, lo cual quiere decir que el ejercicio en común de la actividad profesional no puede simultanearse con otra actividad económica que exceda de lo que el ejercicio profesional representa, y no que cuando se produzca la simultaneidad no esté obligada la sociedad a constituirse en sociedad profesional, pudiendo desarrollar ambos objetos. La separación del deber impuesto en el artículo 1 y la exclusividad del objeto social en dos párrafos diferentes, no obstante las enmiendas que en el trámite parlamentario de elaboración de la ley fueron presentadas al respecto, avala esta consideración, que, por otra parte, es la única que justifica el sentido de la ley».

Por ello, la deducción racional que podemos realizar del objeto social analizado en cuanto a la tan meritada averiguación de la voluntad real de las partes, es que en su ánimo fundador social se encontraba ya su intención de desarrollar actividades no propiamente profesionales (definidas por el art. 1 de la Ley 2/2007, como «...aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional»), tales como las de adquisiciones de empresas y las inmobiliarias, respecto de las que no cabe duda en su consideración como tales, al menos en cuanto a la discutida actividad de «asesoramiento», ya que en ningún momento se observa la voluntad de las partes tendente al desarrollo en común de una actividad profesional con carácter exclusivo.

Así y como complemento a los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil, antes citados, sobre la *voluntas spectanda*, el artículo 1.283 del Código Civil nos dice que: «Cualquiera que sea la generalidad de los términos del contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar», debiendo entenderse por «cosas» el objeto del contrato y por «casos», como dice MANRESA (20): «...los supuestos u ocasiones en que hayan de producirse las consecuencias convalidadas en el contrato, los efectos de éste».

A juicio de LÓPEZ Y LÓPEZ (21): «...El texto del precepto no nos dice que enumerados una serie de casos concretos, sólo sobre ellos verse el contrato, salvo que se demuestre que la intención común fue otra: antes bien, se plantea que más que una enumeración de supuestos concretos, lo que haya sea una expresión de carácter general. Y es que el ámbito propio de la norma es el de lo que, con terminología importada de la interpretación de la Ley, llamaríamos interpretación restrictiva (la expresión de la voluntad excede a lo que se quiso como su contenido)...». Por ello, y aún admitiendo una generalidad en la descripción de

(19) Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen Fiscal y Corporativo. ROSA GARCÍA PÉREZ y KLAUS MOCHEN ALBIEZ DORMÁN (Directores). Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 59.

(20) MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, VIII, Madrid, 1918, pág. 732.

(21) LÓPEZ Y LÓPEZ, *vid., op. cit.*, pág. 35.

las actividades de asesoramiento (cuestión por otro lado, prescrita por los arts. 117 y 178 del Reglamento del Registro Mercantil), no puede extraerse de la misma que la voluntad de las partes fuera la realización de actividades profesionales propias de una sociedad profesional, ya que esta interpretación sería exceder de la intención de las mismas la fijación tanto de las «cosas» como de los «casos» propuestos en el objeto social debatido, donde por motivos ya apuntados, consideramos como lo que parece haberse querido con la redacción del objeto social es sólo la prestación por la sociedad de diversos servicios profesionales accesorios a su actividad principal de adquisiciones societarias y transacciones inmobiliarias, y no el ejercicio en común de una actividad profesional en exclusividad, como con carácter imperativo prescriben los artículos 1 y 2 de la Ley 2/2007.

Por orden en la exposición que venimos realizando, llega el momento de abordar uno de los dos argumentos que utiliza expresamente el Centro Directivo para excluir la calificación de sociedad profesional *stricto sensu*, es decir, la voluntad de las partes de que las actividades sean ejercitadas por profesionales colegiados cuando así se requiera para la práctica de las mismas. ¿Qué puede entenderse con dicha manifestación en el objeto social analizado?

Una primera interpretación podría consistir en que la misma supondría que la intención de las partes, aún queriendo realmente constituir una sociedad profesional *stricto sensu*, reproducen contractualmente el mandato imperativo del artículo 5 de la Ley 2/2007, que establece que: «1. La sociedad profesional únicamente podrá ejercer las actividades profesionales constitutivas de su objeto social a través de personas colegiadas en el Colegio Profesional correspondiente para el ejercicio de las mismas». Evidentemente, esta solución no tiene mucho sentido de haber concurrido al acto fundacional sólo socios profesionales, pues no supondría más que la reproducción del mandato legal citado; pensemos, pues, en el caso en que hubieran concurrido además de socios profesionales, socios no profesionales (ex. art. 4 de la Ley 2/2007), ¿qué añadiría de más esta declaración?, en nuestra opinión nada, debido de nuevo al referido mandato legal, por lo que de nada nos serviría tal expresión en indagar una voluntad social que simplemente reitera el mandato imperativo legal, entonces ¿por qué se enuncia la misma?

Una segunda interpretación, en atención al objeto múltiple analizado, consistiría en atender que la voluntad de las partes fue no ya la constitución de una sociedad profesional *stricto sensu*, sino una sociedad inversora que además prestara determinados servicios profesionales, queriéndose poner de manifiesto por los socios fundadores su absoluto respeto a las normas de disciplina colegial que rigen las diversas profesiones aludidas en el objeto social. En nuestra opinión, esta segunda interpretación resulta más coherente en atención a los criterios antes expuestos sobre cuál fue, en nuestra opinión, la voluntad real de las partes, recurriendo esta vez y para ello a la llamada interpretación sistemática del contrato recogida en el artículo 1.285 del Código Civil, que prevé lo siguiente: «Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas».

Esta norma de interpretación sistemática, ubicada dentro del grupo de normas de interpretación objetiva del contrato, no ha de ser desdeñada si pese a la primera utilización de las normas de interpretación subjetiva aquí defendida, aún se considerase que no ha podido reconstruirse con las mismas la

denominada *voluntas spectanda* (22), por lo que de pensar hipotéticamente que hubiera una contradicción entre esta manifestación consistente en requerir que la actividad que necesite colegiación sea prestada por profesionales cualificados al efecto suponiendo la misma una intención de constituir una sociedad profesional *stricto sensu*, y aquel resto del clausulado del objeto social analizado (que según la intención de las partes hemos considerado o calificado como sociedad inversora que presta servicios profesionales accesorios, sin el ánimo de ejercitar una actividad profesional propiamente dicha), aquélla no debe ser anulada sino que ha de reinterpretarse en el sentido que mejor define la posición o intención de las partes, o sea, la no constitución —en nuestra opinión— de una sociedad profesional *stricto sensu*.

El segundo de los argumentos utilizados por el Centro Directivo es el relativo a la cláusula de estilo por la cual las partes manifiestan su voluntad de no ejercitar actividades reservadas por Ley a un tipo social determinado, como por ejemplo, la sociedad profesional *stricto sensu*, dado el carácter imperativo de la misma, en cuanto a su adecuación a sus mandatos para el ejercicio de la actividad profesional en común.

En varias noticias se puede leer una crítica a dicha fórmula de estilo, ampliamente aceptada e incluso impulsada por el Centro Directivo como criterio válido para la determinación del objeto social. No es que en nuestra opinión, la manifestación de la misma suponga una exclusión absoluta de la voluntad de las partes del ejercicio de la actividad reservada, voluntad que, de acuerdo con lo expresado, debe ser integrada con el resto de declaraciones en función de las reglas hermenéuticas expuestas. Pero no es menos cierto que la práctica habitual forense ha venido recurriendo a la utilización de la citada fórmula (como hemos podido comprobar con anterioridad), debiendo por tanto ser valorada su utilización como un verdadero recurso usual de la misma.

Conviene también recordar, a estos efectos interpretativos, los restantes argumentos del Notario recurrente en contra de la calificación del Registrador: *«La circunstancia de que la sociedad contemple en su objeto social otras diversas actividades además de aquellas cuya inscripción se rechaza, de que no incluya en su denominación la expresión "profesional", de que no se distinga en la escritura entre socios profesionales y no profesionales ni se acredite la condición de profesionales colegiados de todos o algunos de ellos, ni se establezca y regule la obligación para todos o algunos de los socios de realizar prestaciones accesorias relativas al ejercicio de la actividad profesional, o de que no se recojan las diversas especialidades de que para los órganos sociales señala el artículo 4 de la Ley 2/2007, lejos de implicar una vulneración de los artículos 1.º, 2.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º (¿?) y 17-2 de dicha Ley, como pretende el señor Registrador en lo que supone una clara petición de principio, pone de manifiesto que el propósito de los fundadores no es el de constituir una sociedad profesional, sino una sociedad de intermediación».*

---

(22) Vid. Luis Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 261, quien afirma al respecto lo siguiente: *«Se ha discutido mucho cuál de estos dos tipos de interpretación debe tener preferencia o superioridad jerárquica. En nuestro Código Civil, los artículos 1.281-1.283 preconizan una interpretación subjetiva, mientras que los artículos 1.284-1.289 se enderezan a una interpretación objetiva. Parece deducirse de ello que la interpretación subjetiva es el primer estadio de la interpretación y que la objetiva deberá funcionar cuando no pueda reconstruirse de una manera indudable la concreta intención común o ésta no haya existido».*

Aunque de inicio discrepemos con la calificación realizada como sociedad de intermediación, ya que como hemos apuntado, consideramos que nos encontramos más ante una sociedad de inversión que presta servicios profesionales, esto último, al estilo de las denominadas sociedades de *consulting* o *engineering*, no es menos cierto que las citadas ausencias formales de la escritura de requisitos imperativos regulados por la Ley 2/2007, también pueden ser valorados como expresivos de una voluntad social contraria a la constitución de una sociedad profesional *stricto sensu*. No obstante, esta afirmación inicial, en cada caso concreto se nos va a obligar a realizar arduas misiones interpretativas para adecuar la efectiva voluntad social con el mandato imperativo de la Ley 2/2007, con el objeto final de evitar que se constituyan sociedades que pretendan eludir la disciplina colegial e imperativa de la Ley 2/2007 al amparo de la constitución de las denominadas sociedades de intermediación, o bien, a través de la formalización de sociedades que presten servicios profesionales sin ser su objeto exclusivo el ejercicio en común de la actividad profesional. O lo que es lo mismo, en nada facilita el texto de la Ley 2/2007 la práctica de los abogados y las labores notariales y registrales, pese a la obligación de indagar cuál va a ser, es o fue la verdadera intención de las partes; es decir, el fraude o la simulación contractual son problemas que se atisban en el posible recurso a la formación de dichas sociedades cuando realmente encubran una verdadera práctica profesional en el sentido imperativo de la Ley 2/2007, lo cual debe ser perseguido con los instrumentos que el Ordenamiento Jurídico nos brinda al efecto.

Pero antes de adelantar cuestiones que trataremos en el siguiente apartado de este trabajo, conviene finalizar, a nuestro juicio, la tarea interpretativa que nos hemos marcado acudiendo a los otros dos principios rectores de toda interpretación contractual, una vez intentado indagar la voluntad de las partes, como son, el principio de conservación del contrato y el principio de la buena fe.

DIEZ-PICAZO (23) nos enseña sobre la conservación del contrato, en sede de interpretación contractual, lo siguiente: «*La interpretación debe dirigirse a que el contrato o cláusula discutida sea eficaz. Entre una significación que conduce a privar al contrato o la cláusula de efectos y otra que le permite producirlos debe optarse por esta última... El principio de interpretación del contrato en los términos consagrados por Pothier fue aceptado por el Code Napoleon (art. 1.157) y recibido por nuestro Código Civil en su artículo 1.284: "Si alguna cláusula de un contrato admitiere diversos sentidos, deberá entenderse como el más adecuado para que produzca efecto". El principio suele venir fundado en los siguientes argumentos: que no es razonable pensar que las partes insertando una cláusula no han querido nada; que se trata de una regla dictada por la razón en un acto serio como es un contrato no es presumible que se haya querido hablar sin decir nada o insertar una cláusula inútil; que, en suma, es natural pensar que las partes contratantes han querido hacer una cosa seria y útil...*». Es decir, este principio de conservación del contrato, rector en materia interpretativa, debe por tanto valorarse en el análisis del objeto social estudiado, con el ánimo de ante las posibles dudas que aún quedaren tras la misión interpretativa subjetiva y objetiva realizada, favorecerse el mantenimiento de la relación contractual con la interpretación de la misma aquí propuesta, esto es, la no voluntad de las partes de constituir una sociedad profesional *stricto sensu*, en función del mandato del artículo 1.284 del Código Civil.

---

(23) Vid., *op. cit.*, pág. 262.

El último principio hermenéutico que nos queda por considerar es el de la buena fe y su aplicación en materia contractual. Igualmente, Díez-Picazo (24) nos vuelve a enseñar al respecto que: «1.ª Los contratos han de ser interpretados presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando circumloquios, confusiones deliberadas u oscuridades. 2.ª La buena fe además de un punto de partida ha de ser también un punto de llegada. El contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuya sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales exigidas conforme a las normas éticas...». Así pues, este principio de buena fe es el que también ha de regir la función calificadora del objeto social analizado, lo que no nos hace concluir, a la luz del resto de la función interpretativa realizada, que los socios fundadores no buscaron ampararse en un tipo social admitido por el Ordenamiento Jurídico, bien sea calificado siguiendo al Centro Directivo como sociedad de intermediación, o bien, en nuestra opinión, como sociedad que presta servicios profesionales en el marco de un objeto social complejo, sin que sea su causa el ejercicio en común de una actividad profesional.

Respecto de la actividad de «asesoramiento financiero» cabe realizar una última precisión. Tras la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, se establece una reserva tanto de denominación como de objeto social para las empresas de servicios de inversión, prescribiendo el artículo 64 de la Ley del Mercado de Valores la imposibilidad de inscribir dicho objeto social de asesoramiento financiero para empresas que no sean de servicios de inversión, siendo nula la correspondiente inscripción, nulidad que puede procederse de oficio o incluso por la Comisión Nacional del Mercado de Valores; la gravedad de dicha sanción debe ser igualmente objeto de valoración en la correspondiente función interpretativa, aunque, por razones obvias, un tratamiento del alcance de esta novedad legislativa excede del propósito marcado en este trabajo.

#### IV. LA UTILIZACIÓN DE OTROS TIPOS SOCIALES PARA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PROFESIONALES PROPIAS DE LA SOCIEDAD PROFESIONAL *STRICTO SENSU*

El hecho de haber mantenido una interpretación favorable al objeto social analizado, en cuanto a su conservación y efectos queridos por las partes, de acuerdo con las reglas interpretativas expuestas, no impide que debamos manifestar nuestra reprobación a la utilización de sociedades de intermediación o de sociedades de servicios profesionales que encubran prácticas propias de la sociedad profesional *stricto sensu*, lo cual debe ser considerado como una auténtica alarma jurídica por las consecuencias que de ello se derivarían.

La anterior cautela nos conduce al análisis que del problema ha de realizarse desde la posible ilicitud del objeto social de una sociedad que pretendiere eludir la disciplina normativa imperativa de la Ley 2/2007 (25).

(24) Vid., *op. cit.*, pág. 263.

(25) Véase al respecto, el exhaustivo estudio realizado por SÁNCHEZ PACHÓN, *Las causas de nulidad de las sociedades de capital*. Monografía asociada a la Revista de De-

El objeto social ha de ser entendido como el fin común perseguido por las partes, y en nuestra opinión ha de analizarse dentro de la teoría de la causa del contrato. En este sentido, PAZ-ARES (26) afirma con gran corrección lo siguiente: «... Como sabemos, la doctrina tradicional acostumbra a configurar el objeto social como el objeto del contrato de sociedad. No es de extrañar por ello que, en aplicación de los artículos 1.271-1.273 del Código Civil, estime que los requisitos de validez del objeto social son la licitud, la posibilidad y la determinación. A nuestro juicio, el punto de partida de la doctrina tradicional no es exacto. El objeto social, como parte integrante del fin común, debe ubicarse en la causa. Ello no significa, sin embargo, que los requisitos que generalmente se piden sean inapropiados o resulten diferentes de los que exige la causa. Básicamente, son los mismos. No obstante, examinados desde la perspectiva causal, adquieren ciertos perfiles y matices que, a nuestro juicio, permiten una definición más ajustada de los mismos a la regulación positiva de la sociedad. Esto, que ya hemos tenido ocasión de comprobar respecto de la licitud en el apartado anterior, cobra especial relieve en relación con la posibilidad y la determinación, cuyo significado, dentro de la causa, registra notables peculiaridades. Tradicionalmente, cuando se estudian los requisitos de la causa, acostumbran a señalarse como tales la existencia, la licitud y la veracidad. Pues bien, si hemos de seguir con estos esquemas, un tanto escolásticos, habría que señalar que ambos extremos —la posibilidad y la determinación— se infieren del requisito de la existencia de la causa» (27).

Pese a todo, la ilicitud del objeto social puede predicarse desde la teoría del objeto del contrato (art. 1.271 del Código Civil), como desde la teoría de la causa del contrato (art. 1.276 del Código Civil).

Evidentemente la primera y a la vez doble barrera del control de legalidad de los objetos sociales es y debe ser el control preventivo notarial y registral, aunque como hemos podido observar, las tareas interpretativas al respecto resultan hartó complicadas, llevando un añadido de complicación aún mayor, como es la imposibilidad de conocer (obviamente) el devenir social.

Al hilo de esta cuestión, recordamos cómo ha existido y existe gran discusión doctrinal sobre si para determinar la licitud o no del objeto social como causa de nulidad de una sociedad ha de basarse dicha labor en el objeto estatuario o en el objeto real.

Discusión latente, incluso tras la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de noviembre de 1990 (Asunto C-106/89: Marleasing SA V. La Comercial Internacional de Alimentación; DOCE, c-306 de

---

recho de Sociedades, núm. 29. Thomson-Aranzadi, 2007, con abundante doctrina y jurisprudencia al respecto.

(26) Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I. 1.ª ed., 1999, págs. 474 y 475.

(27) Luis Díez-PICAZO, vid., *op. cit.*, pág. 143, afirma también al respecto: «... Existe alguna confusión cuando se trata del objeto del contrato de sociedad. El artículo 1.666 afirma que “la sociedad debe tener un objeto lícito” y la doctrina usual configura sobre esta base, como objeto del contrato, la finalidad que a través del contrato tratan los asociados de obtener. Este mismo concepto —“el objeto a que se consagre”— aparece en el artículo 1.670, en sentido de finalidad. Sin embargo, la idea no es congruente. Si objeto de contrato son las “cosas o servicios”, objeto del contrato de sociedad, para ser lógicos, deberán ser los bienes o cosas que se ponen en el fondo común y la industria o actividad —servicios— que los socios realizan. En este sentido, el artículo 1.678 dice que la sociedad particular tiene solamente por “objeto” cosas determinadas, su uso, sus frutos o una empresa señalada o el ejercicio de una profesión o arte».

6 de diciembre de 1990), que se pronunció sobre la necesidad de interpretar el objeto social conforme a su descripción estatutaria. Múltiples han sido las críticas realizadas a esta sentencia, aunque por citar la más reciente que conocemos, con la que coincidimos, SÁNCHEZ PACHÓN (28) expone al respecto que: «...Con todo, el criterio del Tribunal —que no puede resistir las numerosas críticas que se le han hecho— condiciona el sentido que ha de darse a la expresión objeto social, pero creemos que no puede determinar la irrelevancia de la ilicitud del objeto real o efectivo. No sólo porque el supuesto de hecho que allí se planteaba era, en realidad, el de la ilicitud de la finalidad o los motivos llevaron a constituir la sociedad —la cuestión prejudicial se plantea por el Juez de 1.ª Instancia de Oviedo con ocasión del litigio en que Maerleasing demanda la declaración de nulidad de La Comercial Internacional por falta de causa, por simulación y por haberse constituido en fraude de acreedores—, sino porque, llevado hasta sus últimas consecuencias, desvirtúa la causa de nulidad reduciéndola a la nada —como dice Leclerc sólo el cinismo o la inadvertencia o el error de los fundadores podría hacer incurrir en ella—, frustra soluciones que tradicionalmente se podrían dar y se daban en países como Francia, Italia, Alemania, Bélgica, Holanda; lleva a resultados injustos, que obligan a acudir a expedientes tan inseguros como el levantamiento del velo —con lo que se perturba el objetivo de la propia regulación de la nulidad societaria—, incluso, en la práctica —se ha dicho— la nulidad societaria quedaría suprimida en casi todos los supuestos recogidos en el elenco de causas de nulidad».

En nuestra opinión, no sólo las actividades estatutarias han de tenerse en cuenta en el momento de valorar la posible causa de nulidad de una sociedad por contar con un objeto social ilícito, sino que incardinado como hemos expuesto el objeto social dentro de la teoría de la causa, coincidimos igualmente con PAZ-ARES (29): «...que el requisito de la ilicitud ha de cumplimentarse en el momento en que se concierta el contrato; pero también ha de ser perfectamente observado durante la vida de la sociedad. La influencia de la causa sobre el negocio es continuada, de manera que la ilicitud sobrevenida del fin común determina la nulidad sobrevenida de la sociedad. Con frecuencia esto sucede cuando se reorienta el fin o, de hecho, se modifica el objeto social» (30).

Sin ánimo de extendernos más en la doctrina general de la causa de nulidad por resultar el objeto social ilícito, al no ser éste el cometido de este trabajo, sí cabe señalar que tradicionalmente se ha considerado como uno de los supuestos de objeto social ilícito el de aquella sociedad que el Ordenamien-

(28) Vid., *op. cit.*, pág. 236 y doctrina citada por este autor al respecto.

(29) Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I. 1.ª ed., 1999, pág. 473.

(30) Otro sector doctrinal, por ejemplo, afirma, sin embargo lo contrario. Guillermo J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ y Alberto DÍAZ MORENO afirman que: «...En otro orden de cosas, parece preciso resaltar que la ilicitud a que se refiere el artículo 34.1.d) es la originaria. Ante una ilicitud sobrevenida —una modificación legal podría convertir en ilícita una actividad antes perfectamente legal— seguramente no podría hablarse de nulidad de sociedad. Esta conclusión resulta perfectamente acorde con el sistema legal, que centra su atención en los vicios del proceso constitutivo de la sociedad anónima... Lo más acertado sería considerar que la ilicitud sobrevenida, al impedir el desarrollo del objeto social, constituiría causa de disolución de la sociedad, puesto que se traduciría en la imposibilidad (jurídica) de realizar el fin social...». Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles. Tomo III. Fundación de la Sociedad Anónima, vol. 2.º Nulidad de la sociedad (arts. 34 y 35 LSA), págs. 69 y 70.

to Jurídico ha reservado para tipos sociales determinados, distintos del que se quiere fundar (i.e., sociedad que encubra una sociedad de profesionales *stricto sensu*), supuesto que, en nuestra opinión, ha de analizarse desde el prisma de la simulación contractual, como auténtico caso de nulidad de la sociedad, según los artículos 34.1.d) de la Ley de Sociedades Anónimas, y 16.1.b) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, lo que implicaría la correspondiente apertura del proceso de liquidación de la sociedad previsto en los artículos 35 de la Ley de Sociedades Anónimas y 17 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Bastante esclarecedoras nos parecen las palabras de SÁNCHEZ PACHÓN (31) al respecto, expresándose de la siguiente forma: «*La mención de ese objeto social, no acomodado al tipo social previsto, constituiría —a nuestro de modo de ver— un objeto social ilícito. Lo que ocurre es que en la práctica —como acontecerá en los supuestos anteriormente vistos— no se nos presentará una sociedad con un objeto estatutario disconforme con el tipo social legalmente previsto, sino que, bajo el fenómeno simulatorio, aparecerá simulado un objeto conforme a la ley, disimulando el objeto que requiere el tipo especial, es decir, ocultando las actividades que requieren una sociedad especial u ocultando otra forma de sociedad bajo un objeto social propio de un tipo de sociedad ordinario. Pero este fenómeno, en realidad y conforme en nuestro derecho, nos remite a otra causa de nulidad de la sociedad: la simulación del objeto social (donde no se pueden desdeñar las implicaciones del objeto y de la causa) que a nuestro modo de ver cabe en la relación de causas de nulidad conforme a la mención de los artículos 34.1.d) TRLSA y 16.1.b) LSRL...».*

Sobre el particular, relativo a las sociedades profesionales, SÁNCHEZ PACHÓN (32) manifiesta que: «*...Como principio general, por lo tanto, es posible el ejercicio de una actividad profesional por medio de una sociedad de capital (en algunos supuestos incluso se admitían ya expresamente: sociedades de auditoría, de agencia y correduría de seguros), sin embargo, ante una norma prohibitiva o restrictiva (exigiendo, por ejemplo, titulación, colegiación, o vetando el ejercicio profesional a personas jurídicas), la simulación de un objeto social que pretenda ocultar el ejercicio de esa actividad profesional imputándose a la sociedad, podrá motivar —en nuestra opinión— la nulidad de la sociedad, no ya —o no sólo— por resultar el objeto social ilícito, sino por simulación del objeto social manifestado en el marco de los artículos 34.1.d) TRLSA o 16.1.b) LSRL. No cabe desconocer los peligros del intrusismo, ni de la “proletarización” del ejercicio profesional, ni de la confusión que se genera a terceros cubriendo actividades que realizará quien no posee la necesaria habilitación, ni de la eliminación de facto de la responsabilidad ilimitada que pueda corresponder al profesional a través de la pantalla que proporcione la constitución de una sociedad de capital. En este orden de ideas, la nulidad de la sociedad cobra sentido como garantía de la legalidad y composición de los intereses en juego a través del consentimiento a las normas de liquidación que la misma conlleva. Todo ello sin perjuicio de las sanciones de carácter administrativo —o incluso penal— que en su caso correspondan».*

Por idéntico resultado se decanta VÉRGEZ SÁNCHEZ (33) al afirmar lo siguiente: «*Dados los términos de la ley, y aunque el planteamiento pueda con-*

---

(31) Vid., *op. cit.*, págs. 250 y 251.

(32) Vid., *op. cit.*, págs. 765 y 766.

(33) Vid. VÉRGEZ SÁNCHEZ, *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen Fiscal y Corporativo*. ROSA GARCÍA PÉREZ y KLAUS MOCHEN ALBIEZ DORMAN (Directores). Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 31 y 32.

*siderarse excesivo, la sociedad que sin constituirse en sociedad profesional está desarrollando un objeto que le está prohibido por la ley e incumpliendo una serie de disposiciones que se consideran fundamentales para el ejercicio de dicha actividad, de ahí que lo procedente sea recurrir a la nulidad de dicha sociedad, lo que de acuerdo con las características del derecho de sociedades y de la propia actividad profesional podría suponer lo siguiente:*

1.º) *La nulidad de la sociedad no tendría por qué suponer la de los actos profesionales realizados que, lógicamente, habrán sido realizados por profesionales habilitados para ello.*

2.º) *La incidencia especial que en este caso podría tener la aplicación de la doctrina de las sociedades de hecho en relación con el ejercicio de la actividad profesional que la sociedad ha venido desarrollando...».*

En suma, en nuestra opinión, admitidas las premisas relativas al análisis del objeto social dentro de la causa del contrato de sociedad, así como la simulación del contrato de sociedad como supuesto de nulidad de la sociedad, la utilización de sociedades de intermediación o de sociedades de prestación de servicios profesionales constituidas con el ánimo de eludir la normativa imperativa de la Ley 2/2007 debe llevar a la nulidad de las mismas por simulación y a la apertura del correspondiente proceso de liquidación.

Evidentemente, la anterior opinión vertida en sede de principio, debe también ser matizada. Así, por ejemplo, consideramos su plena aplicación para los supuestos de nueva constitución de la sociedad profesional *stricto sensu* tras la entrada en vigor de la Ley 2/2007, puesto que para los casos de adaptación a su articulado, los efectos de la falta de la misma vienen previstos en la propia Disposición Transitoria Primera de la Ley 2/2007, donde transcurrido el plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigor de la Ley sin haberse procedido a dicha adaptación se produce la disolución de pleno derecho de la sociedad. Por otro lado, entendemos que la referida sanción de nulidad ha de predicarse de los objetos simples, porque en el caso de objeto social complejo y por aplicación de las conocidas teorías de la nulidad parcial del negocio jurídico y de la conservación del mismo, consideramos que la nulidad de ciertas actividades del objeto social sólo ha de implicar la declaración de nulidad respecto de las mismas y no en relación con la totalidad de múltiples actividades del objeto social que deban, por otro lado, reputarse válidas.

En fin, los asientos registrales de la sociedad profesional se presumen exactos y válidos, pero están bajo la salvaguarda de los Tribunales produciendo sus efectos hasta que no se inscriba la declaración judicial de nulidad (vid. art. 20 del Código de Comercio), por lo que el control de legalidad de los actos simulatorios y el enjuiciamiento de los mismos va más allá del proceso fundacional de la sociedad, procurándose así —en nuestro caso— la aplicación generalizada de la norma imperativa que con los mismos se ha querido eludir, esto es, la Ley 2/2007.

## V. REFLEXIONES FINALES

El principio de libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución Española debe ser el referente que marque la autonomía de la voluntad para la elección del correspondiente tipo social. No obstante, dicha libertad y autonomía tienen como uno de sus límites la vulneración de

una norma de carácter imperativo de cuya indudable naturaleza goza la Ley 2/2007. Con cautela han de realizarse las interpretaciones de los objetos sociales de aquellas sociedades que en un primer momento pudieran caer dentro o fuera del ámbito de dicha Ley 2/2007, con el objeto de no cercenar la referida libertad en la configuración del tipo social. No obstante, no es menos cierto que dicha cautela en la interpretación del negocio fundacional debe ser ponderada, con el debido respeto, al cumplimiento de los mandatos imperativos de la Ley 2/2007, para evitar el triunfo de mecanismos fraudulentos o simulatorios sobre la imperativa aplicación de la Ley 2/2007. Es decir, nos enfrentamos, sin duda, a un difícil ejercicio interpretativo en el que ha de ponderarse pues, la libertad de empresa y la imperatividad normativa como límite de la misma.

En previsión de dicha dificultad hubiera sido deseable de *lege data* (incluso de *lege ferenda*) una mayor claridad y precisión sobre la determinación del objeto social de una sociedad profesional *stricto sensu*. Consideramos que los intereses en juego, tanto desde la disciplina colegial como desde el punto de vista de quienes contratan servicios con una sociedad profesional *stricto sensu*, deberían haber merecido una mayor atención por el legislador. A estos efectos, nos permitimos recordar cómo la determinación del objeto social sí que ha merecido dicha especial atención en la configuración del tipo Sociedad Limitada Nueva Empresa, donde el ya citado artículo 132 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada sí que prescribe la transcripción literal de la actividad profesional que fuere a constituir su objeto social, con lo que sin duda se evitarían los problemas aquí tratados, al menos en gran medida.

Dicha concreción es la que ha pretendido, en nuestra opinión, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, objeto de este trabajo. Por ello, sería deseable que en los objetos de las sociedades profesionales *stricto sensu* se huya de la general descripción de actividades y se tienda a la simple enumeración de la actividad profesional en cuestión. En este sentido, no compartimos las reacciones contra dicha Resolución que han afirmado que el Centro Directivo ha abierto una puerta para la existencia de «chiringuitos profesionales», ya que la propia Exposición de Motivos de la Ley 2/2007 afirma la validez de las conocidas sociedades de intermediación que quedan al margen del dictado imperativo de la misma; aunque en nuestra opinión la sociedad objeto de análisis pudiera haber sido configurada con mayor acierto como una sociedad de inversión que presta adicionalmente servicios profesionales, la cual no se trata de una sociedad profesional *stricto sensu*, puesto que, a nuestro juicio, su fin no residía en el ejercicio en común de una actividad profesional.

Una interpretación contraria a la propuesta pudiera suponer, por otro lado, una aplicación indiscriminada de los dictados imperativos de la Ley 2/2007 a sociedades que en la actualidad han venido y vienen prestando servicios profesionales sin que su objeto sea la exclusiva realización de la actividad profesional en cuestión, o si se prefiere, en términos de la propia Ley 2/2007: «...el ejercicio en común de una actividad profesional...», con las consabidas consecuencias relativas a la falta de adaptación de dichas sociedades a la Ley 2/2007 (vid. Disposición Transitoria Primera de la Ley 2/2007).

RESUMEN

SOCIEDADES PROFESIONALES

*La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de diciembre de 2007, analiza el objeto social de una sociedad de responsabilidad limitada cuyo fin es el de la realización de actividades de inversión en sociedades e inmobiliarias, así como la prestación de servicios profesionales, calificando a dicha sociedad con objeto social de asesoramiento como una sociedad de intermediación y no como una sociedad profesional stricto sensu, excluyéndola del ámbito de aplicación de la Ley 2/2007 de sociedades profesionales. Desde la necesidad de precisión y claridad del objeto de una sociedad ha de tratarse esta cuestión con el ánimo de ponderar la debida aplicación imperativa.*

ABSTRACT

PROFESSIONAL CORPORATIONS

*The Decision of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 21 December 2007 analyses the declared purpose of a limited-liability company whose object is to invest in companies and estate agencies and to render professional services. The Decision classifies the company, which includes consultancy as part of its declared purpose, as an intermediation company instead of a professional corporation in the strict sense and excludes the company from the realm of application of Act 2/2007 on professional corporations. This question has got to be addressed, in view of the need for precision and clarity in company objects, with the intention of weighing the due imperative application.*

### 3. URBANISMO

#### *LAS INCIDENCIAS DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD*

por

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ

*Abogado*

#### I. INTRODUCCIÓN

Damos un texto genérico a partir del cual sea posible plantear un esquema de tales incidencias, exento de un carácter puramente doctrinal, en el que se refleja el impacto creciente de las decisiones de la jurisdicción contenciosa en el Registro de la Propiedad, ya sea por la vía de las medidas cautelares ya en ejecución de sentencia.

Procuraremos aportar en este sentido los testimonios de las resoluciones judiciales recaídas y la doctrina de la Dirección General desde una ligera estructura que nos permita su sistematización.

Con carácter previo debemos, sin embargo, sentar estas premisas:

- a) La admisión de las medidas cautelares en el proceso contencioso, producida por la reforma de la Ley de 25 de julio de 1990, supuso la ruptura de una tendencia inhibicionista a su reconocimiento fundada en considerar que el modelo del artículo 122 de la Ley era único y exclusivo, no tolerando su ampliación a nuevos supuestos.
- b) La realidad social debida al fuerte dinamismo de la acción administrativa y la generalización de los procedimientos de gestión urbanística dio lugar sucesivamente a una intensa producción de resoluciones administrativas, de trascendencia patrimonial inequívoca, que habían de estructurarse coordinadamente con los principios hipotecarios y las exigencias formales de su desarrollo.
- c) El mismo fenómeno de la generalización de la gestión urbanística provocaba directamente en el Registro una situación de permanente movilidad y alteración de titularidades y de sustitución de los asientos a través de la figura especial de la subrogación real, de tal modo que en el largo período de duración de los procesos judiciales, la situación de origen quedaba sustituida por las alteraciones posteriores.

El Real Decreto de 4 de julio de 1997 dio lugar al proceso de desarrollo a partir de la mera admisión legal de las medidas cautelares y conforme a la necesaria aplicación de la tutela judicial en orden a la ejecución de las sentencias, pero todavía en la fecha en que se redactaba —varios años antes de su promulgación—, no existía una práctica judicial y registral que permitiera la transposición normativa de sus soluciones.

La situación actual, en cambio, revela ya una compleja pluralidad de cuestiones, cuenta con una mayor elaboración de los conceptos esenciales y está respaldada además por la nueva y flexible regulación de las medidas cautelares desde la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por esta razón podemos en este momento estructurar como hemos dicho, un esquema de situaciones que sirve al tiempo de marco de aplicación ante la creciente experiencia de resoluciones judiciales del orden contencioso de alcance patrimonial, las cuales expondremos aquí más bien bajo el modelo de limitaciones básicas tanto a favor del proceso pendientes como de inscripción de decisiones definitivas ulteriores.

## II. LIMITACIONES DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL

### 1. LOS LÍMITES OBJETIVOS DEL PROCESO Y EL CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Como es obvio, la calificación registral deja indemne la decisión judicial, que no puede ser contradicha, pero, a su vez, el Registro prevalece en orden a la adecuación del procedimiento y a la salvaguardia de la seguridad jurídica exigida por el contenido de los asientos.

Partiendo de estas exigencias y sin perjuicio de que del contenido del mandato judicial no resulte lo contrario, cabe decir, en primer lugar, en fase de medidas cautelares, es decir, ante el mandamiento ordenando la anotación, que deba dar lugar a que la anotación recaiga exclusivamente sobre la finca recogida en él sin extenderse a todas las demás del ámbito mientras no se diga lo contrario de modo expreso.

Decimos esto porque, dada la tremenda agresividad de las anotaciones, judicialmente puede ocurrir que no se valore adecuadamente el impacto más allá de las exigencias del principio de proporcionalidad, de tal modo que se intente tomar la anotación sobre fincas que aún comprendidas en el mismo ámbito no están implicadas en la pretensión judicial.

A tal efecto, el Real Decreto de 4 de julio de 1997 exigió que se acreditara la citación del titular, justificando, mediante certificación registral, a quién pertenece.

En sentido contrario se han producido situaciones dramáticas como las de ordenar la anotación sobre más de quinientos mil metros cuadrados cuando la pretensión recaía únicamente respecto de cinco mil, como se contiene en el Auto de la Sección 1.<sup>a</sup> de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de julio de 1992.

Precisamente por ello la relevancia de la fianza debe estar también en relación con el alcance de la anotación.

Es decir, debe entenderse consustancial con el acceso a la anotación la existencia de una relación de proporcionalidad entre la pretensión, la finca sobre la que deba recaer y el importe de la fianza que se imponga por el juzgador.

### 2. LA CONCRECIÓN DEL OBJETO DE LA ANOTACIÓN CUANDO MEDIA UN PROCESO REPARCULATORIO

La extensión de la duración del proceso, como hemos indicado, puede dar lugar a que, mientras se produzca la modificación del objeto y ello no

sólo en fase de medidas cautelares sino de ejecución de sentencia, según este esquema.

A) *Medidas cautelares decretadas sobre fincas registrales sujetas a procesos reparcelatorios*

La configuración del planeamiento como función pública da lugar a que en aplicación del principio de ejecutividad de los actos administrativos desde la iniciación del proceso judicial, a menos que se acuerde la suspensión de los efectos del acto, hasta que se tome la anotación y con mayor probabilidad cuando la sentencia se dicte, se haya alterado la situación objetiva de las fincas de tal modo que inscrito un proyecto de reparcelación las fincas de origen, respecto de las cuales se pidió la anotación, hayan desaparecido siendo sustituidas por las de reemplazo.

La Dirección General en la Resolución de 18 de junio de 2007, a la vista de una solicitud mediante instancia de que la anotación inscrita queda situada sobre la parte física respecto de la que se planteó el proceso, ha sostenido que el principio de subrogación real *«es aplicable tanto a la titularidad anterior a la nota marginal de expedición de certificación en el procedimiento reparcelatorio como a las posteriores... En el presente caso se parte del error de entender que la anotación de demanda practicada afecta a la superficie geográfica correspondiente a las fincas aportadas, entendiéndose que, en consecuencia, deben afectar a las superficies de las fincas aportadas... Pero si ello fuera así, se trataría de trasladar las cargas a fincas adjudicadas en la reparcelación a terceras personas que no han sido parte en el procedimiento en el que se ha ordenado la anotación de la demanda, lo que supondría la indefensión de las mismas»*.

En virtud de todo ello entiende que, practicada la anotación sobre las fincas de origen, en las que consta la nota de expedición de la certificación, dicha anotación se cancela, por ser posterior a la nota, haciéndose constar la demanda por nota al margen de las fincas adjudicadas en correspondencia y por subrogación de las aportadas, que es lo que había hecho el Registrador.

Ahora bien, si la anotación se pide una vez inscrito el Proyecto de Reparcelación, aunque se describan en el mandamiento las fincas aportadas, ¿por qué razón no puede tomarse la anotación sobre las fincas resultantes que por subrogación sucedan a las aportadas desde el momento en que en este caso no hay indefensión? Téngase en cuenta que en ese supuesto al estar inscrita ya la reparcelación han cesado los efectos cancelatorios de la nota y su sucedánea conservación en el cuerpo de la inscripción de las parcelas resultantes o por nota al margen de ellas, con lo cual, o se sustituye el contenido del mandamiento con el riesgo de que caduque la vigencia del asiento de presentación, o se permite el traslado sobre las fincas resultantes directamente por resultar en el Registro la subrogación, aplicando lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto.

Una variedad de este supuesto podrá encontrarse en la presentación de un mandamiento, estando vigente la nota de expedición de la certificación y presentado previamente el proyecto de reparcelación en lo que al parecer ocurría el supuesto contemplado por la Resolución en cuyo caso, no idéntico al expresado en la Resolución, ¿se cancela el asiento de presentación de la anotación por ser posterior a la nota cuando se inscribe el Proyecto de Reparcelación? En caso de duda y al ser compatible con la existencia de la

sustitución de las antiguas fincas por las nuevas, parece que lo correcto sería no cancelar el asiento de presentación y tampoco la anotación sobre las de reemplazo.

B) *Sentencias firmes recaídas sobre fincas registrales sujetas a procesos reparcelatorios*

El supuesto se planteó inicialmente en los procesos de reversión en expropiaciones urbanísticas, extendiéndose después a demandas y sentencias recaídas también en procesos reparcelatorios.

La antigua regulación de las reversiones, con el esfuerzo contenido en el artículo 69 del Reglamento de Expropiación Forzosa, hacía oponible incluso a terceros hipotecarios los efectos reversionistas, lo que en su momento intentamos superar ante la insuficiencia del rango normativo del Reglamento con base en la causa de la adquisición por expropiación hecha constar en la correspondiente inscripción de dominio a modo de las condiciones inscritas del artículo 37 de la Ley Hipotecaria.

La nueva situación se produce por las modificaciones objetivas de las fincas, ya se pida la reversión o se planteen pretensiones de reivindicación y declarativas sobre fincas de origen sustituidas por fincas de reemplazo.

Una antigua sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid y su Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de diciembre de 1977, que adquirió posterior firmeza y de la que fue Ponente el Magistrado Fernando LEDESMA BARTRET, accedió a la reversión de unos terrenos expropiados cuyas fincas registrales de origen habían sido objeto de una «*escritura pública de reparcelación, segregación, permuta y agrupación*», declarando el derecho de reversión sobre las parcelas resultantes adjudicadas por subrogación de las expropiadas.

En el dinamismo de la acción conformadora del planeamiento urbanístico, suficientemente probada en el proceso, se produce pues, de una parte, la posibilidad de extender a parcelas resultantes las pretensiones mantenidas de origen sobre las aportadas y, a su vez, la necesidad de que aún si se hubieran tomado medidas cautelares de carácter registral, es decir, la anotación, por causa según decimos de la función pública inherente al planeamiento aun cuando la anotación fuera anterior al acto reparcelatorio, a pesar de ser posterior a la nota de expedición de la certificación, el triunfo de la demanda enerva los efectos cancelatorios del artículo 192 del Reglamento Hipotecario y en vez de cancelar la inscripción de la reparcelación determina que el desenvolvimiento jurídico real de la anotación se proyecte sobre las fincas de reemplazo sin perjuicio del juego complementario de las previsiones del artículo 17 del Real Decreto de 4 de julio de 1997.

C) *Sentencias estimatorias no firmes y la naturaleza de la anotación*

Nos referimos en este punto a la posición mantenida en los Autos del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, de 2 y 22 de octubre de 2007, en virtud de la cual la Ley de la Jurisdicción ampara la posibilidad de que en cualquier estado del proceso, incluso en el caso de que existiera sentencia, se pueda acceder a una medida cautelar como lo es la anotación preventiva de

demanda o, en términos más rigurosos, de interposición de recurso contencioso-administrativo.

Tal consideración, sin embargo, resulta radicalmente ajena al ordenamiento jurídico, según resulta de las siguientes consideraciones:

- a) Si bien el artículo 129.1 de la Ley de la Jurisdicción dispone que «*los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*», concluir de ello que en cualquier estado del proceso cabe la adopción de cualquier medida cautelar constituye un error cuando se expone como principio absoluto sin atender a la naturaleza de la medida solicitada y, lo que es aún más grave, a la finalidad última que se persigue con la misma.
- b) En efecto, según es sobradamente conocido, la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo está llamada a dar publicidad de la existencia de un proceso en marcha en el cual no ha recaído sentencia, de tal manera que el resultado de ésta sea oponible a los terceros adquirentes de suelo, haciendo por lo tanto posible su ejecución.
- c) Siendo esto así, desde el momento en que el 11 de septiembre de 2007 el mismo Juzgado dictó sentencia declarando la nulidad del acto recurrido, en ese caso un acta de ocupación y pago, era radicalmente incompatible con la naturaleza de tal resolución que se decretara la anotación preventiva de la demanda en cuanto ésta lo único que hace es advertir de la existencia de un proceso judicial en curso de tramitación, no de un proceso ya concluido mediante sentencia.
- d) Por tal motivo es por el que el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación subsidiaria en el proceso contencioso-administrativo, advierte sobre el modelo de anotación preventiva que cabe en un caso como el citado al señalar que: «*mientras no sean firmes, sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en registros públicos*».

Es decir, dictada sentencia, y al margen de su eventual ejecución provisional, única y exclusivamente cabría la adopción de la medida cautelar consistente en la anotación preventiva de la sentencia, nunca de la demanda, entre otras razones porque, además de que es lo que resulta estrictamente de la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la información que suministra el Registro, una vez practicada la anotación en tal caso, no es una información fidedigna de la realidad del estado del proceso por poner en conocimiento de terceros adquirentes la existencia de un proceso en marcha cuando resulta que ya ha recaído sentencia.

- e) Es por este motivo por el que el Tribunal Supremo ha puesto de relieve la improcedencia de acceder a medidas cautelares que impliquen la suspensión del acto en aquellos casos en los que ya exista sentencia, en cuanto en tal supuesto lo que cabría sería acceder a su ejecución provisional, o, en el caso de anotación preventiva, a la inscripción de la anotación preventiva de la sentencia.

En este sentido, y siendo igualmente válida esta doctrina en el caso de la anotación, cabe referirse al Auto de 13 de diciembre de 1989

(Ar. 9405), en el que se expresa que *«la suspensión de la ejecutividad de los actos, objeto de impugnación, es una medida precautoria establecida para garantizar la efectividad de una resolución que en su día pueda recaer en el mencionado recurso, lo que hace sea obvio que dicha actuación carezca de sentido cuando tal resolución ha recaído ya»*.

Igualmente, el Auto de 29 de enero de 1998 (Ar. 84) señala que *«la suspensión de la ejecutividad de los actos, objeto de impugnación, es una medida precautoria establecida para garantizar la efectividad de la resolución judicial que en su día pueda recaer en el proceso principal, y como en el presente supuesto esta resolución, la sentencia, ya se ha producido, según las actuaciones muestran, procede decretar el archivo de las presentes actuaciones, pues una vez que el recurso principal ha sido resuelto por sentencia, carece de sentido resolver la pieza de suspensión»*.

La anterior doctrina se reproduce igualmente en los Autos de 7, 9, 12 y 27 de enero, 6 de marzo y 21 de octubre de 1997 (Ar. 79, 82, 229, 443, 2021 y 7397).

- f) Por fin, incluso la invocación también de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al margen del ya citado artículo 524.4, que es el que propiamente se ocupa del acceso al Registro de la Propiedad con carácter cautelar de los procesos contencioso-administrativos en los que hubiera recaído sentencia, pone de relieve la improcedencia del acceso a la anotación preventiva de demanda, lo que resulta del artículo 730, en que se dispone los momentos concretos en los que cabe solicitar la adopción de medidas cautelares, nunca existiendo ya sentencia del 731, según el cual la medida cautelar no se mantendrá cuando el proceso principal haya terminado, por lo que existiendo sentencia no cabe acordar una nueva, salvo la resultante de aplicar el artículo 524 en los términos ya citados y, por fin, del artículo 723, que dispone que es competente para conocer de las medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia, lo que supone que habiendo sido dictada sentencia y habiéndose interpuesto contra ella recurso de apelación, sólo podría resolver sobre la solicitud el Tribunal Superior de Justicia.

En conclusión por lo tanto, si bien, conforme al artículo 129.1 de la Ley de la Jurisdicción y como igualmente reconoce el Auto que se recurre, en cualquier estado del proceso cabe la adopción de medidas cautelares, no cualquier medida cautelar cabe en cualquier estado del proceso, sino sólo aquella que sea coherente con el estado del proceso en el que se sustancie.

### III. LIMITACIONES DERIVADAS DEL SISTEMA REGISTRAL EN LOS PROCESOS CONTENCIOSOS

El sistema registral también impone inevitables limitaciones en la operatividad de las decisiones judiciales en el orden de la jurisdicción contenciosa. Estas limitaciones, por el peso de la tradición ya secular de su habitual convivencia, han sido más fácilmente asumidas respecto de la jurisdicción civil, por lo que existen interferencias recíprocas además de las que también habitualmente pueden producirse entre ambas jurisdicciones.

Estas limitaciones se aprecian en estas situaciones:

A) El condicionamiento de la citación del titular registral para que pueda decretarse la anotación preventiva, como exige el artículo 68 del Real Decreto de 4 de julio de 1997, cuya exigencia es verificable por el Registrador al practicar la anotación.

Pero, ¿es exigible también la citación en la inscripción de las sentencias que hayan de acceder al Registro?

Es regla general que como condición para evitar la indefensión, siempre es necesaria la citación del titular. Pero esta exigencia ¿es universal o es innecesaria para las sentencias cuyo desarrollo natural no exija la inscripción pese a tener consecuencias desfavorables respecto del titular?

La respuesta parece que debiera ser la misma, pues en todo caso, pese a la ausencia de efectos jurídico-reales en caso de estimación de la sentencia, la anotación supone penetrar en el núcleo del dominio en su expresión registral con unos efectos lo suficientemente graves, por el solo hecho de la práctica del asiento, como para que el titular, como condición para no sufrir indefensión, sea al menos emplazado de modo que pueda manifestar su oposición a la práctica de la anotación.

A pesar de ello, en los Tribunales de la jurisdicción contenciosa, si bien se advierte durante el proceso la existencia de terceros adquirentes ulteriores, no existe una especial sensibilidad en sus decisiones, lo que permitiría entender que tal exigencia no sería predicable ante los ilícitos administrativos, pero sí al menos cuando las pretensiones planteadas sean susceptibles de desenvolvimiento real.

B) Por la congruencia entre el estado de las titularidades inscritas desde las que se promueve el recurso y el contenido de las resoluciones judiciales.

En esa mayor flexibilidad seguida por la jurisdicción contenciosa no es inusual que un estricto formalismo a la hora de contemplar los límites objetivos del proceso delimitado por el acto recurrido y la identificación de los recurrentes no se complete con el mismo rigor cuando se contemplan las restricciones resultantes del Registro.

Lo cual ocurre también cuando operándose sobre un supuesto de pluralidad de titulares, de los cuales sólo algunos recurren las decisiones, se extiende la anotación ampliando sus efectos en favor de otras personas no recurrentes. En tales casos también los Registradores renuncian a cuestionar el alcance de la anotación cuando se extienden a favor de otras personas no recurrentes si se anotan las resoluciones definitivas cuando no se sabe si los titulares importados van a ser consecuentes con la ampliación decretada sin su participación y más en el caso de que se desencadenaran consecuencias onerosas para ellos.

#### RESUMEN

##### MEDIDAS CAUTELARES

*La implantación de las medidas cautelares registrales en los procesos contencioso-administrativos, introducidas por la reforma de la Ley del Sue-*

#### ABSTRACT

##### PRECAUTIONARY MEASURES

*The reform of the 1990 Land Act introduced registration-related precautionary measures in processes relating to action under administrative*

lo de 1990, aunque con la posterior configuración general operada desde la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, a pesar del desarrollo producido por las normas contenidas en el Real Decreto de 4 de julio de 1997, cuando se han puesto en funcionamiento en la práctica judicial y registral, dan lugar a una rica variedad de supuestos en la que han de ser integradas las particularidades del proceso contencioso, en el que prima el proceso al acto, con la estructura del sistema registral e incluso los usos y prácticas habituales de la regulación de la Ley de Enjuiciamiento en cuanto responden a modelos históricos puestos en práctica después de docenas de años en los que el único testimonio era el del proceso civil. A todos estos aspectos responden estos comentarios.

law, although a general configuration was given later by the new Civil Proceeding Act, despite the implementation produced by the rules contained in the Royal Decree of 4 July 1997. When these precautionary measures were put into operation in judicial and registration practice, they gave rise to a rich variety of situations in which the particular features of the litigious process (in which the process takes precedence over the act) have got to be integrated with the structure of the registration system and even with normal usage and custom under regulations implementing the Civil Proceeding Act, insofar as said usage and custom have to do with historical models put into practice after dozens of years in which the only testimony was that of the civil process. These comments respond to all these aspects.



# ACTUALIDAD JURÍDICA



## I. Información legislativa

### NORMAS ESTATALES

#### JEFATURA DEL ESTADO

- Real Decreto-Ley 2/2008. 21-4-2008. Medidas de impulso a la actividad económica.
- Real Decreto 431/2008. 11-4-2008. Nombra Presidente del Gobierno a don José Luis Rodríguez Zapatero.
- Instrumento de Ratificación del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (núm. 177 del Consejo de Europa), hecho en Roma el 4-11-2000.
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13-12-2006.
- Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13-12-2006.

#### MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

- Real Decreto 331/2008. 29-2-2008. Aprueba el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia.
- Real Decreto 432/2008. 12-4-2008. Reestructuran los departamentos ministeriales.
- Real Decreto 433/2008. 12-4-2008. Vicepresidencias del Gobierno.
- Real Decreto 434/2008. 12-4-2008. Nombra Vicepresidenta Primera del Gobierno a doña María Teresa Fernández de la Vega Sanz.
- Real Decreto 435/2008. 12-4-2008. Nombra Vicepresidente Segundo del Gobierno a don Pedro Solbes Mira.
- Real Decreto 436/2008. 12-4-2008. Nombra Ministros del Gobierno.

— Real Decreto 437/2008. 12-4-2008. Dispone que María Teresa Fernández de la Vega Sanz, Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia, asuma las funciones de Portavoz del Gobierno.

— Real Decreto 525/2008. 21-4-2008. Reestructura la Presidencia del Gobierno.

— Resolución de 14-4-2008. Modifica el anexo del Acuerdo de Consejo de Ministros de 21-12-2001, por el que se dispone la numeración de las órdenes ministeriales que se publican en el *BOE*.

#### CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Acuerdo 2-4-2008. Modifica el Reglamento 1/1995, de 7-6-1995, de la Carrera Judicial.

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

— Orden 707/2008. 21-2-2008. Dispone que no estarán abiertas al público las oficinas de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles el día siguiente a Viernes Santo, a todos los efectos.

— Resolución de 3-3-2008. DGRN. Publica la lista de opositores aprobados en la oposición para obtener el título de Notario convocada por Resolución de 28-11-2005.

— Resolución de 18-3-2008. DGRN. Responde las consultas presentadas por la Asociación Española de Banca y por la Confederación Española de Cajas de Ahorro relativas al párrafo 3.º del artículo 54 de la Ley de 16-12-1954, de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, según la redacción dada por la Ley 41/2007, de 7-12-2007.

— Resolución de 19-3-2008. DGRN. Anuncia concurso para la provisión de notarías vacantes.

#### COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

— Resolución de 14-3-2008. Resuelve el concurso para la provisión de notarías convocado por la Resolución JUS/319/2008, de 7-2-2008.

#### MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 161/2008. 8-2-2008. Delimita la zona de promoción económica de la Comunidad Autónoma de Galicia.

- Real Decreto 162/2008. 8-2-2008. Delimita la zona de promoción económica de Andalucía.
- Real Decreto 163/2008. 8-2-2008. Delimita la zona de promoción económica del Principado de Asturias.
- Real Decreto 164/2008. 8-2-2008. Delimita la zona de promoción económica de la Comunidad Autónoma de Cantabria.
- Real Decreto 165/2008. 8-2-2008. Delimita la zona de promoción económica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- Real Decreto 166/2008. 8-2-2008. Delimita la zona de promoción económica de la Comunitat Valenciana.
- Real Decreto 167/2008. 8-2-2008. Delimita la zona de promoción económica de Aragón.
- Real Decreto 168/2008. 8-2-2008. Delimita la zona de promoción económica de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.
- Real Decreto 170/2008. 8-2-2008. Delimita la zona de promoción económica de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Real Decreto 171/2008. 8-2-2008. Delimita la zona de promoción económica de la Comunidad de Castilla y León.
- Real Decreto 172/2008. 8-2-2008. Delimita la zona de promoción económica de la ciudad de Ceuta.
- Real Decreto 173/2008. 8-2-2008. Delimita la zona de promoción económica de la ciudad de Melilla.
- Real Decreto 322/2008. 29-2-2008. Sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico.
- Real Decreto 370/2008. 7-3-2008. Modifica el Real Decreto 5/1993, de 8-1-1993, sobre revalorización y complementos de pensiones de Clases Pasivas para 1993 y otras normas en materia de Clases Pasivas.
- Orden 564/2008. 28-2-2008. Modifica la Orden 805/2003, de 27-3-2003, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.
- Orden 596/2008. 5-3-2008. Regulan determinados aspectos del régimen jurídico del depositario de instituciones de inversión colectiva, y se concreta el contenido de los estados de posición.
- Orden 693/2008. 10-3-2008. Regula el Registro Electrónico del MEH.
- Corrección de errores. Orden 693/2008. 10-3-2008. Regula el Registro Electrónico del MEH.
- Orden 821/2008. 24-3-2008. Establece las condiciones del suministro de la información relativa a los bienes inmuebles de características especiales objeto de concesión administrativa.
- Orden 848/2008. 24-3-2008. Aprueba el modelo 150 de declaración del IRPF para contribuyentes del régimen especial aplicable a los trabajadores desplazados a territorio español, así como el modelo 149 de comu-

nicación para el ejercicio de la opción por tributar por dicho régimen y se modifican otras disposiciones en relación con la gestión de determinadas autoliquidaciones.

— Orden 888/2008. 27-3-2008. Operaciones de las instituciones de inversión colectiva de carácter financiero con instrumentos financieros derivados y por la que se aclaran determinados conceptos del Reglamento de la Ley 35/2003, de 4-11-2003, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por Real Decreto 1309/2005, de 4-11-2005.

— Orden 889/2008. 27-3-2008. Actualiza el límite de las prestaciones económicas de las mutualidades de previsión social establecido en el apartado 1 del artículo 65 del TR de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29-10-2004.

— Orden 1049/2008. 10-4-2008. Declaración de bienes y servicios de contratación centralizada.

— Orden 1199/2008. 29-4-2008. Reducen, para el periodo impositivo 2007, los índices de rendimiento neto aplicables en el método de estimación objetiva del IRPF para las actividades agrícolas y ganaderas afectadas por diversas circunstancias excepcionales.

— Instrucción 1/2008. 27-2-2008. Entidades de crédito que prestan el servicio de colaboración en la gestión recaudatoria y para la aplicación de determinados artículos del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29-7-2005.

— Resolución de 26-2-2008. Método de cálculo de la rentabilidad de los planes de pensiones.

— Resolución de 6-3-2008. Desarrolla la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> de la Resolución de 26-12-2005, de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre organización y atribución de competencias en el área de recaudación.

— Resolución de 1-4-2008. Publica la Instrucción número 1/2008, de 27-2-2008, en relación con las entidades de crédito que prestan el servicio de colaboración en la gestión recaudatoria y para la aplicación de determinados artículos del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29-7-2005.

— Resolución de 15-4-2008. Dispone la nueva publicación de la Resolución de 1-4-2008, del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria sobre revocación de números de identificación fiscal.

— Corrección de errores. Real Decreto 216/2008. 15-2-2008. Recursos propios de las entidades financieras.

## BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 18-3-2008. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

## MINISTERIO DE VIVIENDA

— Orden 946/2008. 31-3-2008. Declara los ámbitos territoriales de precio máximo superior para el año 2008, a los efectos del Real Decreto 801/2005, de 1-7-2005, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

— Resolución de 4-4-2008. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28-3-2008, por el que se revisan y modifican los tipos de interés efectivos anuales vigentes para los préstamos cualificados concedidos en el marco de los Programas 1993 (Plan de Vivienda 1992-1995), Programa 1996 (Plan de Vivienda 1996-1999), Plan de Vivienda 1998-2001 y Plan de Vivienda 2002-2005.

## MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Orden 710/2008. 7-3-2008. Prorroga la aplicación de las bonificaciones de cuotas regulada en la Orden 471/2004, de 26-2-2004, por la que se dictan normas para la aplicación de las bonificaciones de cuotas establecidas por el apartado 2 de la Disposición Adicional 30.<sup>a</sup> del TR de la Ley General de la Seguridad Social, respecto de empresas y trabajadores por cuenta propia de las ciudades de Ceuta y Melilla y se modifica dicha Orden.

— Orden 711/2008. 7-3-2008. Modifica la Orden 3698/2006, de 22-11-2006, por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación.

— Resolución de 21-2-2008. Establece el procedimiento para el registro de los contratos concertados por los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

## MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Resolución de 2-4-2008. Relativa al Convenio suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5-10-1961 (publicado en el *BOE* núm. 229, de 25-9-1978).

— Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de la India al Convenio sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18-3-1970.

## MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 438/2008. 14-4-2008. Aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

## COMUNIDADES AUTÓNOMAS

### ANDALUCÍA

— Real Decreto 521/2008. 17-4-2008. Nombra Presidente de la Junta de Andalucía a don Manuel Chaves González.

— Decreto 279/2007. 13-11-2007. Aprueba el Plan Andaluz de Sostenibilidad Energética (PASENER 2007-2013).

— Decreto 10/2008. 19-4-2008. Vicepresidencias y sobre reestructuración de Consejerías.

— Decreto 32/2008. 5-2-2008. Aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Decreto 64/2008. 26-2-2008. Modifica el Decreto 137/2002, de 30-4-2002, de apoyo a las familias andaluzas.

— Decreto 67/2008. 26-2-2008. Aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Decreto 68/2008. 26-2-2008. Suprime la aportación de la fotocopia de los documentos identificativos oficiales y del certificado de empadronamiento en los procedimientos administrativos de la Administración de la Junta de Andalucía y se establece la sede electrónica para la práctica de la notificación electrónica.

— Decreto 72/2008. 4-3-2008. Regula las hojas de quejas y reclamaciones de las personas consumidoras y usuarias en Andalucía y las actuaciones administrativas relacionadas con ellas.

— Orden 15-2-2008. Regula el régimen de calificación de explotaciones agrarias como prioritarias, se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la mejora y modernización de las estructuras de producción de las explotaciones agrarias en el marco del Programa de Desarrollo Rural de Andalucía 2007-2013, y se efectúa su convocatoria para 2008.

— Corrección de errores. Ley 24/2007. 26-12-2007. Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Corrección de errores. Resolución de 12-12-2007. Determina las fiestas locales en el ámbito territorial de Andalucía para el año 2008.

## ARAGÓN

— Ley 1/2008. 4-4-2008. Establece medidas urgentes para la adaptación del ordenamiento urbanístico a la Ley 8/2007, de 28-5-2007, de suelo, garantías de sostenibilidad del planeamiento urbanístico e impulso a las políticas activas de vivienda y suelo en la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Orden 10-3-2008. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, en virtud de resolución de concurso de 30-1-2008.

— Corrección de errores. Decreto 55/2008. 1-4-2008. Aprueba el Reglamento de las empresas de Turismo Activo.

## ASTURIAS

— Ley 1/2008. 11-4-2008. Tercera modificación de la Ley 2/2003, de 17-3-2003, de Medios de Comunicación Social.

— Decreto 32/2008. 16-4-2008. Sustituye para el año 2009 una de las fiestas de ámbito nacional por la fiesta regional del 8 de septiembre, Día de Asturias.

## BALEARES

— Ley 6/2007. 27-12-2007. Medidas tributarias y económico-administrativas.

— Ley 1/2008. 22-2-2008. Creación del Colegio Profesional de Licenciados y Doctores en Ciencias Ambientales de las Illes Balears.

— Ley 2/2008. 26-3-2008. Crédito extraordinario para subvenciones electorales.

— Ley 3/2008. 14-4-2008. Creación y regulación de la Agencia Tributaria de las Illes Balears.

## CANARIAS

— Ley 1/2008. 16-4-2008. Modificación de la Ley 9/2006, de 11-12-2008, Tributaria de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Orden 28-2-2008. Aprueba los nuevos modelos para la presentación del I.S. y D., modelo 660 de Declaración de Sucesiones, modelo 650 de Autoliquidación de Sucesiones, modelo 651 de Autoliquidación de Donaciones, modelo 652 de Autoliquidación de Seguros de Vida y modelo 653 de Autoliquidación de Consolidación de Dominio.

— Orden 10-3-2008. Establece disposiciones de desarrollo de las actuaciones de mediación familiar y se fijan las tarifas de la mediación familiar en supuestos de gratuidad, regulados por Decreto 144/2007, de 24-5-2007, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar.

— Resolución de 5-3-2008. Adapta el modelo 620, de autoliquidación del ITP y AJD, de compraventa de determinados medios de transporte usados.

— Resolución de 11-4-2008. Establece la fecha de inicio del uso de los modelos 660 de Declaración de Sucesiones, 650 de Autoliquidación de Sucesiones, 651 de Autoliquidación de Donaciones, 652 de Autoliquidación de Seguros de Vida y 653 de Autoliquidación de Consolidación de Dominio, aprobados por Orden de 28-2-2008.

## CANTABRIA

— Decreto 23/2008. 6-3-2008. Aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar.

— Corrección de errores. Decreto 23/2008. 6-3-2008. Aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar.

— Orden 19/2008. 18-2-2008. Regula la convocatoria y el régimen jurídico de las subvenciones a las casas y centros regionales de otras Comunidades Autónomas en Cantabria y a los centros y entidades regionales de otros países del mundo en Cantabria para la remodelación, rehabilitación, adquisición y equipamiento de inmuebles destinados a sedes sociales para el año 2008.

## CATALUÑA

— Ley 1/2008. 20-2-2008. Contratos de cultivo.

— Ley 18/2007. 28-12-2007. Derecho a la vivienda (corrección de erratas DOGC, núm. 5.065, pág. 10.036, de 7-2-2008).

— Decreto Legislativo 1/2008. 11-3-2008. Aprueba el TR de la Ley de Cajas de Ahorros de Cataluña.

— Decreto 19/2008. 29-1-2008. Regula la competencia sancionadora en materia de energía y minas.

— Decreto 53/2008. 11-3-2008. Modificación del Decreto 240/2004, de 30-3-2004, de aprobación del catálogo de juegos y apuestas autorizadas en Cataluña y de los criterios aplicables a su planificación; y del Decreto 22/2005, de 22-2-2005, de aprobación del Reglamento de salones recreativos y de juego.

— Decreto 54/2008. 11-3-2008. Establece un régimen de coberturas de cobro de las rentas arrendaticias de los contratos de alquiler de viviendas.

— Resolución de 478/2008. 19-2-2008. Nombramiento del cuerpo de aspirantes de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Resolución de 598/2008. 27-2-2008. Publicidad a la Resolución de 20-2-2008, que se dicta en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario Luis Picho Romaní.

— Resolución de 14-3-2008. Resuelve el concurso para la provisión de notarías convocado por la Resolución JUS/319/2008, de 7-2-2008.

## CASTILLA-LA MANCHA

— Decreto 27/2008. 3-4-2008. Regula la acreditación del cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, en materia de subvenciones.

— Decreto 35/2008. 11-3-2008. Regula los órganos en materia de ordenación territorial y urbanística de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

— Orden 4-3-2008. Aprueba los precios medios en el mercado para bienes rústicos y se dictan normas sobre el procedimiento de comprobación de valores en el ámbito de los impuestos IS y D e ITP y AJD para el año 2008.

— Orden 14-3-2008. Aprueba las normas para la aplicación de los medios de valoración previstos en el artículo 57 de la Ley 58/2003, de 17-12-2003, General Tributaria, a los bienes inmuebles de naturaleza urbana en el ámbito de los IS y D e ITP y AJD, para el año 2008.

— Corrección de errores. 1-4-2008 del Decreto 65/2007. 22-5-2007. Establece aspectos de Régimen Jurídico y normas técnicas sobre condiciones mínimas de calidad y diseño para las viviendas de protección pública en Castilla-La Mancha.

## CASTILLA Y LEÓN

— Decreto 27/2008. 3-4-2008. Regula la acreditación del cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social en materia de subvenciones.

— Orden 388/2008. 5-3-2008. Establece la tramitación de las solicitudes de ayudas correspondientes a actuaciones protegidas al amparo del Plan Estatal 2005/2008 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

— Orden 435/2008. 3-3-2008. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

## GALICIA

— Ley 1/2008. 17-4-2008. Creación del Colegio Profesional de Detectives Privados y Privadas de Galicia.

— Decreto 39/2008. 21-2-2008. Aprueba el Reglamento de máquinas recreativas y de azar de la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Decreto 51/2008. 6-3-2008. Establece la estructura orgánica de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística.

— Decreto 63/2008. 13-3-2008. Modifica el Decreto 48/2006, de 23-2-2006, por el que se regula el programa de vivienda en alquiler.

— Orden 31-3-2008. Constituye el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida de Galicia.

— Orden 8-4-2008. Modifica la Orden de 22-6-2006, por la que se regula la gestión de las viviendas, el procedimiento de adjudicación y la concesión de las subvenciones en el Programa de vivienda en alquiler.

— Corrección de errores. Resolución de 11-2-2008. Aprueba el modelo de inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia.

## LA RIOJA

— Resolución de 11-3-2008. Dispone el nombramiento de Registrador de la Propiedad en la plaza de Logroño con arreglo a los resultados del concurso ordinario convocado por Resolución de 30-1-2008.

## MADRID

— Orden 27-3-2008. Nombra Registradores de la Propiedad con destino en el territorio de la Comunidad de Madrid.

— Orden 116/2008. 1-4-2008. Adecua y adapta los precios máximos de venta y arrendamiento de las viviendas con protección pública a lo dispuesto

en el Real Decreto 801/2005, de 1-7-2005, y su modificación por Real Decreto 14/2008, de 11-1-2008.

## MURCIA

— Decreto 40/2008. 4-4-2008. Regula el procedimiento para acreditar la deducción autonómica en el IRPF por inversiones en dispositivos domésticos de ahorro de agua.

— Orden 26-2-2008. Ampliación del Anexo I de la Orden 14-6-2006, por la que se crea un Registro Telemático Auxiliar del Registro General de la Comunidad Autónoma de Murcia para la presentación de escritos, solicitudes y comunicaciones y se establecen los criterios generales de tramitación telemática de determinados procedimientos.

— Orden 10-4-2008. Modifica la Orden de 29-12-2004, por la que se regulan las compensaciones y las condiciones de desarrollo de las competencias delegadas a las OO.LL. del Distrito Hipotecario por la gestión y liquidación de los ITP y AJD e IS y D.

## NAVARRA

— Ley Foral 3/2008. 21-2-2008. Modifica el artículo 2 de la Ley Foral 4/2000, de 3-7-2000, del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra.

— Ley Foral 4/2008. 25-3-2008. Modifica el apartado 2 de la Disposición Transitoria 6.ª de la Ley Foral 35/2002, de 20-12-2002, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

— Ley Foral 6/2008. 25-3-2008. Financiación del libro de texto para la enseñanza básica.

— Decreto Foral 33/2008. 14-4-2008. Modifican los Estatutos de la Agencia Navarra para la Dependencia aprobados por Decreto Foral 184/2007.

— Orden Foral 36/2008. 26-2-2008. Somete a información pública, mediante su publicación en el *BON*, el Proyecto de Decreto Foral por el que se modifica el Decreto Foral 129/2002, de 17-6-2002, por el que se regulan los plazos máximos de duración de diversos procedimientos tributarios y los efectos producidos por el silencio administrativo.

— Orden Foral 59/2008. 28-3-2008. Dicta las normas para la presentación de las declaraciones del IRPF y del IP correspondientes al año 2007.

— Orden Foral 61/2008. 28-3-2008. Aprueba los modelos de declaración correspondientes a los IRPF e IP del ejercicio 2007.

— Orden Foral 67/2008. 3-4-2008. Regula la presentación telemática de declaraciones del IRPF e IP correspondientes al periodo impositivo 2007.

— Orden Foral 69/2008. 14-4-2008. Aprueba, para los grupos fiscales que tributen por el régimen de consolidación fiscal, el modelo 220 de autoliquidación del IS para los periodos impositivos iniciados entre el 1-1-2007 y el 31-12-2007, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

— Orden Foral 70/2008. 14-4-2008. Aprueba el modelo del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes S-90, de autoliquidación para los periodos impositivos iniciados entre el 1-1-2007 y el 31-12-2007, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

— Orden Foral 80/2008. 23-4-2008. Desarrolla parcialmente el Reglamento de Recaudación de la Comunidad Foral de Navarra en materia de domiciliación bancaria de pagos relativos a determinadas declaraciones-liquidaciones y autoliquidaciones tributarias.

— Resolución 66/2008. 13-3-2008. Establece el procedimiento para la aplicación del artículo 489.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial, según redacción dada por la Disposición Final 1.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 13/2007, de 19-11-2007.

— Acuerdo 25-2-2008. Fija el tipo de interés efectivo aplicable a los préstamos cualificados para actuaciones protegibles de vivienda acogidos a los Acuerdos de Colaboración suscritos con entidades financieras en el año 1993.

— Acuerdo 25-2-2008. Fija el tipo de interés efectivo aplicable a los préstamos cualificados para actuaciones protegibles de vivienda acogidos a los Acuerdos de Colaboración suscritos con entidades financieras en el año 1996.

## PAÍS VASCO

— N.F. 10/2007. 27-12-2007. Aprueban los Presupuestos Generales del Territorio Histórico de Gipuzkoa para el año 2008.

— N.F. 1/2008. 11-2-2008. Adapta la normativa tributaria guipuzcoana a las modificaciones introducidas en el concierto económico por la Ley 28/2007, de 25-10-2007, a las de la Ley Orgánica 8/2007, de 4-7-2007, sobre financiación de los partidos políticos, y a las incluidas en la Ley 51/2007, de 26-12-2007, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

— Decreto 39/2008. 4-3-2008. Régimen jurídico de viviendas de protección pública y medidas financieras en materia de vivienda y suelo.

— Decreto 70/2008. 22-4-2008. Aprueba el Calendario Oficial de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el año 2009.

— Orden 18-2-2008. Nombramiento de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, en Resolución de Concurso Ordinario de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Orden 5-3-2008. Regula la organización y funcionamiento del Registro de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional.

— Orden 6-3-2008. Nombramiento de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en Resolución de Concurso Ordinario de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

## VALENCIA

— Ley 1/2008. 17-4-2008. Garantías de Suministro de Medicamentos.

— Ley 3/2008. 24-4-2008. Modificación de la Ley 9/1997, de 9-12-1997, de creación del Instituto Cartográfico Valenciano.

— Decreto 57/2008. 25-4-2008. Atribuye competencias en materia de infracciones y sanciones en el orden social y en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Comunitat Valenciana.

## II. Información de actividades

### ANDALUCÍA

El día 28 de abril de 2008 y organizado por el Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, tuvo lugar la PRESENTACIÓN DEL LIBRO *EXPEDIENTE DE DOMINIO*, de Antonio OCAÑA RODRÍGUEZ.

Intervienen:

— Señor don Juan José PRETEL SERRANO, Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores.

— Ilmo. Señor don Antonio MARCO SAAVEDRA, Magistrado Juez Titular del Juzgado de 1.ª Instancia, número 24, de Sevilla.

— Ilmo. Señor don Antonio OCAÑA RODRÍGUEZ, Teniente Fiscal de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Sevilla.

### ARAGÓN

El día 6 de marzo, organizada por la Agrupación de Colegios Profesionales de Aragón, don Joaquín RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Registrador Mercantil de Zaragoza, impartió la CONFERENCIA: *LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES: PROBLEMAS QUE PLANTEA*.

El día 12 de marzo se celebró en el Centro Pignatelli de Zaragoza, la II JORNADA DE ÉTICA PROFESIONAL: *PROFESIONALES CONSTRUYENDO SOCIEDAD*. La charla fue impartida por don Imanol ZUBERO, Profesor de Sociología en la Universidad del País Vasco.

El 14 de marzo, organizado por la Asociación de Ex-Parlamentarios de las Cortes de Aragón, tuvo lugar un ALMUERZO-COLOQUIO en el que el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, don Fernando ZUBIRI DE SALINAS, trató sobre *ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: ¿PODER DEL ESTADO O SERVICIO PÚBLICO?*

El día 7 de abril, organizado por la Fundación Manuel Giménez Abad y las Cortes de Aragón, tuvo lugar el SEMINARIO: *LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA UNIÓN EUROPEA TRAS EL TRATADO DE LISBOA*. Actuó como ponente don José Antonio PASTOR RIDRUEGO, ex Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Catedrático Emérito de Derecho Internacional en la Universidad Complutense de Madrid.

Los días 7 al 10 de abril, organizado por el Gobierno de Aragón, tuvo lugar el CURSO: *LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN*.

El día 16 de abril, en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, el Académico de Número de la misma, Excmo. Señor don Antonio BLANC ALTEMIR presentó una COMUNICACIÓN SOBRE *EL NUEVO TRATADO DE REFORMA DE LA UE (TRATADO DE LISBOA): UNA ALTERNATIVA PRAGMÁTICA Y MODESTA AL PROYECTO FALLIDO DE CONSTITUCIÓN EUROPEA*.

Los días 18 y 19 de abril se celebraron en Zaragoza, las JORNADAS NOTARIALES DE BURGOS *NOTARIAL-2008*.

## MADRID

El día 25 de abril de 2008 se celebró, en el Colegio de Registradores de la Propiedad, el 15 SEMINARIO DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Ponencia:

— «La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y la garantía de su efectividad. Problemas de un derecho fundamental».

Ponente: Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, Magistrado del Tribunal Supremo.

Contraponente: Luis María DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Magistrado del Tribunal Supremo.

Los días 12 a 14 de mayo de 2008 se celebró en el Colegio de Registradores de la Propiedad el I FORO INTERNACIONAL DE MADRID: *ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y SEGURIDAD JURÍDICA*.

Ponencias:

- «Nuevas tecnologías, Justicia y Registro», por don Vicente Luis MONTES PENADÉS, Magistrado del Tribunal Supremo.
- «Casa pronta y empresa na hora. La experiencia portuguesa», por don Antonio Luiz PEREIRA FIGUEIREDO, Presidente del Instituto dos Registos e do Notariado de Portugal; don Joao Manuel CASINHAS MOUCHI-EIRA, Dirección de los Servicios Jurídicos del Instituto dos Registos e do Notariado de Portugal, Núcleo de Preparacáo Legislativa, y don Abílio OLIVEIRA E SILVA, Coordinador do Núcleo do Registo Comercial del Instituto dos Registos e do Notariado de Portugal. Chefe de projecto dos Projectos SIRCOM (Sistema Integrado do Registo Comercial).
- «El abogado ante el Registro y las nuevas tecnologías», por don Pere Lluís HUGUET TOUS, Decano del Colegio de Abogados de Reus y Responsable del Proyecto RedAbogacía.
- «Los Registros de la Propiedad y Mercantil Electrónicos desde la perspectiva empresarial», por don Enrique MEDINA MALO, Director del Servicio Jurídico de Telefónica.
- «La tramitación electrónica del documento. La experiencia brasileña», por don Francisco José REZENDE DOS SANTOS y don Eduardo PACHECO RIBEIRO DE SOUZA, Vicepresidentes del Instituto do Registro Imobiliario do Brasil.
- «La legislación de acceso electrónico a los servicios públicos», por don Javier PLAZA PENADÉS, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.
- «Establecimientos financieros de crédito y registro electrónico», por don Ignacio PLÁ VIDAL, Vicesecretario General de la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF).
- «Los Registros de la Propiedad y Mercantil Electrónicos desde la perspectiva bancaria», por don José María YUBERO, Director de Tecnología y Operaciones de la División América del Grupo Santander.
- «El acceso electrónico a los Registros en la nueva legislación», por don Jorge BLANCO URZÁIZ, Registrador de la Propiedad.

El día 14 de mayo de 2008 se celebró, en el Colegio de Registradores de la Propiedad, el 16 SEMINARIO DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Primer Seminario: «Estado y cultura».

Ponente: Profesor Stephan HUSTER, Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Bochum, Alemania.

Contraponente: Antonio PAU, Registrador de la Propiedad de Madrid.

Segundo Seminario: «Terrorismo y derechos fundamentales».

Ponente: Profesor Stephan HUSTER, Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Bochum, Alemania.

Contraponente: Fernando MOLINA, Profesor de Derecho Penal en la UAM.

INFORMACIÓN  
BIBLIOGRÁFICA



ZAMBRANA MORAL, Patricia, *Historia jurídica: valoraciones crítico-metodológicas, consideraciones doctrinales alternativas y espacio europeo*, Zaragoza-Barcelona, 2006, 284 págs.

por

MANUEL J. PELÁEZ

*Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones  
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga*

Patricia ZAMBRANA MORAL nos presenta, en esta ocasión, un trabajo donde combina la investigación con su experiencia docente como profesora titular de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Málaga. Estructura el libro en cuatro capítulos. En el primero se ocupa del método de investigación en la Historia del Derecho y de las Instituciones que plantea al margen de la metodología docente, ya que relaciona esta última de forma directa con el método expositivo en el que se detiene más adelante. En unas pocas páginas ha sabido recoger las diferentes tendencias metodológicas desde sus orígenes hasta nuestros días y reflejar, de forma sencilla, el *iter* del método histórico-crítico por el que la autora se decanta.

El segundo capítulo analiza las principales posiciones doctrinales en torno a la naturaleza y al concepto de la Historia del Derecho. El punto de partida se sitúa en la autonomía científica de la disciplina y se examinan los trabajos «clásicos» donde vertieron sus opiniones los más destacados sectores de la doctrina: José María GARCÍA MARÍN, José Manuel PÉREZ-PRENDES, Carlos PETIT, Alfonso GARCÍA-GALLO DE DIEGO, Jesús LALINDE ÁBADÍA o José Antonio ESCUDERO, por citar algunos ejemplos. No obstante, P. ZAMBRANA no se queda ahí, sino que da un paso más, atreviéndose a aportar una nueva dimensión social y política de la Historia del Derecho que llama «cuatrifronte», al conjugar, a su vez, la dimensión jurídica e histórica, en base a la delimitación material del objeto y a su ubicación. No obvia teorías marxistas y conexiones con la Historia Económica. Además, compara el planteamiento institucional de GARCÍA-GALLO con el de Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO. Respecto al concepto de Historia del Derecho se detiene en los elementos que lo configurarían, concluyendo con el papel de la disciplina en la práctica de los Tribunales, con un completo repaso jurisprudencial, a partir del artículo 3.1 de nuestro Código Civil.

De gran actualidad se presenta el tercero de los capítulos al plantear la situación de la Historia del Derecho ante el Espacio Europeo de Educación Superior. Con una particular tendencia a hacer historia, la autora repasa con detalle los principales hitos y compromisos del proceso de convergencia europea (La Sorbona, Bolonia, Praga, Berlín, Bergen...). A continuación desarrolla

los antecedentes legislativos en España con un repaso, a grandes rasgos, de los principales planes de estudios jurídicos desde 1883 hasta la Ley de Reforma Universitaria de 1983, con particular atención al «Informe Bricall». Le sigue el marco normativo, ya histórico, marcado por la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, disposiciones que la desarrollan y proyectos de reforma. Es a partir de este momento, cuando P. ZAMBRANA hace uso de su experiencia docente para ofrecer una planificación de la enseñanza, desde un enfoque pedagógico cognitivo-constructivista, centrada en el alumno, tal y como propone el nuevo sistema inspirado en las directrices de Bolonia, defendiendo siempre el papel de la Historia del Derecho en los estudios jurídicos. Define, en primer lugar, el perfil de sus alumnos y el valor de su asignatura en el conjunto de la carrera para pasar a desarrollar diferentes técnicas docentes como las clases teóricas, las clases prácticas, los seminarios o las tutorías personalizadas, seguidas de las técnicas de evaluación, concediendo un lugar privilegiado a las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías y las enseñanzas virtuales. Conecta la metodología expositiva con la delimitación temporal de la Historia del Derecho, optando por un criterio mixto que combine el método cronológico con el sistemático, reflexionando además sobre el ámbito cronológico de la disciplina.

P. ZAMBRANA finaliza su trabajo con un último capítulo donde se detiene en las enseñanzas iushistóricas en las mejores Facultades de Derecho de los Estados Unidos de América (según encuestas especializadas), en el curso 2005-2006 y anteriores donde, hasta el momento, se enfoca de forma diferente la historia jurídica: Harvard, Yale, Stanford, Michigan, Columbia, Chicago, Virginia, Nueva York, Alabama, Indiana, etc. También presenta las enseñanzas iushistóricas y romanísticas en algunas de las más importantes Universidades brasileñas en el año 2006, partiendo de la información proporcionada por las propias Universidades en consulta realizada a más de ciento treinta, y teniendo en cuenta la importancia de la lengua portuguesa para la ciencia jurídica como se demuestra por el gran número de juristas brasileños y portugueses de renombre cuyo listado reproduce. Finalmente, la autora analiza los Decretos italianos de 4 de agosto de 2000, de 28 de noviembre de 2000 y de 22 de octubre de 2004, sobre titulaciones universitarias. De este modo, se ofrece una perspectiva comparada del proceso de convergencia.

# REVISTA DE REVISTAS



## REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

### Número 239 (Enero-Febrero 2008)

«La cesión de terrenos en el proceso urbanístico: repercusiones patrimoniales», por Esther FALCÓN PÉREZ y Francisco SERRANO MORACHO, pág. 11.

**SUMARIO:** 1. LA CESIÓN DE TERRENOS.—2. LA CESIÓN DE TERRENOS PARA LA INICIATIVA PRIVADA: 2.1. COMO PÉRDIDA IRREVERSIBLE. 2.2. COMO COSTE DE URBANIZACIÓN. 2.3. COMO COMPROMISO ENTRE LOS PARTICÍPES. 2.4. CONSIDERACIÓN FINAL. 2.5. REPERCUSIONES FISCALES.—3. LA CESIÓN DE TERRENOS PARA LA INICIATIVA PÚBLICA.—CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

«El régimen jurídico de las construcciones existentes e ilegales en el Derecho Urbanístico francés», por Elisabeth ESTEBAN y Felipe ESTEBAN, pág. 35.

**SUMARIO:** ABREVIATURAS.—INTRODUCCIÓN.—I. LA LEGALIZACIÓN UTÓPICA DE LAS CONSTRUCCIONES ILEGALES EN EL PLANO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: A) LA INÚTIL LEGALIZACIÓN DE LAS CONSTRUCCIONES EDIFICADAS SIN LICENCIA PARA CONSTRUIR PREVIA. B) LA LEGALIZACIÓN DE LAS CONSTRUCCIONES INFRINGIENDO LAS NORMAS URBANÍSTICAS POSTERIORMENTE APROBADAS: UN RÉGIMEN SIN ALCANCE.—II. LAS SANCIONES PURAMENTE TEÓRICAS PREVISTAS POR EL DERECHO URBANÍSTICO FRANCÉS: A) SANCIONES PENALES PRÁCTICAMENTE INAPLICABLES. B) SANCIONES CIVILES DEMASIADO LIMITADAS.—CONCLUSIÓN.

«La regulación urbanística de las vías pecuarias, en particular en la Comunidad Valenciana», por Fernando RENAU FAUBELL, pág. 35.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. UN ANCHO LEGAL IMPOSIBLE DE ENCONTRAR.—III. LA LEY ESTATAL DE VÍAS PECUARIAS HA DE PERMITIR POLÍTICAS AUTONÓMICAS PROPIAS EN ESTA MATERIA.—IV. LA NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO DE ADAPTACIÓN A LA REALIDAD HISTÓRICA Y JURÍDICA DE LAS CLASIFICACIONES DE LAS VÍAS PECUARIAS.—V. EL PASEO O ALAMEDA COMO DESTINO DE LAS VÍAS PECUARIAS EN CONTACTO CON DESARROLLOS URBANOS.—VI. LA INTEGRACIÓN URBANÍSTICA DE LAS VÍAS PECUARIAS: 1. PRESUPUESTOS INICIALES. 2. LAS VÍAS PECUARIAS AFECTADAS POR SUELOS URBANIZABLES. ESTUDIO DE LAS DISTINTAS SITUACIONES.

«Una distinción con importantes consecuencias jurídicas: residuo, subproducto y materia prima secundaria», por Olga SERRANO PAREDES, pág. 145.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS PREVISIONES NORMATIVAS: 2.1. RESIDUO: 2.1.1. *La Directiva marco: las Directivas 75/442, de 15 de julio, y 2006/12, de 5 de abril.* 2.1.2. *Su incorporación al ordenamiento jurídico interno: la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos.* 2.2. MATERIA PRIMA SECUNDARIA Y SUBPRODUCTO.—3. LA CONCRECIÓN JURISPRUDENCIAL: 3.1. RESIDUO. 3.2. SUBPRODUCTO: 3.2.1. *Principales contenciosos.* 3.2.2. *Criterios jurisprudenciales.* 3.3. MATERIA PRIMA SECUNDARIA: 3.3.1. *Principales contenciosos.* 3.3.2. *Criterios jurisprudenciales.*—4. SU PLASMACIÓN NORMATIVA: 4.1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO: ALGUNOS EJEMPLOS. 4.2. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA. 4.3. LAS APORTACIONES DE LA OCDE.—5. CONCLUSIONES.

## REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN

### Número 14 (Enero 2008)

«Notas sobre policía y justicia penal», por Ernesto PEDRAZ PENALVA, pág. 15.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. POLICÍA JUDICIAL.—3. POLICÍAS AUTÓNOMICAS.—4. POLICÍAS LOCALES.—5. ACTIVIDAD POLICIAL DE SEGURIDAD: 5.1. IDENTIFICACIÓN. 5.2. CACHEO Y REGISTRO. 5.3. RECONOCIMIENTOS E INTERVENCIONES CORPORALES. 5.4. DECLARACIÓN DEL IMPUTADO Y ASISTENCIA LETRADA. 5.5. CONTROLES DE ALCOHOLEMIA Y DETECCIÓN DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES, PSICOTRÓPICOS, ESTIMULANTES U OTRAS SUSTANCIAS ANÁLOGAS: 5.6.1. *Intervenciones de comunicaciones electrónicas.* 5.6.2. *Videovigilancia.*—6. ACTIVIDAD DE POLICÍA JUDICIAL.—7. PROGRESIVO INCREMENTO DE LAS FACULTADES POLICIALES.—8. VALOR DE LAS DILIGENCIAS POLICIALES.—9. CONCLUSIÓN.

«Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley Integral contra la Violencia de Género», por María José MORAL MORO, pág. 111.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD.—3. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS JUDICIALES.—4. CUESTIONES GENERALES: 4.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 4.2. COMPETENCIA. 4.3. LEGITIMACIÓN. 4.4. GARANTÍAS PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS. 4.5. DURACIÓN DE LAS MEDIDAS.—5. EXAMEN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN: 5.1. LA ORDEN DE PROTECCIÓN: 5.1.1. *Procedimiento para obtener la orden de protección.* 5.2. LA PROTECCIÓN DE DATOS Y LIMITACIONES A LA PUBLICIDAD. 5.3. SALIDA DE DOMICILIO, ALEJAMIENTO, SUSPENSIÓN DE LAS COMUNICACIONES. 5.3.1. *Salida del domicilio.* 5.3.2. *Alejamiento.* 5.3.3. *Suspensión de las comunicaciones.* 5.3.4. *Procedimiento para la adopción de estas medidas e incumplimiento de las mismas.* 5.4. SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD O LA CUSTODIA DE MENORES. 5.5. SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS. 5.6. SUSPENSIÓN

DEL DERECHO A LA TENENCIA, PORTE Y USO DE ARMAS.—6. A MODO DE CONCLUSIONES.—7. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

«¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente», por José GARBERÍ LLOBREGAT, pág. 169.

**SUMARIO:** I. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACLARATORIAS PREVIAS Y UN RUEGO ENCARECIDO.—II. PRESUPUESTOS INEXCUSABLES DE LA REFORMA: 1. EL «MINISTERIO FISCAL INSTRUCTOR» NO SUSTITUIRÍA POR COMPLETO AL «JUEZ DE INSTRUCCIÓN», PORQUE SU LABOR INSTRUCTORA SERÍA LIMITADA. 2. EL «MINISTERIO FISCAL INSTRUCTOR» SEGUIRÍA SIENDO DEPENDIENTE DEL PODER EJECUTIVO.—III. ¿POR QUÉ UN «MINISTERIO FISCAL INSTRUCTOR»: EL DISCUTIBLE FUNDAMENTO DE LA REFORMA.—IV. CONCLUSIONES.

«Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal», por Nicolás CABEZUDO RODRÍGUEZ, pág. 185.

**SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—2. LOS ARGUMENTOS PRO-FISCALISTAS: 2.1. EL ARGUMENTO INCOMPARADO. 2.2. LOS DEFECTOS DE LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL: 2.2.1. *La naturaleza inquisitiva de la instrucción judicial.* 2.2.2. *La pérdida de imparcialidad del Juez de instrucción.* 2.2.3. *La lentitud de la instrucción judicial.* 2.2.4. *La imposibilidad de desarrollar una política criminal coherente.*—3. LOS PRESUPUESTOS ORGÁNICOS Y FUNCIONALES DE LA REFORMA: 3.1. LOS PRESUPUESTOS ORGÁNICOS. 3.2. LOS PRESUPUESTOS FUNCIONALES: 3.2.1. *La justicia negociada.* 3.2.2. *La intervención del resto de los sujetos procesales y otros factores.*—4. A MODO DE CONCLUSIÓN: 4.1. LAS MEDIDAS LEGALES COMPLEMENTARIAS ANTE LA REFORMA: 4.1.1. *Desde un punto de vista estructural.* 4.1.2. *Desde un punto de vista funcional.* 4.2. UNA PROPUESTA DE CONTRARREFORMA.—5. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

«Entre los hechos y la prueba: reflexiones acerca de la adquisición probatoria en el proceso penal», por Julio PÉREZ GIL, pág. 223.

**SUMARIO:** 1. SOBREPONDERACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN EN EL CONJUNTO DEL PROCESO PENAL.—2. SÍNTOMAS DE UNA TRANSFORMACIÓN ESTRUCTURAL: 2.1. ANTICIPACIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL A TRAVÉS DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE FUENTES DE PRUEBA. 2.2. DECLARACIONES REALIZADAS EN SEDE POLICIAL: ÚLTIMAS NOTICIAS. 2.3. LA LLAMADA «PRUEBA DE INTELIGENCIA POLICIAL».—3. UNA RECAPITULACIÓN A MODO DE PUNTO Y SEGUIDO.

«El derecho de asistencia letrada en la instrucción del proceso penal», por Carmen BLASCO SOTO, pág. 249.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LA ASISTENCIA LETRADA: 2.1. LA ASISTENCIA LETRADA Y EL DERECHO DE IGUALDAD. 2.2. LA ASISTENCIA LETRADA Y EL DERECHO DE DEFENSA: 2.2.1. *La designación de letrado de libre elección.* 2.2.2. *La designación por el órgano jurisdiccional*

o la comisión de asistencia jurídica gratuita. La confusión entre ambos sistemas. 2.2.3. La defensa discontinua.—3. LA ASISTENCIA LETRADA EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN: 3.1. LA ASISTENCIA LETRADA DEL DETENIDO EN LAS DILIGENCIAS POLICIALES: 3.1.1. Argumentos restrictivos respecto al derecho de asistencia letrada al detenido. 3.1.2. Argumentos que amplían el derecho de asistencia letrada al detenido. 3.2. LA ASISTENCIA LETRADA DEL DETENIDO EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN.—4. CONCLUSIÓN.—5. BIBLIOGRAFÍA.

«La pretensión civil deducible en el proceso penal», por Yolanda PALOMO HERRERO, pág. 293.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA ACUMULACIÓN HETEROGÉNEA DE ACCIONES.—3. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS DE LA PRETENSIÓN CIVIL DEDUCIBLE EN EL PROCESO PENAL.—4. ELEMENTOS IDENTIFICADORES DE LA PRETENSIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL: 4.1. SUJETOS: 4.1.1. *Legitimación activa*. 4.1.2. *Legitimación pasiva*: 4.1.2.1. Responsables civiles directos. 4.1.2.2. Responsables civiles subsidiarios. 4.2. PETITUM: 4.2.1. *La pretensión restitutoria del bien sustraído*. 4.2.2. *La pretensión resarcitoria de daños y perjuicios*. 4.3. CAUSA PETENDI.—5. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

«Algunas cuestiones sobre la reforma procesal de 2006 en el proceso penal abreviado», por Julio MUERZA ESPARZA, pág. 335.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA REFORMA DEL PROCESO PENAL ABREVIADO: 1. LA INTERVENCIÓN DEL SECRETARIO JUDICIAL. 2. EL SISTEMA DE RECURSOS. 3. OTRAS CUESTIONES.—III. LA REFORMA PENDIENTE SOBRE LA PENA.

«El legislador ante la garantía procesal del recurso en el orden jurisdiccional penal. Una aproximación a la reforma proyectada», por María Pía CALDERÓN CUADRADO, pág. 355.

**SUMARIO:** 1. NECESARIA PREVISIÓN Y LIBRE CONFIGURACIÓN COMO PUNTOS DE PARTIDA: 1.1. CON CARÁCTER PREVIO: GARANTÍA BÁSICA PARA EL CONDENADO EN EL PROCESO PENAL. 1.2. ¿POSIBILIDAD DE EXCEPCIONES? 1.3. EL DIFÍCIL SIGNIFICADO DE LA REVISIÓN DE LA CONDENA POR UN TRIBUNAL SUPERIOR.—2. UN DILEMA CLÁSICO: RECURSO ORDINARIO-RECURSO EXTRAORDINARIO: 2.1. LA SOLUCIÓN EN LA ETAPA CODIFICADORA: LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 1882. 2.2. LA DIVERSIFICACIÓN DEL SISTEMA DE RECURSOS DURANTE EL TRANSCURSO DE LA PASADA CENTURIA. 2.3. LA PRETENDIDA VUELTA A LA UNIDAD EN LOS INICIOS DEL SIGLO XXI.—3. SOBRE LA PROPUESTA DE GENERALIZAR LA DOBLE INSTANCIA: 3.1. UNA PREVISIÓN ENGAÑOSA E INEXACTA. 3.2. LAS LÍNEAS GENERALES DEL CAMBIO. 3.3. RAZONES Y CONSECUENCIAS.—4. SOBRE LA PROPUESTA DE MODIFICAR EL RECURSO DE CASACIÓN: 4.1. HACIA UNA NUEVA MODALIDAD DE CASACIÓN PENAL: UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. 4.2. UN RECORDATORIO: LA CONTRADICCIÓN NO ES MOTIVO DEL RECURSO.—5. DOS APUNTES FINALES Y CRÍTICOS SOBRE LA REFORMA DE LOS RECURSOS FRENTE A RESOLUCIONES «INTERLOCUTORIAS».

## REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA Número 1 (2008)

«El dret de tanteig i retracte en el Codi Civil de Catalunya», per Esteve Bosch  
CAPDEVILA, pág. 9.

**SUMARI: INTRODUCCIÓ.—2. CONCEPTE:** 2.1. CARACTERITZACIÓ GENERAL DEL DRET DE TANTEIG I RETRACTE: LA PREFERÈNCIA, EN LES MATEIXES CONDICIONS, ENFRONT EL TERCER: 2.1.1. *L'exclusió d'un tercer.* 2.1.2. *La igualació de les condicions pactades amb el tercer adquirent.* 2.2. DRET DE TANTEIG, DRET DE RETRACTE, I DRET DE TANTEIG I RETRACTE. 2.3. EL DRET DE TANTEIG I RETRACTE COM A MODEL A SEGUIR.—3. ALTRES MODALITATS DE DRETS D'ADQUISICIÓ PREFERENT: 3.1. ELS INCONVENIENTS DELS DRETS DE TANTEIG I RETRACTE. 3.2. LA POSSIBILITAT DE CREAR NOVES MODALITATS DE DRETS D'ADQUISICIÓ PREFERENT.—4. CONSTITUCIÓ DEL DRET DE TANTEIG I RETRACTE: 4.1. LA CAPACITAT PER CONSTITUIR UN DRET DE TANTEIG I RETRACTE. 4.2. ELS BÉNS QUE PODEN SER OBJECTE D'UN DRET DE TANTEIG I RETRACTE. 4.3. ELS REQUISITS FORMALS DEL TÍTOL CONSTITUTIU. 4.4. LA DURACIÓ DEL DRET DE TANTEIG I RETRACTE.—5. LES FACULTATS DEL PROPIETARI I LES DEL TITULAR DEL DRET DE TANTEIG I RETRACTE MENTRE EL DRET ESTÀ «PENDENT»: 5.1. LES FACULTATS DEL PROPIETARI SOBRE LA COSA. 5.2. LA DISPOSICIÓ DEL DRET DE TANTEIG I RETRACTE.—6. ELS REQUISITS PER A L'EXERCICI DEL DRET DE TANTEIG I RETRACTE: 6.1. ACORD TRANSMISSIU I TRANSMISSIÓ. 6.2. REQUISITS COMUNS PER A L'EXERCICI DEL DRET DE TANTEIG I RETRACTE: 6.2.1. *Una alienació amb causa onerosa i amb una contraprestació fungible.* 6.2.2. *El dret de tanteig i retracte es pot estendre a les segones o ulteriors transmissions oneroses.* 6.2.3. *El dret de tanteig i retracte procedeix en les transmissions fetes en subhasta judicial o extrajudicial.* 6.3. REQUISITS ESPECÍFICS PER A L'EXERCICI DEL TANTEIG: 6.3.1. *La notificació fefaent de l'acord transmissiu.* 6.3.2. *El termini per a l'exercici del tanteig.* 6.3.3. *La notificació de l'exercici del tanteig.* 6.4. LA CONVERSIÓ DEL TANTEIG EN RETRACTE: 6.4.1. *L'incompliment de l'obligació de notificació per part del concedent.* 6.4.2. *Requisits específics per a l'exercici del retracte:* 6.4.2.1. Que l'exercici es faci en el termini previst. 6.4.2.2. La notificació de l'exercici del dret i el pagament de la contraprestació.—7. ELS EFECTES DE L'EXERCICI DEL TANTEIG I DEL RETRACTE: 7.1. EFECTES DE L'EXERCICI DEL TANTEIG. 7.2. EFECTES DE L'EXERCICI DEL RETRACTE: 7.2.1. *L'adquisició immediata de la propietat i la formalització de la transmissió.* 7.2.2. *L'extinció dels drets incompatibles imposats per l'adquirent.*—8. DRET DE TANTEIG I RETRACTE I RESCISSIÓ PER LESIÓ.—9. L'EXTINCIÓ DEL DRET DE TANTEIG I RETRACTE: 9.1. LA RENUNCIA. 9.2. LA CADUCITAT I ALTRES CAUSES D'EXTINCIÓ.—10. REFERÈNCIA ALS DRETS DE TANTEIG I RETRACTE D'ORIGEN LEGAL: 10.1. MODALITATS DE DRETS DE TANTEIG I RETRACTE LEGALS. 10.2. ELS «DRETS DE RETRACTE» LEGALS: 10.2.1. El retracte de confrontants. 10.2.2. La torneria. 10.3. LA PRELACIÓ ENTRE DRETS D'ADQUISICIÓ PREFERENT D'ORIGEN LEGAL.—11. COL·LISIÓ ENTRE DRETS D'ADQUISICIÓ PREFERENT D'ORIGEN VOLUNTARI I D'ORIGEN LEGAL.

«La publicidad del protocolo familiar (Real Decreto 171/2007, de 9 febrero)», por Francisco VICENT CHULIÁ, pág. 51.

**SUMARIO:** I. SIGNIFICADO DEL REAL DECRETO: LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.—II. UTILIDAD Y JUSTIFICACIÓN DEL REAL DECRETO.—III. CONTENIDO DEL REAL DECRETO: A) DISPOSICIONES GENERALES. B) SUJETO LEGITIMADO PARA DECIDIR LA PUBLICACIÓN DEL PROTOCOLO FAMILIAR Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. C) MODALIDADES DE PUBLICIDAD: a) *La no inscribibilidad directa del protocolo familiar*; b) *Publicidad formal del protocolo familiar*; c) *Publicidad material del protocolo familiar calificado por el Registrador*. D) MODIFICACIONES DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL SOBRE INSCRIPCIÓN DE DETERMINADOS PACTOS: a) *Exposición de las modificaciones*; b) *Valoración crítica de las modificaciones*: 1) Cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas. 2) El pacto sobre criterios y sistemas para la determinación del valor razonable de las participaciones sociales. 3) Inscripción del pacto de arbitraje. 4) Inscripción del comité consultivo de la sociedad familiar.

«Ejercicio abusivo del derecho a litigar en la doctrina jurisprudencial civil. Título de responsabilidad y consecuencias en orden a la prescripción de la acción», por Francisco Manuel BRUÑÉN BARBERÁ, pág. 91.

**SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—2. POSICIONES MANTENIDAS POR LA JURISPRUDENCIA CIVIL.—3. TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO A LITIGAR Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.—4. CONCLUSIONES FINALES. CRITERIO UNIFICADOR FIJADO POR EL PLENO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—BIBLIOGRAFÍA.

«El delito de conducción temeraria (art. 381 CP): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas», por Juan Carlos HORTAL IBARRA, pág. 107.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE CONDUCCIÓN TEMERARIA EN EL CP DEL 95: 2.1. BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO: «SEGURIDAD EN EL TRÁFICO» *VERSUS* «VIDA, INTEGRIDAD FÍSICA O SALUD». 2.2. TIPO OBJETIVO: DELIMITACIÓN DE LOS CONCEPTOS «TEMERIDAD» Y «MANIFIESTA». 2.3. RESULTADO TÍPICO: «PUSIERA EN CONCRETO PELIGRO LA VIDA O LA INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS». 2.4. TIPO SUBJETIVO: EL DENOMINADO «DOLO DE PELIGRO».—3. REFORMAS OPERADAS EN LA LO 15/2003: 3.1. DELIMITACIÓN DE LOS CONCEPTOS «ALTAS TASAS DE ALCOHOL EN SANGRE» Y «EXCESO DESPROPORCIONADO DE VELOCIDAD». 3.2. LA PRESUNCIÓN LEGAL SOBRE LA TEMERIDAD MANIFIESTA. 3.3. LA CONTROVERTIDA PRESUNCIÓN LEGAL SOBRE EL PELIGRO CONCRETO.—4. VALORACIÓN DE URGENCIA DE LA ÚLTIMA REFORMA Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.—BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CITADA.

**REVISTA JURÍDICA JALISCIENSE**  
**Número 2 (Julio-Diciembre 2006)**

- «La vocación investigadora», por Jorge CHAIRES ZARAGOZA, pág. 13.
- «La investigación y la docencia en temas de frontera: Propuesta de maestría en derecho, políticas, gestión del ambiente y desarrollo sustentable», por Raquel GUTIÉRREZ NÁJERA, Alicia LOEZA CORICHI y María Eugenia LOEZA CORICHI, pág. 23.
- «La visión internacional para planear y evaluar los estudios de postgrado en Derecho», por Luis Ernesto SALOMÓN DELGADO, pág. 35.
- «De la inservible pero útil categoría del derecho», por Víctor M. RAMOS CORTÉS, pág. 45.
- «Educación al servicio del capital», por José de Jesús COVARRUBIAS DUEÑAS, pág. 57.
- «Apuntes sobre la evaluación y acreditación de los programas de postgrado en México», por Dante Jaime HARO REYES, pág. 77.
- «Globalización y sociedad del conocimiento y la información. Retos para la formación del abogado en el posgrado», por Jaime HERNÁNDEZ ORTIZ, pág. 95.
- «Seguimiento de egresados, una necesidad institucional. Breve diagnóstico de la carrera de Derecho en la Universidad de Guadalajara», por Teresa Mag-nolia PRECIADO RODRÍGUEZ, pág. 113.
- «El reto del postgrado en Derecho ante la movilidad académica nacional e internacional», por María Alejandra LÚA RODRÍGUEZ y Antonio de Jesús MEN-DOZA MEJÍA, pág. 127.
- «Asignación de recursos y financiamientos de las universidades», por María Carmela CHÁVEZ GALINDO, pág. 137.
- «La filosofía y el derecho en la manipulación genética», por Luis CUITLÁHUAC MARTÍN DEL CAMPO MORENO, pág. 145.
- «Efectos sobre la seguridad social de la evolución de la familia y el derecho familiar», por Ángel Guillermo RUIZ MORENO, pág. 177.
- «La inequidad de la prima de antigüedad en la Ley Federal del Trabajo», por Carlos RODRÍGUEZ ARAUJO, pág. 183.
- «La Ley del Mercado de Valores: ¿Un nuevo esquema de transparencia financiera?», por Juan José SERRATOS CERVANTES, pág. 201.
- «Emilio Rabasa en la Suprema Corte de Justicia», por José de Jesús GUDINO PELAYO, pág. 233.

«Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz», por Luis GARCÍA RUIZ, pág. 241.

«Los conflictos entre la legislación extractivista y la legislación conservacionista en Ecuador», por Patricio HERNÁNDEZ R., pág. 265.

## Número 1 (Enero-Junio 2007)

«La Constitución de 1857 o el regreso al federalismo», por José Guillermo GARCÍA MURILLO, pág. 11.

«Necesidad de reordenar nuestra norma rectora en torno a los controles constitucionales», por José de Jesús COVARRUBIAS DUEÑAS, pág. 53.

«Consideraciones sobre el programa nacional de Derechos Humanos en México», por Rubén Jaime FLORES MEDINA, pág. 87.

«Lo esencial del Derecho Constitucional canadiense», por Daniel PERALTA CABRERA, pág. 117.

«Problemática de la jurisprudencia por contradicción de tesis como medio para fortalecer el estado de derecho», por Javier Alejandro GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, pág. 141.

«Realidad de los derechos sociales exigibles en América Latina», por Ángel Guillermo RUIZ MORENO, pág. 173.

«Incorporar los tribunales del trabajo al poder judicial para modernizar la justicia laboral», por Jaime HERNÁNDEZ ORTIZ, pág. 197.

«El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», por Gustavo AMEZCUA GUTIÉRREZ, pág. 219.

«Los delitos contra el honor en el contexto de la libertad de expresión, panorama de la legislación penal mexicana», por Arturo VILLARREAL PALOS, pág. 235.

«El papel de la nomología en la reestructuración del Derecho actual», por Irma RAMOS SALCEDO, pág. 255.

## REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA Número 113 (Mayo-Agosto 2007)

«La autonomía universitaria: sus alcances y sus límites», por Carla LÓPEZ ROJAS y Warner CASCANTE SALAS, pág. 13.

«Reseña histórica de la aceptación cambiaria», por Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA, pág. 59.

«Límites y limitaciones en la propiedad. Antecedentes en el Derecho Romano. Actualidad y extensión por influencia del Derecho Urbano», por Roxana SÁNCHEZ BOZA, pág. 99.

«El agua como bien económico», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 115.

«La literatura en la enseñanza del Derecho Romano: una propuesta metodológica», por Henry CAMPOS VARGAS, pág. 151.

«Un estudio sobre la tradición como modo de adquisición de los derechos reales», por Farid Nahen CORDERO CAMPOS, pág. 165.

## UNIFORM LAW REVIEW/REVUE DE DROIT UNIFORME Número 4 (2007)

«The Economic Implications of Uniformity In Law» por SOUICHIROU KOZUKA, pág. 683.

«Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective», por Jürgen BASEDOW, pág. 697.

«Securing the Security Agreements - A Possible Amendment to the Cape Town Convention through its Protocols», por Nikola BACKOVIC, pág. 715.

«Award of Interest in Arbitration under Article 78 CISG», por LU SONG, pág. 719.

«Living La Vida Lex Mercatoria», por Helen E. HARTNELL, pág. 733.

«La Conférence de La Haye de droit international privé. Une nouvelle voie pour le développement du droit international privé des Organisations régionales d'intégration économique», por Gustavo VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, pág. 761.

## REFLEXOES (Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto) Número 2 (Julio-Diciembre 2007)

«De Que Prazo Dispoe O Trabalhador Para Impugnar Judicialmente Uma Sanção Disciplinar?», por João LEAL AMADO, pág. 9.

«A Obrigação De Indemnizar Nas Expropriações Por Utilidade Pública», por Nuno Vasconcelos e Sousa, pág. 25.

«Responsabilidade pela Lesao de Bens Ambientais e Culturais», por José Eduardo FIGUEIREDO DIAS, pág. 53.

«As Fronteiras da Tutela Cautelar nao Especificada», por Nuno DE LEMOS JORGE, pág. 77.

«A Oferta Pública de Aquisição Tendente ao Domínio Total», por César Manuel FERREIRA PIRES, pág. 95.

«A Magistratura na Advocacia», por Alfredo José CASTANHEIRA NEVES, pág. 117.

«Justiça e Criminalidade no Portugal Medievo (1459-1481) de Luís Miguel Duarte (Breve síntese)», por María CLAUDIA S. L. NEVES CASAL, pág. 131.